

**revista  
de  
derecho  
publico**

**n° 169 - 170**

**enero**

**junio 2022**



editorial jurídica venezolana

#### 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 **BRI-CEÑO**, Jesús **CABALLERO ORTIZ**, Josefina **CALCAÑO DE TEMELTAS**, Román José **DUQUE CORRADOR**, Héctor **FAÚNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Henríque **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Henríque **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, Armida **QUINTANA**, Manuel **RACHADELL**, Belén **RAMÍREZ LANDAETA**, Judith **RIEBER DE BENTATA**, Armando **RODRÍGUEZ G.**, Nelson **RODRÍGUEZ**, Hildegard **RONDÓN DE SAN-SÓ**, 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 **GONZÁLEZ-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 BELAÜNDE (Perú)**, Eduardo Jorge **PRATS**, Olivo A. **RODRÍGUEZ H. (República Dominicana)**, Juan Pablo **CAJARVILLE P.**, Carlos E. **DÉLPIAZZO (Uruguay)**

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

Torre América, PH, Av. Venezuela, Bello Monte, Caracas 1050, Venezuela  
Email: [fundaciondederechopublico@gmail.com](mailto:fundaciondederechopublico@gmail.com)

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

Email: [fejb@cantv.net](mailto:fejb@cantv.net)

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

© 1980, FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO/EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

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

Publicación Trimestral

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

1. Derecho público-Publicaciones periódicas

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

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

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Mirna Pinto,  
en letra Times New Roman 9,5, Interlineado 10,5, Mancha 21x12.5

Portada: Lilly Brewer

*Normas para el envío de originales*

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

*Se solicita atender a las normas siguientes:*

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

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

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

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

La Revista de Derecho Público se encuentra indizada en la base de datos CLASE (bibliografía de revistas de ciencias sociales y humanidades), Dirección General de Bibliotecas, Universidad Nacional Autónoma de México, LATINDEX (en catálogo, Folio Nº 21041), REVENCYT (Código RVR068) y DIALNET (Universidad de la Rioja, España).

ESTUDIOS

Artículos

- La controversia del Esequibo y el fantasma de Federico de Marten*, por Héctor **FAÜNDEZ LEDESMA** ..... 9
- Aspectos procesales en las quejas individuales ante los órganos cuasi-judiciales de las Naciones Unidas. Procedural issues in the individual complaints before the United Nations quasi-judicial bodies*, por Carlos **VILLÁN DURAN** ..... 21
- El Juez, la Prueba y la Verdad*, por Hermann **PETZOLD-PERNÍA** ..... 49
- Tocqueville entre Madison y Cervantes: El arte francés de salir del nuevo mundo*, por Eric **CLIFFORD GRAF** ..... 65
- Activismo garantista: La justicia como leitmotiv*, por Deilin A. **GRIMAN N.** ..... 81
- Derechos y deberes de los pueblos y comunidades indígenas en Venezuela*, por Rafael **BADELL MADRID** ..... 115

Comentarios Monográficos

- La inconstitucional intervención política de Monómeros Colombo Venezolanos por la Asamblea Nacional*, José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** ... 151
- Teología Constituyente*, Eduardo Jorge **PRATS** ..... 164
- El interés superior del niño como supuesto límite inmanente de la libertad de expresión*, por Gabriel **SIRA SANTANA** ..... 166

<i>Dictaduras, libertades públicas y cooperación internacional</i> , por Héctor <b>FAÚNDEZ LEDESMA</b> .....	181
<i>La necesidad de replantear la noción de servicio público en América Latina</i> , por Carlos <b>REVERÓN BOULTON</b> .....	185
<i>Crónica sobre la nacionalidad por jus soli y sus excepciones en República Dominicana 1908-1924 y 1929-2010</i> , por Olivo <b>RODRÍGUEZ HUERTAS</b> .....	203
<b>LEGISLACIÓN</b>	
Información Legislativa	
<i>Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el Primer Semestre de 2022</i> , por Gabriel <b>SIRA SANTANA</b> .....	223
Comentarios Legislativos	
<i>El último golpe al Estado de derecho: una “Ley Constitucional” “Antibloqueo” para rematar y repartir los despojos de la economía estatizada, en un marco de secretismo y de inseguridad jurídica</i> , por Allan R. <b>BREWER-CARIÁS</b> .....	235
<i>El engaño continúa. La subrepticia modificación del texto de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2022</i> , por Miguel Ángel <b>TORREALBA SÁNCHEZ</b> .....	253
<i>El levantamiento del velo corporativo de las empresas del Estado. Reflexiones sobre la anunciada privatización parcial de diversas Empresas del Estado a la luz de la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación</i> , por José Antonio <b>MUCI BORJAS</b> .....	258
<i>Análisis jurídico del proyecto de Ley de Cooperación Internacional</i> , por Alí <b>DANIELS</b> .....	266
<i>Aspectos tributarios en la nueva Ley de Registros y Notarías</i> , por Juan Cristóbal <b>CARMONA BORJA</b> .....	281

## JURISPRUDENCIA

### Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Semestre de 2022</i> , por Mary <b>RAMOS FERNÁNDEZ</b> .....	291
---	-----

### Comentarios Jurisprudenciales

<i>Sobre los once (11) vicios de inconstitucionalidad de las sentencias de la Sala Constitucional que declararon la “constitucionalidad” de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. (Comentarios a las sentencias N° 81 y 83 de 15 y 21 de marzo de 2022)</i> , por Allan R. <b>BREWER-CARIÁS</b> .....	335
<i>Denuncia de nulidad por inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia</i> , por Pedro Rafael <b>RONDÓN HAAZ</b> .....	355
<i>La confiscación de la sede del diario El Nacional es una consecuencia más de la trágica ausencia de independencia y autonomía del poder judicial en Venezuela</i> , por Allan R. <b>BREWER-CARIÁS</b> .....	364
<i>La toma del poder en los Colegios de Abogados de Venezuela (2000-2020)</i> , Alí <b>DANIELS</b> y Cosimina <b>PELLEGRINO</b> .....	369

## JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

<i>El caso Brewer-Carías vs. Venezuela: Lecciones desde la perspectiva del debido proceso</i> , por Marisol <b>PEÑA TORRES</b> .....	401
--	-----



# ESTUDIOS





## Artículos

# *La controversia del Esequibo y el fantasma de Federico de Marten*

Héctor Faúndez Ledesma

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad Central de Venezuela*

**Resumen:** *La Corte Internacional de Justicia está llamada a determinar la nulidad o validez del laudo de París, emitido por un tribunal arbitral que presidió Federico de Martens. Para poder juzgar si, en ese proceso, de Martens actuó con independencia e imparcialidad, hay que examinar su formación, su carácter, sus ideas, su personalidad, y su trayectoria. Es a partir de esos elementos que nos podremos formar un juicio sobre su participación en el arbitraje del Esequibo, y sobre la validez de un laudo dictado con su participación decisiva.*

**Palabras Clave:** *Arbitraje internacional, independencia del árbitro, imparcialidad del árbitro, Federico de Martens, controversia del Esequibo, Corte Internacional de Justicia.*

**Abstract:** *The International Court of Justice has been called upon to give a judgment on the nullity or validity of the Paris award, issued by an arbitral tribunal presided over by Friedrich von Martens. In order to assess whether, in that capacity, Martens acted as a judge, independently and impartially, it is required to take into consideration his training, his character, his ideas, his personality, and his career. It is only after an appraisal of these elements that we will be able to form a judgment on his crucial participation in the Essequibo arbitration, and on the validity of an award rendered with his participation.*

**Key words:** *International arbitration, independence of the arbitrator, impartiality of the arbitrator, Frederic de Martens, legal dispute for the Essequibo, International Court of Justice.*

A un mes de que venza el plazo para que Guyana presente, ante la Corte Internacional de Justicia, su memoria en relación con la demanda intentada para que se declare la validez del Laudo de París, dictado en París el 3 de octubre de 1899, la disputa por el territorio del Esequibo ya está encaminada a lo que -desde el punto de vista jurídico- debería ser su solución definitiva. Para dictar el laudo que hoy es objeto de controversia, en los términos del artículo II del compromiso arbitral, por decisión de los árbitros designados por las partes, el nombramiento del super árbitro recayó en el ruso Fedor Fedorovich Martens (también conocido como Friedrich von Martens,<sup>1</sup> o Federico de Martens), de origen estonio. Y, puesto que,

---

<sup>1</sup> No confundir con Georg Friedrich von Martens (1756 -1822), profesor de la Universidad de Göttingen hasta 1808, consejero de las Cortes de Westfalia y Hanover, y autor de varios textos sobre Derecho Internacional, entre los que sobresale su *Précis du Droit de Gens moderne de l'Europe, précédé d'une Introduction et complété par l'exposition des doctrines de publicists contemporains et suivie d'une Bibliographie raisonnée du Droit de Gens* par M. Ch. Vergé, 2 vol., 2a ed. francesa Guillaumin, París, 1864. El profesor de Göttingen vivió un siglo antes del consejero del Zar de Rusia (1845- 1909); mientras el primero era un jurista, el segundo era esencialmente un diplomático.

en este momento, el objeto central de la competencia de la CIJ es determinar la nulidad o validez de un laudo que fue hechura de Federico de Martens, la sombra de ese personaje se hará sentir en los tres o cuatro años (puede que un poco más) que faltan para que concluya este proceso. Por eso, parece oportuno examinar su fama, sus actividades, sus funciones, sus ideas, y su carácter, que iban a ser decisivos en el arbitraje del Esequibo.

Martens se presentaba como “consejero privado [del Zar Nicolás II], Miembro Permanente del Consejo del Ministerio de Asuntos Exteriores de Rusia y profesor emérito”, y “L.L. D. [Doctor en Leyes] de las universidades de Cambridge y Edimburgo.”<sup>2</sup> En el preámbulo de la Convención de La Haya para el arreglo pacífico de controversias internacionales,<sup>3</sup> la cual él suscribió en nombre de Rusia, se le anuncia como Miembro Permanente del Consejo del Ministerio de Asuntos Exteriores del Imperio [Zarista], y Consejero Privado del mismo, cargo que -aparentemente- traía aparejada su incorporación en la nobleza rusa; de ahí que, de un simple Federico Martens, su nombre pasara a ser Federico *de* Martens.

Martens era el más prominente experto en Derecho Internacional de la Rusia Zarista, que había servido a seis ministros de relaciones exteriores, desde Alexander Gorchakov a Serguéi Witte; durante treinta años, enseñó Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Petersburgo; pero, a pesar de su trayectoria, John W. Foster, subrayaba que “*no era abogado de profesión*”,<sup>4</sup> y que acostumbraba a usar métodos diplomáticos y no judiciales.<sup>5</sup> Sin embargo, en el *American Journal of International Law* se le distinguía por su deseo de producir resultados aceptables, incluso al precio de sacrificar un principio correcto en teoría, o tener que pactar respecto a lo que era un derecho absoluto (“*an extreme right*”), a lo cual se atribuían los éxitos que había logrado en todas las transacciones en que había estado involucrado.<sup>6</sup> En su obituario en el *Annuaire de l’Institut de Droit International*, el Conde Kamarovsky le describía, por la naturaleza misma de sus ocupaciones, como un “historiador y diplomático”.<sup>7</sup> Un ex canciller de Venezuela, Marcos Falcón Briceño, describe a Martens como un hombre práctico; un político aferrado al pensamiento y a los intereses políticos de Rusia.<sup>8</sup> Con motivo del primer artículo que Martens publicó en la *Revue de Droit International et de Legislation Comparée*, relativo a la guerra ruso-turca que estaba teniendo lugar en ese mismo momento (1877-1878), en el que sostenía que Rusia había conducido una intervención puramente humanitaria, para defender a los cristianos ortodoxos del yugo del Imperio Otomano, Gustave Rolin-Jaequemyns -el editor en jefe de la Revista-, sin atreverse a

---

<sup>2</sup> Cfr. la parte preambular del Laudo del *Costa Rica Packet*, y la parte preambular del Laudo de París.

<sup>3</sup> Suscrita el 29 de julio de 1899, Entrada en vigor, el 4 de septiembre de 1900.

<sup>4</sup> Asumo que en el sentido de que no era abogado litigante; pero, en realidad, era profesor de Derecho y había sido asesor jurídico de Alexander Gorchakov, Canciller imperial. Su ocupación habitual era la actividad diplomática. La cita de John W. Foster, sin indicar fuente, es de William Cullen Dennis, *The Venezuela British Guiana Boundary Arbitration of 1899*, *American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, p. 726.

<sup>5</sup> Cfr. William Cullen Dennis, *The Venezuela British Guiana Boundary Arbitration of 1899*, *American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, p. 726.

<sup>6</sup> Cfr. Editorial Comment, *American Journal of International Law*, vol. 3, N° 4, October 1909, p. 983.

<sup>7</sup> Cfr. Leonid Alekseevich Kamarovsky, *Annuaire de l’Institut de Droit International*, vol. 23, 1910, p. 538.

<sup>8</sup> Cfr. Marcos Falcón Briceño, *Orígenes de la actual reclamación de la Guayana Esequiba* (Ciclo de conferencias de las Academias Nacional de la Historia y de Ciencias Políticas y Sociales), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, p. 67.

calificarlo de fanatismo puro y simple, se sintió obligado a agregar un comentario inicial, como nota al pie de página, acerca del “*patriotisme fort naturel*” del autor, recordando que la dirección de la revista no era responsable de las opiniones de sus colaboradores.<sup>9</sup> Comentando su libro sobre *El Derecho Internacional de las naciones civilizadas* (1881-1882), Arthur Nussbaum critica su flagrante falta de objetividad y, refiriéndose a sus escritos en la *Revue de Droit International et de Legislation Comparée*, dice que ellos no son otra cosa que justificaciones de diversas acciones del gobierno ruso;<sup>10</sup> de manera igualmente drástica, respecto del artículo de Martens escrito en 1874 sobre la Conferencia de Bruselas de ese mismo año -convocada a iniciativa del Zar Nicolás II-, Nussbaum afirma que éste es puramente apologético, y que no tiene nada que ver con el Derecho.<sup>11</sup> Según Nussbaum, Martens no pensaba en el Derecho Internacional como algo distinto a la diplomacia y superior a ella, sino que, como estudioso del Derecho Internacional, consideraba su deber profesional respaldar las políticas de su gobierno a cualquier precio; su motivación era abrumadoramente -si no exclusivamente- política y patriótica. Aunque los argumentos legales le sirvieron como un arte refinado para presentar de manera más aceptable las pretensiones rusas, él no era, realmente, un hombre de leyes.<sup>12</sup>

Intentando presentarlo como uno de los fundadores del Derecho Internacional, a la par de Hugo Grocio, de Alberico Gentili o de Emeric de Vattel, en 1999, el gobierno de Rusia donó una estatua de Martens, la cual adorna los espacios del Palacio de la Paz, que alberga a la Corte Internacional de Justicia, en La Haya.

En la que probablemente es la más amplia y elogiosa biografía que se haya escrito de Martens -en realidad, una apología-, Pustogarov observó que su obra estaba “permeada con historicismo”.<sup>13</sup> Según Müller, a partir de la premisa de que el Derecho y la sociedad son un producto cultural sujeto a un desarrollo histórico, Martens sostiene que las normas jurídicas internacionales son el resultado de las actuales condiciones de vida, y que solamente las instituciones del Derecho Internacional que corresponden al estado actual de las relaciones internacionales -léase, relaciones de poder-, son fructíferas y duraderas.<sup>14</sup> Pero su concepción del Derecho no se caracterizaba sólo por el “historicismo” que le daba forma y definía el contenido de sus reglas. En la interpretación del Derecho, Martens tenía en cuenta muchas consideraciones ajenas a éste, como se refleja en su fundamentación del carácter obligatorio

<sup>9</sup> Cfr. Frédéric Martens, *Étude historique sur la politique russe dans la question d'Orient*, Revue de Droit International et de Législation Comparée, vol. 9, N° 49, 1877, p. 4.

<sup>10</sup> Cfr. Arthur Nussbaum, *Frederic de Martens Representative Tsarist Writer on International Law*, en *Nordic Journal of International Law*, vol. 22, Issue 1, 1952, pp. 55 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. *ibid*, p. 57.

<sup>12</sup> Cfr. *ibid*, p. 60.

<sup>13</sup> Cfr. Vladimir Vasil'evich Pustogarov, *Our Martens: F.F. Martens – International Lawyer and Architect of Peace* (publicado originalmente en ruso, en 1993), edited and translated from the Russian, with an introduction by William Elliott Butler, Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 2000, p. 64.

<sup>14</sup> Cfr. Andreas T. Müller, *Friedrich F. Martens on 'The Office of Consul and Consular Jurisdiction in the East'*, *European Journal of International Law*, vol. 25, N° 3, August 2014, pp 871-891. Cfr., también, Lauri Mälksoo, *F.F. Martens and His Time: When Russia Was an Integral Part of the European Tradition of International Law*, en *European Journal of International Law*, Volume 25, Issue 3, August 2014, Pages 811-829, <https://doi.org/10.1093/ejil/chu054>

de los tratados, a condición de que ellos se ajustaran a los requerimientos razonables de los Estados y a sus relaciones recíprocas.<sup>15</sup>

En 1873, su tesis doctoral versó sobre las capitulaciones en los países de Oriente (concretamente, en Persia, China, Japón, Siam, Egipto, y el Imperio Otomano). Según Müller, esta tesis doctoral ofrece un cuadro ambiguo de Martens como abogado internacionalista.<sup>16</sup> En dicha disertación, Martens defendió el régimen de capitulaciones -caracterizado por la investidura de la autoridad consular con atribuciones judiciales-, existente desde el siglo XVI en países de Oriente, mediante el cual los nacionales de potencias europeas estaban exentos de la jurisdicción territorial (particularmente de la jurisdicción penal) de los Estados en que se encontraban, quedando sometidos únicamente a la jurisdicción consular del Estado del cual eran nacionales<sup>17</sup> que, por esta vía, extendía extraterritorialmente la aplicación de sus leyes. De acuerdo con su análisis, esta institución tenía como fundamento la considerable diferencia en el grado de desarrollo cultural entre países europeos y no europeos; esta noción sería más ampliamente desarrollada en su libro sobre *El Derecho Internacional de las naciones civilizadas* (1881-1882), en el que profundiza en la distinción entre naciones civilizadas (las únicas a las que se aplicaba el Derecho Internacional) y naciones no civilizadas (a las que no se aplicaba el Derecho Internacional), que era una tesis más o menos compartida por los teóricos del Derecho Internacional del siglo XIX. A juicio de Martens, la condición de miembro de la comunidad internacional estaba basada en una cultura y una civilización esencialmente idéntica de los Estados respectivos, los cuales estaban ligados por intereses sociales, políticos y culturales comunes, y tenían aspiraciones substancialmente idénticas, así como una visión compartida del mundo. Según Martens, este grado de identidad sólo lo tenían plenamente los Estados europeos cristianos.<sup>18</sup> En la conclusión de su tesis, Martens sostiene que los cónsules europeos en el Oriente tenían una tarea muy importante, porque ellos eran los representantes de una cultura y una civilización superior. Además de su naturaleza intrínsecamente perversa, esta institución se prestaba para muchos abusos, respecto de los cuales no había ningún tipo de control; pero Martens la defendía con fervor. Por el contrario, Müller estima que la tesis doctoral de Martens sirve como recurso pedagógico para recordarnos con qué rapidez los argumentos humanitarios y la pretendida promoción de la civilización de otros pueblos pueden volverse en argumentos paternalistas y en justificaciones para la represión; lejos de su pretendida reivindicación de un Derecho humanitario, la disertación de Martens está basada en la discriminación entre Estados civilizados y no civilizados.<sup>19</sup>

Martens era partidario del arbitraje como mecanismo de solución de controversias internacionales, participó en muchos de ellos, y tuvo un papel destacado en la Primera Conferen-

---

<sup>15</sup> Cfr. Arthur Nussbaum, *Frederic de Martens, Representative Tsarist Writer of International Law*, en *Nordisk Tidsskrift for International Ret*, Vol. 22, 1952, p. 54.

<sup>16</sup> Cfr. Andreas T. Müller, *Friedrich F. Martens on 'The Office of Consul and Consular Jurisdiction in the East'*, *European Journal of International Law*, vol. 25, N° 3, August 2014, pp 871-891.

<sup>17</sup> Cfr. *La Oficina del Cónsul y la Jurisdicción Consular en el Oriente*, Universidad de San Petersburgo, 1873 (título original, en ruso: *O konsulakh i konsoulskoj jurisdiktisii na vostokje*).

<sup>18</sup> Cfr. Friedrich F. Martens, *The office of Consul and Consular Jurisdiction in the East*, tesis doctoral de Federico de Martens, pp. 9 a 14, citado por Andreas T. Müller, *Friedrich F. Martens on 'The Office of Consul and Consular Jurisdiction in the East'*, *European Journal of International Law*, vol. 25, N° 3, August 2014, pp 871-891.

<sup>19</sup> Cfr. Andreas T. Müller, *Friedrich F. Martens on 'The Office of Consul and Consular Jurisdiction in the East'*, *European Journal of International Law*, vol. 25, N° 3, August 2014, pp 871-891.

cia de Paz de La Haya, de 1899, en la que el arbitraje salió fortalecido, dando paso a la -así llamada- Corte Permanente de Arbitraje Internacional. Para Inglaterra, de Martens ya era un personaje conocido, no sólo por sus publicaciones o por su jerarquía en la cancillería rusa, sino por sus dotes de árbitro. En una disputa sobre derechos de pesca, entre Francia y Gran Bretaña, mediante un acuerdo celebrado el 11 de marzo de 1891, Federico de Martens había sido designado presidente de la comisión arbitral encargada de juzgar y decidir tal asunto, que finalmente fue resuelto directamente por las partes, mediante el Acuerdo del 8 de abril de 1904. Pero su función de árbitro sí cristalizó, posteriormente, en la controversia surgida entre Gran Bretaña y Holanda, en el caso del *Costa Rica Packet*, en el que había sido el árbitro único. En dicho asunto, en el compromiso arbitral, del 16 de mayo de 1895, las partes habían acordado, en el artículo I del compromiso, invitar al Gobierno de una tercera potencia -que resultó ser Rusia- a seleccionar, de entre sus súbditos, a un jurista de reconocida reputación; para esta tarea, el Gobierno de Rusia designó a Federico de Martens, quien, como árbitro único, el 25 de febrero de 1897, sentenció a favor de Gran Bretaña. Inglaterra tenía sobradas razones para confiar en él.

Pero, si hay algo por lo que se recuerda a Martens en el Derecho Internacional es por su contribución al Derecho Internacional Humanitario y a las leyes de la guerra, con una cláusula inserta en el preámbulo del Segundo Convenio de La Haya de 1899, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre -reproducida en la IV Convención de La Haya, de 1907- y que, en lo esencial, ha sobrevivido hasta nuestros días; según dicha disposición, mientras no se adopte un Código más completo de las leyes de la guerra, en los casos no previstos expresamente, deberán observarse los principios del Derecho de Gentes reconocidos por las naciones civilizadas, las leyes de la humanidad, y las exigencias de la conciencia pública.<sup>20</sup> Esta cláusula, acordada como fórmula de compromiso para determinar el tratamiento que se debía dar a los civiles que portaban armas en contra de una potencia ocupante (considerados, por las grandes potencias de la época, como combatientes ilegítimos que podían ser ejecutados por sus captores, y por los pequeños países, como combatientes legítimos, cuya vida debía ser respetada), que fue inserta a proposición de Martens y que lleva su nombre -la cláusula Martens-, le dio fama de hombre humanitario.<sup>21</sup> Como toda fórmula de compromiso, la cláusula Martens es suficientemente ambigua para complacer a unos y a otros. Por eso, según Antonio Cassese, en un comentario en el *European Journal of International Law*, éste es uno de los mitos jurídicos de la comunidad internacional, que se queda entre lo que es sólo la mitad de una rebanada de pan o un pastel en el cielo.<sup>22</sup> A juicio de Cassese, su redacción ha dado origen a múltiples interpretaciones, con frecuencia contradictorias, y que, precisamente por ese carácter evasivo pero con un contenido atractivo, ha sido retenida en tratados, citada

<sup>20</sup> “Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública.” Preámbulo del II Convenio de La Haya de 1899, relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

<sup>21</sup> *Cfr.*, por ejemplo, Rupert Ticehurst, *The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict*, *International Review of the Red Cross*, N° 317, April 1997, p. 125-134; y Vladimir Vasilievich Pustogarov, *Fyodor Fyodorovich Martens (1845-1909) – a humanist of modern times*, 30 de junio del año 1996, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 312, June 1996, p. 300-314.

<sup>22</sup> *Cfr.* Antonio Cassese, *The Martens Clause: Half a loaf or simply pie in the sky?*, *European Journal of International Law*, vol. 11, N° 1, 2000, p. 188.

por tribunales nacionales e internacionales, e invocada por organizaciones e individuos;<sup>23</sup> su mérito principal -del que probablemente Martens ni siquiera se percató- es que, por primera vez, habría abordado la cuestión relacionada con las leyes de humanidad no como un asunto moral, sino desde una perspectiva “aparentemente positivista”.<sup>24</sup> Se trata, en su opinión, de una cláusula de escaso valor, que deja a cada beligerante decidir sí, al bombardear las ciudades y aldeas del enemigo, se ha comportado humanamente.<sup>25</sup> En cualquier caso, se trata de una cláusula ambigua y evasiva, a la que se llegó inadvertidamente o sin intención, y que, gracias al escaso rigor jurídico de su autor, se presta para interpretaciones contradictorias.<sup>26</sup> El hecho es que, durante su vida, nadie prestó ninguna atención a esa cláusula, y el mismo Martens -a pesar de la gala que hacía de sus éxitos diplomáticos- no la consideró como uno de sus mayores logros, y ni siquiera como una contribución significativa a la Conferencia de Paz de 1899.<sup>27</sup> La introducción en el Derecho Internacional -a través de la cláusula Martens- de un medio para tener en cuenta a la humanidad, no se logró por motivaciones humanitarias, sino que formó parte de las manipulaciones diplomáticas destinadas a superar un impasse en la Conferencia de La Haya de 1899. Sin subestimar su importancia en el desarrollo del Derecho Internacional, para Cassese, la cláusula Martens, tan atrayente a pesar de su ambigüedad, ha generado grandes confusiones en las relaciones internacionales, y ha sido la fuente de muchas ilusiones y demandas que no estaban a tono con las duras realidades de las relaciones internacionales.<sup>28</sup>

Un aspecto que se ha silenciado -o al que, por lo menos, se le ha restado importancia-, es el pasado colonial de Martens. Su cercanía con Leopoldo II de Bélgica, y sus actividades pro colonialistas, particularmente en el Estado Libre del Congo, le llevaron a defender el proyecto de Leopoldo II en esa, su colonia personal, y a justificar un sistema sin precedentes de explotación intensiva del caucho y del marfil, a costa del trabajo forzado, la mutilación de las manos de quienes no rendían lo suficiente, o incluso la muerte de los congoleños más rebeldes. A juicio de Martens, gracias a la generosidad y el genio político del Rey Leopoldo, el Estado Libre del Congo tendría un régimen de plena conformidad con los requisitos de la cultura europea.<sup>29</sup> Puede que, en su visión particular, “las consideraciones de humanidad” a que se refiere la cláusula Martens no incluyeran la prohibición del trabajo forzado, el derecho a la integridad física o el derecho a la vida; pero también es posible que la cláusula Martens no hubiera sido pensada para los congoleños que, con toda seguridad -en la mente de Martens-, calificaban como un pueblo semi-salvaje. Es particularmente a partir de estas circunstancias que Lauri Mälksoo -un jurista notable, nacido en la misma Estonia de la cual Martens era originario- ha escrito sobre “*el legado oscuro*” de Martens, intentando desmitificar su figura de hombre humanitario, justo y probo. Retóricamente, Mälksoo se pregunta cómo es que Martens llegó a ser miembro del Consejo Superior del Estado Libre del Congo, para concluir que, finalmente, su entusiasmo por el proyecto personal de Leopoldo II en el Congo fue recompensado con esa designación. Es importante subrayar que el Estado Libre del Con-

---

<sup>23</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>24</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>25</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>26</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 189.

<sup>27</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 200.

<sup>28</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 216.

<sup>29</sup> Cfr. F. de Martens, «La Conférence du Congo à Berlin et la politique coloniale des Etats modernes», en *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, Bruxelles et Leipzig, Tome XVIII, 1886, p. 268.



go no se caracterizaba precisamente por el imperio de la ley, y que Plasman lo describía como “*un État de non-droit*”.<sup>30</sup> En 1892, en su condición de miembro del Consejo Superior del Estado Libre del Congo, Martens publicó un memorándum en relación con la naturaleza de la soberanía de que gozaba el nuevo Estado;<sup>31</sup> a pesar de que el Acta de Berlín, de 1885, era ambigua en este aspecto, Martens sostenía que -salvo la libre navegación del río Congo y la prohibición de monopolios- el Estado Libre del Congo era tan soberano como cualquier otro Estado europeo. En un artículo sobre la Conferencia de Berlín (1884 -1885), Martens se refiere a la historia de la colonización en países bárbaros por las potencias europeas, y sostiene que la iniciativa del Rey Leopoldo en el Congo estaba organizada por “los campeones de la civilización europea en África”.<sup>32</sup> Aunque Martens quiso fortalecer el estatuto jurídico del Estado Libre del Congo, la comunidad académica ha preferido mirar para otro lado, e ignorar esta parte del pasado de quien es considerado uno de los fundadores del Derecho Internacional Humanitario. Asociado con lo anterior, Mälksoo recuerda que, entre 1901 y 1908, Martens fue nominado persistentemente para el Premio Nobel de la Paz, sin que nunca lograra obtenerlo (aunque, en alguna publicación, equivocadamente, se sostenga lo contrario); según Mälksoo, si bien las deliberaciones del Comité Nobel permanecen secretas,<sup>33</sup> se puede especular que, tal vez, la explicación a su rechazo pueda encontrarse en la intensa campaña que había, en esos mismos años, en contra de las atrocidades cometidas en el Estado Libre del

<sup>30</sup> Cfr. Pierre-Luc Plasman, *Un État de non-droit? L'établissement du pouvoir judiciaire au Congo léopoldien (1885-1889)*, en Bérangère Piret, Charlotte Braillon, Laurence Motel, Pierre-Luc Plasman (eds.), *Droit et Justice en Afrique coloniale: Traditions, productions et réformes*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2014, pp. 27-49, citado por Lauri Mälksoo, *The Legacy of F.F. Martens and the Shadow of Colonialism*, *Chinese Journal of International Law*, jwab 041, <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jwab041>, published 28 January 2022.

<sup>31</sup> Cfr. F. de Martens, *État indépendant du Congo: Mémoire sur les droits dominiaux de l'état indépendant du Congo*, Hachez, Bruxelles, Novembre 1892, citado por Lauri Mälksoo, *The Legacy of F.F. Martens and the Shadow of Colonialism*, *Chinese Journal of International Law*, jwab041, <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jwab041>, published 28 January 2022. En su memorándum, Martens explica que la Asociación Internacional que precedió a Leopoldo II en el Congo habría obtenido sus títulos, ya sea por vía de la conquista pacífica o mediante tratados concluidos con los caciques indígenas. Según Martens, el Estado Libre del Congo no habría renunciado a la explotación de ninguno de sus recursos naturales en el territorio del Congo. El Estado era el propietario de todo ese territorio, y su gobierno podía obtener beneficios de esa propiedad, por ejemplo, mediante la venta de concesiones. La idea principal del memorándum era justificar que los beneficios obtenidos, directamente o a través de concesiones, pertenecían a Leopoldo II, en su condición de soberano, y que las naciones extranjeras, así como los inversores privados, tenían que reconocer esa soberanía y pagar lo que les correspondiera. Se presentaba al Estado Libre del Congo como “un Estado normal”, y que el resto del mundo no tenía que inmiscuirse en lo que sucedía en su interior. Con ello, Martens estaba otorgando *carte blanche* a Leopoldo II para el manejo de sus intereses y políticas económicas en el Congo. Como observa Mälksoo, si Leopoldo tuvo éxito fue gracias a haber contratado a Federico de Martens. Por supuesto que la asistencia jurídica proporcionada por Martens era remunerada, como se hace notar en la Enciclopedia Colonial Belga, indicando que, por sus servicios, habría recibido la suma de 1.000 francos belgas. Cfr. J. M. Jadot, *Martens de, Frédéric*, en *Bibliographie Coloniale Belge*, Académie Royale de Sciences Coloniales, Tome IV, Bruxelles, 1955, p. 578.

<sup>32</sup> Cfr. F. Martens, «La conférence de Congo à Berlin et la politique coloniale des États modernes», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, Tome XVIII, 1886, pp. 116 y 142.

<sup>33</sup> De acuerdo con sus regulaciones, incluso los nombres de los nominados solo pueden revelarse cincuenta años después de su nominación.



Congo, sin duda las peores cometidas en la era colonial en África.<sup>34</sup> Pero lo cierto es que, con su tendencia a recortar y transar, Martens se sentía más cómodo en el mundo de la intriga y la diplomacia que en el mundo del Derecho y la justicia.

En el artículo XXXV del Acta General de la Conferencia de Berlín, suscrita el 26 de febrero de 1885, se estableció que, para que la ocupación pudiera ser considerada como un título de adquisición de territorio, era necesario hacer respetar los derechos así adquiridos; esto es, la ocupación tenía que ser efectiva, y tenía que ser ejercida por una autoridad pública. Sin embargo, en su condición de representante de Rusia en la Conferencia, Martens declaró que los principios adoptados en ella, en relación con la ocupación efectiva en África, no serían vinculantes en otras partes del mundo.<sup>35</sup> Desde luego, tal declaración no podía derogar -o enmendar- lo que ya era un principio de Derecho Internacional y, de ser válida, lo sería respecto de Rusia, pero no respecto de los otros Estados partes en el Acta General de la Conferencia de Berlín, incluida Gran Bretaña. Sin embargo, esa declaración, hecha por Martens, podía ser el preludio de lo que vendría después, con el laudo de París.

En el artículo IX del Acta General de la Conferencia de Berlín -en la que participó Martens- se había declarado que, en conformidad con principios de Derecho Internacional- el comercio de esclavos estaba prohibido, y que el territorio de África no podía servir como un mercado o un medio de transporte para el comercio de esclavos de cualquier raza. Adicionalmente, Martens fue el delegado de Rusia en la Conferencia antiesclavista de Bruselas -celebrada entre el 18 de noviembre de 1889 y el 2 de julio de 1890-, que concluyó con la adopción del Acta General de Bruselas,<sup>36</sup> suscrita el 2 de julio de 1890, y que tenía como objetivo primordial poner término al tráfico de esclavos, por tierra y por mar, y mejorar las condiciones morales y materiales de existencia de las razas nativas. Haciendo seguimiento a la Conferencia de Bruselas, en 1894, el *Institut de Droit International* había adoptado una resolución sobre mecanismos para detectar el tráfico de esclavos, especialmente en el Océano Índico por barcos que enarbolaban una bandera que no era la suya, tema para el cual se designó como relator, precisamente, a Martens. Pero, como observa Mälksoo, bajo el reinado de Leopoldo, el trabajo forzado continuó siendo ampliamente utilizado en el Congo; además, la campaña en contra del tráfico árabe de esclavos sirvió para legitimar a las potencias europeas en su conquista del corazón de África, tarea en la que, como ya era bien conocido en los últimos años del siglo XIX, las condiciones a que se sometía a esos pueblos no eran en absoluto civilizadas.<sup>37</sup> Queda por saber si, a su manera, Martens realmente estaba combatiendo el tráfico de esclavos y luchando por una causa humanitaria en el Congo, o si, por el contrario, él se movía por otro tipo de intereses.

---

<sup>34</sup> Cfr. Lauri Mälksoo, “The Legacy of F.F. Martens and the Shadow of Colonialism”, *Chinese Journal of International Law*, jmab041, <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmab041>, published 28 January 2022. Cfr., también, Lauri Mälksoo, *F. F. Martens and his time: When Russia was an integral part of the European tradition of International Law*, *The European Journal of International Law*, vol. 25, N° 3, 2014, <http://www.ejil.org/pdfs/25/3/2513.pdf>

<sup>35</sup> Cfr. F. Martens, «La conference de Congo à Berlin et la politique coloniale des États modernes», *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, Tome XVIII, 1886, p. 264.

<sup>36</sup> Convention Relative to the Slave Trade and Importation into Africa of Firearms, Ammunition, and Spirituous Liquors.

<sup>37</sup> Cfr. Lauri Mälksoo, “The Legacy of F.F. Martens and the Shadow of Colonialism”, *Chinese Journal of International Law*, jmab041, <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmab041>, published 28 January 2022.

En 1879, en un estudio sobre el papel de Rusia e Inglaterra en Asia central,<sup>38</sup> Martens había expresado su convicción inquebrantable de que los intereses de ambas naciones estaban unidos; en su opinión, la misión civilizadora que habían asumido con esos pueblos semisalvajes no era una quimera, y sostenía que, para ellos, constituía una tarea digna. De Martens terminaba exhortando a que Rusia e Inglaterra no abandonaran su misión, y que establecieran sus relaciones futuras sobre bases recíprocas, abandonando la desconfianza y el antagonismo, basándose en el respeto de los derechos adquiridos y de las legítimas aspiraciones de una y otra.<sup>39</sup> Poco antes de la publicación de este texto, el gobierno británico había asumido directamente el control de la India -antes en manos de la Compañía de las Indias Orientales- y éste era, en Asia Central, el asunto de mayor importancia para los británicos; sin embargo, ya se comenzaba a sentir la influencia rusa en el norte, y era vital llegar a un entendimiento. Con esta publicación, Martens, que, más que un académico, era un funcionario de la cancillería rusa, estaba tendiendo un puente de plata para fortalecer las relaciones entre Rusia e Inglaterra. Que un funcionario de la cancillería rusa, de manera astuta y calculadora, inclinara la balanza en favor de Gran Bretaña en el arbitraje que nos ocupa, sería un gesto de buena voluntad hacia esta última, independientemente de que, como contrapartida, Rusia tuviera o no alguna compensación en otra parte del mundo; por supuesto, la circunstancia de que, en 1899, Rusia atravesara por una difícil crisis financiera, que la obligó a recurrir a capitales ingleses, es pura coincidencia.<sup>40</sup> Pero lo cierto es que, una vez que Martens fue designado como super árbitro para conocer y decidir sobre la controversia del Esequibo, el resultado estaba cantado.

A pesar de su habilidad para jugar con fórmulas de arreglo, que dejaran satisfechos a quienes tenían el control de los asuntos mundiales, lo cierto es que ni su discurso era coherente, ni sus actos eran compatibles con las ideas de justicia y humanitarismo que predicaba; la firmeza y la claridad de propósitos no formaban parte de sus atributos. En su cosmovisión, la ética era una mercancía devaluada, que no tenía cabida en las relaciones internacionales, y los compromisos libremente contraídos por los Estados podían ser interpretados a conveniencia. Sea lo que sea que uno pueda pensar de Federico Martens, de sus métodos o de sus motivos, es interesante observar que, de haber existido la Corte Internacional de Justicia, con las reglas de su Estatuto, y de haberse sometido este caso a esa instancia internacional, de Martens jamás podría haber sido juez en este caso; en efecto, el artículo 17 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone, en su primer párrafo, que los miembros de la Corte no podrán ejercer funciones de agente, consejero, o abogado *en ningún asunto* (no solamente

<sup>38</sup> Cfr. *La Russie et l'Angleterre dans l'Asie Centrale*, Imprimerie I. S. van Doosselaere, Bruselas, 1879. Por la relevancia de su autor en el servicio exterior ruso, este texto tenía que ser conocido de los ingleses. Hay traducción al castellano, de Héctor Gros Espiell: Federico de Martens, *Rusia e Inglaterra en Asia Central*, traducción y estudio preliminar de Héctor Gros Espiell, Ediciones de la Presidencia de la República, Caracas, 1981.

<sup>39</sup> «L'idée fondamentale qui l'a inspirée, est maintenant connue du lecteur. Cette idée, c'est la conviction intime et inébranlable que les intérêts de la Russie et de l'Angleterre dans la Asie centrale sont essentiellement solidaires. Ces des grandes puissances devraient toujours rester pénétrées de cette vérité, que la mission civilisatrice dont elles se sont chargées envers les peuples à demi-sauvages des pays lointains dont il s'agit, n'est point une chimère; qu'elle est au contraire un fait réel est constitue une tâche digne d'elles. ¡Puissent la Russie et l'Angleterre ne jamais désertir leur mission! Puissent-elles établir à l'avenir leurs rapports mutuels, non sur la défiance et l'antagonisme, mais sur une confiance réciproque, sur des explications franches et loyales, sur un respect sincère des droits acquis et des aspirations légitimes de l'une et de l'autre.» *Op. cit.*, p. 75.

<sup>40</sup> Cfr. Hermann González Oropeza, *Dos Aspectos del Reclamo Esequibo*, pp. 14 a 16.

aquellos directamente relacionados con alguna de las partes en la controversia). Al momento de firmarse el compromiso, en 1897, al igual que al momento de dictarse el Laudo, en 1899, ésta no era una regla escrita; pero, con toda certeza, era una regla de Derecho no escrito, y una regla de comportamiento honorable, que hubiera impedido a Federico de Martens desempeñarse simultáneamente como consejero del Zar y funcionario de la cancillería rusa, y como árbitro en un asunto en el que, claramente, tanto él en lo personal como en su condición de funcionario de la nación a la cual servía, tenía un conflicto de intereses que le impedía actuar con ecuanimidad. Los sentimientos de Martens y su carrera como diplomático no encajaban bien con un nombramiento como súper árbitro en un asunto como este; según Elihu Root, “los árbitros actúan con demasiada frecuencia de manera diplomática en lugar de judicial; se consideran pertenecientes a la diplomacia más que a la jurisprudencia; miden su responsabilidad y sus deberes por las tradiciones, los sentimientos y la honorable obligación que han surgido en siglos de relaciones diplomáticas, más que por las tradiciones, los sentimientos y el sentido de honorable obligación que caracterizan a los departamentos judiciales de las naciones civilizadas.”<sup>41</sup> Pero éste era un arbitraje de Derecho; no un asunto para ser resuelto mediante consideraciones prácticas, acuerdos diplomáticos o de otro tipo.

Para Nussbaum, las actividades de Martens como árbitro eran “de lo más conspicuas”, incluyendo el ultimátum que les habría dado a los otros árbitros en el caso del Esequibo para que aceptaran su decisión.<sup>42</sup> Según Nussbaum, “El espíritu de arbitraje se pervertiría más gravemente si el árbitro neutral no poseyera la independencia externa e interna de su gobierno que, según la concepción de la mayoría de los países de la civilización occidental, es un atributo inherente al cargo judicial. Esa independencia de Martens ciertamente no la tuvo, y es difícil que la pudiera haber adquirido dentro del marco del régimen y de la tradición zaristas.”<sup>43</sup>

Venezuela no tuvo ninguna participación en la elección de Martens como super árbitro; Gran Bretaña sí. De lo contrario, hubiera sido una insensatez no vetar a una persona manifiestamente parcializada en favor de Inglaterra, y que, por su condición de funcionario del servicio exterior ruso, no podía actuar con independencia en un asunto en que el territorio del Esequibo podía ser utilizado como moneda de cambio por Rusia. Además, los dos árbitros designados por Venezuela, que convinieron en dicha designación, tampoco consultaron con el gobierno de Venezuela. Mientras los británicos pudieron pasearse por distintas opciones, rechazando a unos u otros, Venezuela no tuvo esa posibilidad. Pero lo cierto es que, independientemente de quién lo haya escogido para esa tarea, Martens no resultaba ser la persona idónea para actuar como un tercero imparcial, en su función de árbitro de Derecho. Su designación no garantizaba una percepción de imparcialidad -la imparcialidad subjetiva- y, como se verá más adelante, su conducta objetiva demostraría que, de hecho, tampoco fue imparcial. Por el momento, la Corte Internacional de Justicia tendrá que decidir si lo que hoy se exige de los Estados en sus relaciones con los individuos,<sup>44</sup> en cuanto al derecho de éstos a ser

<sup>41</sup> Address to the National Arbitration and Peace Conference of 1907, on April 15, 1907, quoted by William Cullen Denis, *Compromise – The Great Defect of Arbitration*, Columbia Law Review, June 1911, N° 6, pp. 493-513, p. 495, en nota a pie de página.

<sup>42</sup> Cfr. Arthur Nussbaum, *Frederic de Martens Representative Tsarist Writer on International Law*, en *Nordic Journal of International Law*, vol. 22, Issue 1, 1952, p. 58.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>44</sup> Cfr. El artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

oídos por un tribunal independiente e imparcial, es una regla del Derecho Internacional general, que recoge la idea que tenemos de la justicia, y que se hace igualmente extensiva a los tribunales internacionales, debiendo estos ofrecer garantías de independencia e imparcialidad, en los mismos términos en que éstas han sido entendidas por los tribunales internacionales de derechos humanos. Mientras tanto, el fantasma de Federico de Martens se pasea por los salones del Palacio de la Paz, en La Haya -en el que, desde 1999, se exhibe una estatua suya, donada por el gobierno de Vladimir Putin-, esperando que se confirme una aberración jurídica de la que fue autor, y que se ponga el sello definitivo al mayor despojo territorial del siglo XIX.



*Aspectos procesales en las quejas individuales ante los  
órganos cuasi-judiciales de las Naciones Unidas\**

*Procedural issues in the individual complaints before  
the United Nations quasi-judicial bodies*

“En Memoria de Pedro Nikken”

Carlos Villán Durán

*Codirector del Máster Universitario en Protección Internacional  
de los Derechos Humanos de la  
Universidad de Alcalá presidente de la Asociación Española  
para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos  
(AEDIDH)*

**Resumen:** *Ocho comités de las Naciones Unidas que reciben quejas individuales, deciden sobre su propia competencia y sobre la admisibilidad de las quejas. Además, adoptan medidas provisionales y dictámenes en cuanto al fondo. El valor jurídico de las decisiones de los comités ha sido confirmado por su propia jurisprudencia y, en España, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018 en el caso Ángela González Carreño. Pero se necesita una ulterior reforma legislativa y políticas públicas efectivas para asegurar que España cumpla con sus obligaciones internacionales en el ámbito de los derechos humanos.*

**Palabras Clave:** *Competencia; admisibilidad; medidas provisionales; dictámenes; seguimiento; valor jurídico.*

**Abstract:** *Eight UN Committees may receive individual complaints, establish their own competence and decide on the admissibility of the complaints. In addition, they adopt interim measures and views on the merits. The legal value of the Committees' decisions was confirmed by their own case-law, followed in Spain by the Supreme Court's judgment of 17 July 2018 in the case of Ángela González Carreño. However, further legislative reform and effective policies are needed to ensure the Spanish compliance with its international obligations in the field of human rights.*

**Key words:** *Competence; admissibility; interim measures; views; follow-up; legal value.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO

---

\* Artículo publicado en F. PASCUAL VIVES y A. GONZÁLEZ SERRANO (dirs.), J. C. RODRÍGUEZ PATARROYO (coord.), *Litigación internacional y protección de los derechos humanos*, Madrid, La Ley, julio de 2022, 339 p., at 89-129. ISBN 978-84-19032-70-6.

## III. PROCEDIMIENTO APLICABLE A LAS QUEJAS INDIVIDUALES

1. Competencia. A. *Ratione temporis*. B. *Ratione personae*. C. *Ratione loci*. D. *Ratione aeternitatis*.
2. Admisibilidad. 3. Medidas provisionales. 4. Tramitación interna de la queja. 5. Dictamen.
6. Publicación. 7. Seguimiento.

## IV. CONSIDERACIONES FINALES

## I. INTRODUCCIÓN

Nueve de los principales tratados internacionales de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y sus protocolos o cláusulas facultativas<sup>1</sup>, establecen que sus respectivos comités (órganos compuestos de personas expertas e independientes) puedan recibir quejas individuales («comunicaciones») en el texto literal de los tratados) dirigidas contra un Estado parte por presunta violación de alguno de los derechos reconocidos en el tratado de cuya aplicación se ocupan. Son los siguientes:

**Tratados de las Naciones Unidas que establecen  
el procedimiento de quejas individuales**

Convención	Comité	Cláusula o Protocolo Facultativo	Estados partes que han suscrito la cláusula o el Protocolo Facultativo
CEDR	Comité EDR	Art. 14 CEDR	59
PIDCP y PF 2	Comité DH	PF 1 PIDCP	116
CCT	Comité CT	Art. 22 CCT	69
CEDM	Comité EDCM	Arts. 1-7 PF CEDM	114
CDPD	Comité DPD	Arts. 1-5 PF CDPD	100
CDF	Comité DF	Art. 31 CDF	24
PIDESC	Comité DESC	Arts. 1-9 PF PIDESC	26
CDN	Comité DN	Arts. 1-11 PF 3 CDN	48
CTMF	Comité TMF	Art. 77 CTMF	5

Fuente: elaboración propia (a 15 de diciembre de 2021)

La finalidad del procedimiento es obtener del comité correspondiente que se pronuncie sobre si ha habido o no violación del tratado en el caso concreto (dictamen) y se extraigan las consecuencias jurídicas, debiendo el comité determinar las medidas de reparación que el Estado deberá adoptar, que serán proporcionales a la gravedad de la violación cometida.

El procedimiento de quejas es, por lo tanto, contradictorio e implica que el Estado pueda ser sancionado. No obstante, los dictámenes de los comités sobre el fondo no son sentencias en sentido estricto, pues no son emitidos por tribunales internacionales. Pero sí son órganos de personas expertas revestidos por el tratado correspondiente de autoridad para pronunciarse sobre si ha habido violación o no de sus disposiciones, por lo que sus dictámenes, además de adoptar la forma de un fallo judicial, tienen un innegable valor jurídico. No obstante, al no tener los dictámenes la fuerza ejecutiva de una sentencia, calificamos el procedimiento de cuasi-judicial.

El procedimiento de quejas es subsidiario de los procedimientos judiciales nacionales de tutela de los derechos humanos que son los propios de un país democrático, regido por el

<sup>1</sup> *Los principales tratados internacionales de derechos humanos*, Publicaciones de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2014.

estado de derecho. Únicamente cuando se han agotado los recursos de la jurisdicción interna, salvo que se justifiquen los motivos por los que no se emplearon esos recursos, la víctima o su representante podrán acudir ante el comité competente para solicitar la protección de sus derechos supuestamente violados.

De los nueve tratados o protocolos que prevén las quejas individuales, los ocho primeros están en vigor y han sido aceptados por España. Este capítulo pretende hacer un análisis de las cuestiones de carácter procesal más relevantes que ha generado la práctica ante estos órganos cuasi-judiciales establecidos en el marco del sistema universal de protección de los derechos humanos.

## II. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO

Los tratados internacionales respectivos, así como los reglamentos internos de los diferentes comités<sup>2</sup>, establecen el régimen jurídico aplicable para la tramitación de las quejas individuales. El procedimiento, en gran parte coincidente en los ocho comités en vigor, posee ocho características comunes<sup>3</sup>.

En primer lugar, es facultativo puesto que es necesario que el Estado haya expresado su consentimiento en obligarse tanto por la convención (convirtiéndose así en Estado parte), como por el protocolo o cláusula convencional que confiere al comité correspondiente la competencia para recibir quejas individuales.

En segundo lugar, el procedimiento es reglado y obligatorio. Los comités tramitarán obligatoriamente todas y cada una de las quejas individuales que reciban y que vayan dirigidas contra un Estado parte. Reglado, porque se desarrolla en su integridad por escrito, según las reglas de procedimiento aplicables, en el que no existe una fase oral o de audiencia de las partes, salvo en el caso del Comité contra la Tortura, según el art. 117.4 de su reglamento. El procedimiento es además de obligatorio acatamiento por las partes en el mismo (Estados y víctimas o sus representantes).

En tercer lugar, todas las fases procesales se desarrollan en la más estricta confidencialidad. Ello no impide que la víctima o su representante estén al corriente de la tramitación de su queja, pues participan activamente en el procedimiento. En teoría, las decisiones sobre admisibilidad y los dictámenes u opiniones en cuanto al fondo de los comités son también confidenciales. Sin embargo, esta regla se ha flexibilizado en la práctica, pues los comités

---

<sup>2</sup> *Recopilación de los reglamentos de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, doc. HRI/GEN/3/Rev.3, de 28 de mayo de 2008. Posteriormente se publicaron los siguientes: Reglamento revisado del Comité de los Derechos de Personas con Discapacidad, doc. CRPD/C/1/Rev.1, de 10 de octubre de 2016; Reglamento revisado del Comité de los Derechos del Niño, doc. CRC/C/4/Rev.2, de 9 de diciembre de 2010; Reglamento revisado del Comité de Derechos Humanos, doc. CCPR/C/3/Rev.11, de 11 de enero de 2019; Reglamento revisado del Comité contra la Tortura, doc. CAT/C/3/Rev.6, de 1 de septiembre de 2014; Reglamento provisional del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, doc. E/2013/22, E/C.12/2012/3, anexo VII; y Reglamento del Comité de los Derechos del Niño relativo al Protocolo Facultativo 3, doc. CRC/C/62/3, de 16 de abril de 2013.

<sup>3</sup> Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 455-456; Möller, Jakob Th., «Eight UN Petitions Procedures: A Comparative Analysis», en Eide, Asbjørn, Möller, Jakob Th. y Ziemele, Ineta (eds.), *Making Peoples Heard. Essays on Human Rights in Honour of Gudmundur Alfredsson*, Nijhoff, Leiden/Boston, 2011, p. 135-157; y Villán Durán, Carlos y Faleh Pérez, Carmelo, *El sistema universal de protección de los derechos humanos*. Su aplicación en España, Tecnos, Madrid, 2017, p. 127-130.



han decidido siempre publicar sus decisiones y dictámenes de manera individualizada en el sitio del respectivo comité en la web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y a través de sus informes anuales a la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), una vez notificados a las partes en el procedimiento.

En cuarto lugar, el procedimiento es contradictorio y de apariencia contenciosa o judicial, pero sin gozar de esta naturaleza en sentido estricto. De ahí que lo calificamos de cuasi-judicial. El carácter contradictorio implica que las partes en el procedimiento se enfrentarán ante el comité competente defendiendo por escrito y sucesivamente sus posiciones, primero en cuanto a la admisibilidad de la queja y, una vez resuelta favorablemente esta primera fase procesal, en cuanto al fondo del asunto. Los comités analizarán los hechos considerados como probados a partir de las informaciones suministradas por las partes en el procedimiento, conforme al principio de igualdad de armas. A continuación, realizarán la calificación jurídica de los mismos.

En quinto lugar, la decisión de los comités sobre la admisibilidad de una queja es definitiva y obligatoria para las partes. Solamente podrá ser revisada por el propio comité si el Estado o la víctima le presentan nuevas informaciones de peso, siempre que la causa que justifique la decisión pueda ser enervada.

En sexto lugar, la opinión del comité sobre el fondo del asunto (dictamen<sup>4</sup>) se redacta en forma de sentencia, pues el comité resume los hechos declarados probados, los califica conforme a la convención correspondiente, y se pronuncia sobre si tales hechos constituyen o no violación de algún derecho reconocido. En caso positivo, el comité señalará las medidas de reparación e indemnización a la víctima que el Estado infractor deberá adoptar. Aunque no se trata de una sentencia judicial en sentido estricto que sea vinculante y oponible al Estado, los Estados se esfuerzan en acatar los dictámenes de los comités y cumplir las medidas de reparación prescritas. Declarada la violación y señaladas las medidas de reparación, los comités solicitan en los dictámenes al Estado que les haga llegar, en un plazo de 180 días, información sobre las medidas efectivas que haya adoptado para aplicar el dictamen. Por último, los comités piden a los Estados que den publicidad y amplia difusión a sus dictámenes.

En séptimo lugar, mediante sus decisiones y dictámenes los comités analizan e interpretan en profundidad el alcance de los artículos de los tratados en cuestión, a la vez que tutelan internacionalmente los derechos de la víctima. Se constituye así un acervo jurisprudencial que se suma a las observaciones finales de los comités al término del examen de los informes periódicos de cada Estado parte, así como a las observaciones o recomendaciones generales que los comités dirigen a todos los Estados partes, interpretando el contenido y alcance de un artículo concreto de la convención respectiva.

Por último, en octavo lugar, la finalidad del procedimiento es de protección estricta y de carácter *ex post facto*, es decir, que se puede recurrir a él una vez producida la violación de alguno de los derechos consagrados en uno de los ocho tratados indicados. Además, puede tener efectos preventivos cuando se solicitan medidas provisionales a los comités en el marco del procedimiento. Así, el art. 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CCT) de 1985<sup>5</sup> y el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 prohíben la extradición o expulsión de una persona a

<sup>4</sup> A título de excepción, el art. 118.4 del Reglamento del Comité contra la Tortura indica que sus conclusiones sobre el fondo se denominarán «decisiones».

<sup>5</sup> United Nations Treaty Series, vol. 1465, p. 112.

un Estado en el que corra el riesgo de ser sometida a tortura. En todo caso, el objetivo esencial del procedimiento es constatar la violación de un derecho reconocido e indicar al Estado infractor las medidas de reparación, de cuya aplicación deberá informar al comité.

Algunos autores y muchas organizaciones de la sociedad civil han propuesto que se refundan las competencias de todos los comités que reciben quejas individuales y se entreguen a un nuevo Tribunal Universal de Derechos Humanos de carácter permanente y competente para recibir las demandas de las víctimas de violaciones de derechos humanos consagradas en los diferentes tratados, dirigidas contra el Estado bajo cuya jurisdicción se cometió la presunta violación. La ventaja es obvia: las decisiones de ese tribunal serían sentencias judiciales, de obligado cumplimiento por parte de los Estados. Es de esperar que tal procedimiento, de alcance universal, sea algún día realidad, a imagen de los tribunales regionales de derechos humanos ya existentes en África, América y Europa.

Otra opción, ciertamente más rápida y económica, sería enmendar el art. 34 y conexos del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), a fin de establecer en su seno una Sala de Derechos Humanos permanente, con una competencia similar. Obviamente, ello requeriría dotar a la CIJ de los recursos personales y materiales necesarios para atender debidamente las demandas individuales que le llegarían desde distintas partes del mundo, una vez agotados los recursos internos.

### III. PROCEDIMIENTO APLICABLE A LAS QUEJAS INDIVIDUALES

En términos generales, los ocho comités aplican un procedimiento estándar en la tramitación de las quejas individuales, aunque ha sido el Comité de Derechos Humanos (Comité DH) el que ha actuado como líder al haber desarrollado una amplia jurisprudencia que le ha permitido establecer normas de procedimiento muy precisas, así como pronunciarse sobre cuestiones de fondo que ayudan a interpretar el contenido y alcance de las disposiciones sustantivas del PIDCP y de su Segundo Protocolo Facultativo. Así, el Comité DH había registrado en 40 años (1977-2017) 2970 quejas individuales relativas a 92 Estados, habiendo determinado la existencia de violación del PIDCP en 994 casos y declarado inadmisibles 679 quejas. En esa fecha estaban pendientes de examen 542 casos más<sup>6</sup>.

Todas las quejas individuales se deben presentar telemáticamente ante la Oficina del ACNUDH en Ginebra, utilizando el formulario unificado disponible. Se tramitarán conforme al procedimiento establecido por cada comité. Tratándose del Comité DH, este procedimiento se encuentra establecido en el Primer Protocolo Facultativo del PIDCP y las disposiciones conexas del reglamento interno del Comité DH<sup>7</sup>.

Las normas procesales que rigen la tramitación de quejas individuales ante los ocho comités se agrupan en torno a cuatro fases principales, a saber: a) establecimiento de la competencia/admisibilidad; b) determinación de los hechos; c) dictamen sobre el fondo; y d) publicación/seguimiento. A los efectos de nuestra exposición, en este capítulo agregaremos otros dos apartados dedicados a las medidas provisionales y a la tramitación interna de la queja.

<sup>6</sup> Doc. CCPR/C/119/3, de 6 de octubre de 2017, párr. 3.

<sup>7</sup> Arts. 88-113 del Reglamento del Comité DH. Para una selección de decisiones y dictámenes del Comité DH y de otros comités relativos a España y países de lengua española: ver Villán Durán, Carlos y Faleh Pérez, Carmelo, *Prácticas de derecho internacional de los derechos humanos - Parte I (Protección convencional)*, Madrid, 2021.

### 1. *Competencia*

Recibida una queja, los ocho comités establecerán su propia competencia en función de los cuatro criterios clásicos de atribución de la competencia en todo procedimiento de tipo contencioso<sup>8</sup>.

#### A. *Ratione temporis*

La regla general es que los hechos denunciados debieron haber ocurrido después de que la convención y el Protocolo Facultativo o cláusula facultativa hayan entrado en vigor para el Estado contra el que se reclama, a menos que persistan «hechos que hayan continuado con posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo susceptibles de constituir, en sí mismos, una violación del Pacto»<sup>9</sup>. Por lo mismo, el Comité DH admitió la queja de familiares de un detenido-desaparecido en octubre de 1975, por cuanto «se refería a hechos que, según se afirmaba, habían continuado ocurriendo o habían tenido lugar después del 23 de marzo de 1976 (fecha en que el Pacto y el Protocolo Facultativo entraron en vigor para el Uruguay)<sup>10</sup>.

Sorprendentemente, el Comité DH declaró en 2020 inadmisibile *ratione temporis* una queja por la desaparición en 1936 en España de dos familiares de las víctimas, al considerar que su jurisdicción no alcanza a violaciones ocurridas en 1936, aunque tengan ciertos efectos continuos y porque la queja se habría presentado tardíamente<sup>11</sup>.

Por su parte, el art. 35 de la Convención Internacional para la Protección contra las Desapariciones Forzadas (CDF) de 2007<sup>12</sup> restringe temporalmente la competencia del Comité contra las Desapariciones Forzadas para recibir quejas individuales sobre

«las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención». Pero estas limitaciones se aplican únicamente a las quejas por «casos individuales» de desaparición forzada que se reciban conforme a los arts. 31 y 32 de la CDF o a las solicitudes de acción urgente a que se refiere el art. 30 de la CDF. Por el contrario, la limitación temporal del art. 35 de la CDF no se aplica a situaciones de «práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada» a las que alude el art. 5 de la CDF, porque en ese caso nos encontramos ante «un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias» en él previstas, entre ellas la imprescriptibilidad y la prohibición de amnistía de tales crímenes.

También varía el plazo que dispone la víctima para presentar su queja, una vez agotados los recursos internos. Así, el Comité DH podrá considerar que se ha abusado del derecho a reclamar si la comunicación se presentó «5 años después del agotamiento de los recursos internos por su autor o, en su caso, 3 años después de la conclusión de otro procedimiento de examen o arreglo internacionales, a menos que la demora esté justificada habida cuenta de todas

<sup>8</sup> Ver un análisis de los criterios por los que el Comité DH determina su competencia en Faúndez Ledesma, Héctor, *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2014, p. 382- 423; y Villán Durán y Faleh Pérez, *El sistema universal...*, *Op. cit.*, p. 131-147.

<sup>9</sup> Doc. CRC/C/69/D/1/2014, 4 de junio de 2015, párr. 4.2

<sup>10</sup> Doc. A/37/40, 29 de marzo de 1982, p. 138, párr. 7.b).

<sup>11</sup> Doc. CCPR/C/130/D/3599/2019, de 6 de mayo de 2021. La decisión de inadmisibilidad fue dictada el 28 de octubre de 2020 (párrs. 7.6 y 7.7). Seis miembros del Comité DH firmaron dos votos particulares al considerar que la queja era admisible por violación del art. 7 del PIDCP (padecimiento permanente de los familiares de las víctimas) y que se habían agotado los recursos internos.

<sup>12</sup> United Nations Treaty Series, vol. 2716, p. 3.

las circunstancias de la comunicación»<sup>13</sup>. El plazo se reduce a un año para las quejas ante el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Comité de los Derechos del Niño, salvo que «el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo». La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) de 1965<sup>14</sup> limita el plazo a seis meses una vez agotados los recursos internos (art. 14.5), salvo que concurran «circunstancias excepcionales debidamente comprobadas»<sup>15</sup>. En cambio, las quejas ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de los Derechos de Personas con Discapacidad no están sometidas a un plazo perentorio. Y las quejas ante el Comité contra la Tortura no deben demorarse excesivamente para evitar que «el examen de las denuncias plantee dificultades indebidas al Comité o al Estado parte»<sup>16</sup>.

#### B. *Ratione personae*

Los comités han precisado las reglas que distinguen entre la legitimación pasiva, esto es, los entes estatales que pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado; y la legitimación activa o *locus standi* para presentar una queja ante los comités, como autor de la misma.

En cuanto a la legitimación pasiva, solo los Estados pueden ser denunciados ante los comités por violación de los derechos humanos, porque son los sujetos obligados por los instrumentos internacionales aplicables. La responsabilidad internacional por la violación de obligaciones internacionales del Estado puede verse comprometida por la acción u omisión de cualquiera de sus órganos, sin que importe a estos efectos el ámbito territorial en que se desempeñe, el rango o tipo de funciones, ni la posición jerárquica que ocupe. El Comité DH precisó en su Observación General n° 31, relativa a la índole de la obligación jurídica general que enuncia el art. 2 del PIDCP, que:

«(...) Las obligaciones que imponen el Pacto en general y su artículo 2 en particular vinculan a cada Estado Parte en su totalidad. Todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y demás autoridades públicas o gubernamentales, sea cual fuere su rango: nacional, regional o local, están en condiciones de comprometer la responsabilidad del Estado Parte.

(...) En virtud del párrafo 1 del artículo 2, los Estados Parte deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y a todas las que estén sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte aunque no se encuentre en el territorio del Estado (...).

El Pacto (...) debe estar al alcance de todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su condición de apátridas, entre ellos los solicitantes de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y demás personas que estén en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado»<sup>17</sup>.

Además, el Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por los actos cometidos por agentes no estatales, incluso particulares o empresas, cuando omite el cumplimiento

<sup>13</sup> Art. 99.c) del Reglamento del Comité DH. Concordantemente: ver Jahelka y otros c. República Checa, n° 1583/2007; y Sedljar y Lavrov c. Estonia, n° 1532/2006.

<sup>14</sup> United Nations Treaty Series, vol. 660, p. 195.

<sup>15</sup> Art. 91.f) del Reglamento del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

<sup>16</sup> Art. 113.f) del Reglamento del Comité contra la Tortura.

<sup>17</sup> Observación General n° 31 del Comité DH, de 29 de marzo de 2004, párr. 4.

de su obligación de diligencia debida. Así lo reconoce el Comité DH en la misma Observación General n° 31 (párr. 8). A ello se ha referido también el Comité contra la Tortura en su Observación General n° 2, donde establece que:

«la obligación del Estado de impedir la tortura también se aplica a todas las personas que actúen, de jure o de facto, en nombre del Estado Parte, en colaboración con éste o a instancia de éste (...)».

Desde el ángulo de la legitimación activa, el demandante/autor de la queja ha de ser la víctima directa de la violación que se alegue (persona física) o su representante legal debidamente acreditado. Es la víctima la que debe formular la queja, aunque «se podrá aceptar una comunicación presentada en nombre de una presunta víctima cuando sea evidente que esta no está en condiciones de presentar personalmente la comunicación»<sup>18</sup>.

También acepta el Comité DH los conceptos de «víctima indirecta» (un familiar de la víctima) o «potencial» (cualquier persona que pruebe que se le puede aplicar de manera inminente una ley que ha sido declarada contraria al Pacto o puede constituir una violación del PIDCP); no obstante, la víctima potencial deberá demostrar que el Estado, por acción u omisión:

«ya ha menoscabado el ejercicio de su derecho o que ese menoscabo es inminente, basando su argumentación, por ejemplo, en las leyes en vigor o en una decisión o práctica judicial o administrativa»<sup>19</sup>.

Por último, la víctima ha de ser exclusivamente una persona física, por lo que el Comité DH rechazará toda queja que proceda de personas jurídicas que se pretendan víctimas; para determinar la admisibilidad de la comunicación, el Comité DH atiende a la titularidad de los derechos lesionados, de manera que si los autores de la queja reclaman esencialmente derechos que pertenecen presuntamente a una empresa privada con una personalidad jurídica totalmente independiente, y no a ellos como individuos, la queja será inadmisibile *ratione personae*.

### C. *Ratione loci*

Atendiendo al lugar en el que se cometió la violación, los hechos denunciados debieron haber ocurrido en cualquier lugar bajo la jurisdicción del Estado demandado, ya sea dentro o fuera del país. Como señaló el Comité DH:

«un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado, aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte (...). Este principio se aplica también a los (individuos) que estén bajo la autoridad o el control efectivo de las fuerzas del Estado Parte que actúen fuera de su territorio, así como independientemente de las circunstancias en que se haya adquirido esa autoridad o control efectivo»<sup>20</sup>.

En otro caso, el Comité DH consideró que los malos tratos sufridos por la víctima en la base naval de Guantánamo, territorio cubano bajo la soberanía de los Estados Unidos de América, no podían ser atribuidos a Australia, a pesar de la influencia que este país ejerció

<sup>18</sup> Art. 99.b) del Reglamento del Comité DH.

<sup>19</sup> Andersen c. Dinamarca, A/65/40 (Vol. I), párr. 97.

<sup>20</sup> Observación General n° 31 del Comité DH, párr. 10.

sobre las autoridades estadounidenses, que pudo utilizarse para que estas respetasen los derechos humanos de la víctima<sup>21</sup>.

En la misma línea interpretativa, el Comité contra la Tortura entendió que lo decisivo es el control que ejerce un Estado parte sobre las personas y considerar que

«el concepto de “todo territorio que esté bajo su jurisdicción”, vinculado al principio de imperatividad, incluye cualquier territorio o instalación y es aplicable para proteger a toda persona, sea o no nacional y sin discriminación, que esté sujeta al control de jure o de facto de un Estado Parte»<sup>22</sup>.

Consecuentemente, rechazó el argumento de España en *Fatou Sonko c. España*, relativo a cuatro inmigrantes irregulares que habían sido interceptados en aguas marroquíes por una embarcación de la Guardia Civil y subidos a bordo para luego ser abandonados en el agua cerca de la orilla. Uno de ellos, hermano de la autora de la queja, no sabía nadar y falleció antes de llegar a la orilla. El Comité contra la Tortura recordó que:

«la jurisdicción del Estado parte se extiende a cualquier territorio sobre el cual (...) ejerza, directa o indirectamente, total o parcialmente, de jure o de facto, un control efectivo, de conformidad con el derecho internacional (...). En el presente caso, el Comité observa que los guardias civiles mantuvieron el control sobre las personas a bordo y eran por tanto responsables de su integridad»<sup>23</sup>.

De igual forma el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el derecho reconocido en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966<sup>24</sup> señaló en su Observación General n° 23 que los Estados partes «deberían identificar indicadores y puntos de referencia para supervisar la aplicación del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias», incluyendo «los diferentes elementos del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (...) y abarcar a todas las personas bajo la jurisdicción territorial del Estado parte o bajo su control».

Además, combinando elementos propios de la competencia *ratione personae* y *ratione loci* a fin de abarcar las vulneraciones extraterritoriales del citado derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales precisó que:

«Los Estados partes deberían adoptar medidas, incluidas medidas legislativas, para aclarar que sus nacionales, así como las empresas domiciliadas en su territorio y/o bajo su jurisdicción, tienen la obligación de respetar el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias en todas las operaciones que realicen fuera de su territorio. (...) Los Estados partes deberían adoptar medidas apropiadas para garantizar que los actores no estatales domiciliados en el Estado parte sean considerados responsables extraterritorialmente de las vulneraciones del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias y que las víctimas tengan acceso a reparación. Los Estados partes deberían también proporcionar orientación a los empleadores y a las empresas sobre la manera de respetar el derecho extraterritorialmente»<sup>25</sup>.

#### D. *Ratione materiae*

El Comité DH ha interpretado que el derecho cuya violación se denuncia debe estar consagrado en la Parte III del PIDCP (arts. 6-27). No caben, por tanto, quejas por violación del de-

<sup>21</sup> Hicks c. Australia, n° 2005/2010.

<sup>22</sup> Observación General n° 2 del Comité contra la Tortura, párr. 7.

<sup>23</sup> Fatou Sonko c. España, decisión de 25 de noviembre de 2011, párr. 10.3.

<sup>24</sup> United Nations Treaty Series, vol. 993, p. 3.

<sup>25</sup> Doc. E/C.12/GC/23, de 27 de abril de 2016, párrs. 55 y 70.

recho a la libre determinación de los pueblos consagrado en el art. 1 del PIDCP. Por lo mismo, el Comité DH rechazó una queja por supuesta violación del art. 50 del PIDCP y muchas por presunta violación del art. 2 del PIDCP (obligación general de respeto y garantía de los derechos y derecho a un recurso efectivo y obtener reparación) cuando la violación de esta disposición no está vinculada a un derecho sustantivo reconocido en la Parte III del PIDCP.

Por otra parte, la víctima o su representante han de prestar atención a las eventuales reservas estatales a las disposiciones sustantivas del PIDCP o del instrumento convencional de que se trate, que pueden tener por objeto limitar la competencia *ratione materiae* de los comités. Es el caso, entre otros, de varios países latinoamericanos que han formulado declaraciones interpretativas o reservas a disposiciones sustantivas del PIDCP, como Argentina<sup>26</sup>, México<sup>27</sup> o Venezuela<sup>28</sup>.

Aunque el PIDCP no prohíbe expresamente la desaparición forzada de personas, la jurisprudencia consolidada del Comité DH ha puesto de relieve que conlleva la violación de los derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad de las personas amparados en el PIDCP y que el impacto de la desaparición forzada en los familiares de la víctima supone un maltrato equivalente al de la tortura. El litigio estratégico desplegado por una Organización no gubernamental (ONG) mexicana condujo al Comité DH a condenar a México por primera vez en 2019 por las desapariciones forzadas de Christian Téllez Padilla y Víctor Manuel Guajardo Rivas<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> La declaración relativa al art. 15 del PIDCP formulada por Argentina afirma que: «The Argentine Government states that the application of the second part of article 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights shall be subject to the principle laid down in article 18 of the Argentine National Constitution».

<sup>27</sup> La declaración interpretativa al art. 9.5 del PIDCP dispone que: «Under the Political Constitution of the United Mexican States and the relevant implementing legislation, every individual enjoys the guarantees relating to penal matters embodied therein, and consequently no person may be unlawfully arrested or detained. However, if by reason of false accusation or complaint any individual suffers an infringement of this basic right, he has, inter alia, under the provisions of the appropriate laws, an enforceable right to just compensation». En cuanto al art. 18 del PIDCP, señala: «Under the Political Constitution of the United Mexican States, every person is free to profess his preferred religious belief and to practice its ceremonies, rites and religious acts, with the limitation, with regard to public religious acts, that they must be performed in places of worship and, with regard to education, that studies carried out in establishments designed for the professional education of ministers of religion are not officially recognized. The Government of Mexico believes that these limitations are included among those established in paragraph 3 of this article». La reserva al art. 25.b) del PIDCP dice: «The Government of Mexico also makes a reservation to this provision, since article 130 of the Political Constitution of the United Mexican States provides that ministers of religion shall have neither a passive vote nor the right to form associations for political purposes».

<sup>28</sup> Sobre el art. 14.3.d del PIDCP declaró: «Article 60, paragraph 5, of the Constitution of the Republic of Venezuela establishes that: 'No person shall be convicted in criminal trial unless he has first been personally notified of the charges and heard in the manner prescribed by law. Persons accused of an offence against the res publica may be tried in absentia, with the guarantees and in the manner prescribed by law'. Venezuela is making this reservation because article 14, paragraph 3 (d), of the Covenant makes no provision for persons accused of an offence against the res publica to be tried in absentia».

<sup>29</sup> María Eugenia Padilla García, Ricardo Ulises Téllez Padilla y María Eugenia Zaldívar Padilla, en nombre propio y en nombre de Christian Téllez Padilla c. México, n° 2750/2016, dictamen de 15 de julio de 2019; y Midiam Iricelda Valdez Cantú y María Hortensia Rivas Rodríguez, en nombre propio y en nombre de Víctor Manuel Guajardo Rivas c. México, n° 2766/2016, dictamen de 10 de noviembre de 2019. Cfr. I (DH)EAS, Desapariciones forzadas en México. Litigio estratégico ante el sistema de Naciones Unidas, México, abril 2021, p. 21-25.



Es, por otro lado, destacable el impacto que produce el principio de no discriminación ante la ley consagrado en el art. 26 del PIDCP sobre la competencia *ratione materiae* del Comité DH por cuanto, si bien la queja debe referirse a los derechos enunciados en los arts. 6 a 27 del PIDCP, la consideración del art. 26 como derecho autónomo ha supuesto una extensión de dicha competencia a otros derechos (económicos, sociales y culturales) no reconocidos en el PIDCP:

«A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece [...] un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas... Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto»<sup>30</sup>.

Pero ello no significa que el PIDCP prohíba todo trato discriminatorio en el derecho interno, ya que el trato diferenciado o desigual puede estar plenamente justificado a la luz de otras circunstancias. En efecto, «no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto»<sup>31</sup>. Por lo tanto, para dirimir si la víctima ha sido objeto de un trato incompatible con el art. 26 del PIDCP, el Comité DH recuerda que:

«no toda distinción constituye discriminación en violación del artículo 26, pero que las distinciones han de estar justificadas por motivos razonables y objetivos con vistas a lograr una finalidad que sea legítima según el Pacto»<sup>32</sup>.

Los criterios para proceder al tratamiento desigual o diferenciado deben ser razonables y objetivos, lo que España no cumplió al efectuar un control policial de identidad sobre la base de criterios étnicos o físicos que contribuyen a propagar conductas xenófobas. En efecto, en *Williams Lecraft c. España* el Comité DH afirmó:

«En el presente caso si bien no parece que existiera en España una orden escrita y expresa de realizar controles policiales de identidad tomando como criterio el color de la piel de las personas, al parecer el agente de policía actuó conforme a dicho criterio, que los tribunales que conocieron del caso consideraron justificado. La responsabilidad del Estado parte está claramente comprometida. (...) se trataba de un control de identidad general. La autora afirma que ninguna otra persona a su alrededor fue objeto del mismo y que el policía que la interpelló aludió a sus rasgos físicos para explicar la razón por la que le pidió a ella, y no a otras personas en el entorno, mostrar sus documentos de identidad. Estas alegaciones no fueron desvirtuadas por los órganos administrativos y judiciales ante los que la autora denunció los hechos ni tampoco ante el Comité. En estas circunstancias, el Comité no puede sino concluir que la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que éstas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal. El Comité recuerda asimismo su jurisprudencia de que no toda diferencia de tratamiento constituye discriminación si los criterios de diferenciación son razonables y objetivos y si el objeto que se procura es lícito en virtud del Pacto. En el presente caso el Comité dictamina que no se cumplen los criterios de razonabilidad y objetividad. Además, no se ha ofrecido satisfacción a la autora, por ejemplo, mediante la presentación de excusas como reparación. (...) Sobre la base de lo anterior, el Comité (...) considera que los hechos

<sup>30</sup> Observación General nº 18 del Comité DH, doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), de 27 de mayo de 2008, págs. 234-236.

<sup>31</sup> *Ibid.*, párr. 13.

<sup>32</sup> *John K. Love y otros c. Australia*, dictamen de 25 de marzo de 2003, doc. CCPR/C/77/D/983/2001, párr. 8.2.



que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación del artículo 26, leído conjuntamente con el artículo 2, párrafo 3 del Pacto»<sup>33</sup>.

En otro orden de cosas, la denuncia no puede ir referida al derecho interno, a cómo lo aplican o interpretan los tribunales estatales o sobre cómo evalúan los tribunales nacionales las pruebas, «a menos que pueda comprobarse que la decisión judicial fue arbitraria o equiparable a una denegación de justicia, o que el juez incumplió de otra forma su deber de independencia e imparcialidad»<sup>34</sup>. Esto se explica porque el Comité DH no es un tribunal nacional de apelación, tampoco una suerte de tercera instancia internacional de apelación. Por tanto, las alegaciones consistentes en afirmar que las pruebas no fueron evaluadas correctamente por los tribunales internos para decidir la condena de quien luego recurre ante el Comité DH, corren serio riesgo de no ser aceptadas *ratione materiae*.

El carácter contradictorio del procedimiento implica que las partes en el mismo (el Estado y la víctima o su representante) se enfrenten ante los comités defendiendo por escrito y sucesivamente sus posiciones, primero en cuanto a la admisibilidad de la queja y, una vez resuelta favorablemente esta primera fase procesal, en cuanto al fondo del asunto. En la práctica, los comités suelen estudiar simultáneamente las cuestiones de admisibilidad y de fondo.

## 2. Admisibilidad

Recibida la queja en la secretaría, se transmitirá al Relator Especial de nuevas comunicaciones, quien ordenará su registro siempre que vaya dirigida contra un Estado parte en el Protocolo Facultativo y el PIDCP, esté por escrito, redactada en un idioma oficial de la ONU y no sea anónima (arts. 88.3 y 92.1 del Reglamento del Comité DH). La secretaría la incluirá en el registro de quejas presentadas al Comité, con un breve resumen de su contenido, que distribuirá regularmente a los miembros (art. 89 del Reglamento del Comité DH). No obstante, la secretaría podrá pedir al denunciante que complete el formulario electrónico en el que se solicitan todas las informaciones básicas que permiten identificar al autor, los hechos denunciados, el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y las medidas adoptadas hasta la fecha (art. 90 del Reglamento del Comité DH).

Registrada la queja, se transmite al Estado interesado (salvo que el Relator Especial decida otra cosa), al que se pedirá que presente una respuesta por escrito en un plazo de seis meses (art. 92.2 del Reglamento del Comité DH). Tal respuesta podrá abordar cuestiones de admisibilidad y de fondo (art. 92.5 del Reglamento del Comité DH). Pueden formularse réplicas y dúplicas (art. 92.6-92.8 del Reglamento del Comité DH). En los dos primeros meses el Estado puede solicitar al Comité DH que examine la admisibilidad separadamente del fondo (art. 93.1 del Reglamento del Comité DH).

El Comité DH o su Relator Especial podrán aceptar la información y la documentación presentadas por terceros que puedan ser pertinentes para la correcta determinación del caso (*amicus curiae*). Tal información será compartida con las partes, que podrán formular observaciones (art. 96 del Reglamento del Comité DH).

Toda queja registrada será necesariamente examinada en la fase procesal de admisibilidad, que concluirá con una decisión vinculante para las partes, en la que el Comité DH la

<sup>33</sup> *Rosalind Williams Lecraft c. España*, dictamen de 17 de agosto de 2009, párrs. 7.3, 7.4 y 8.

<sup>34</sup> *Terani Omar Simons c. Panamá*, decisión de inadmisibilidad del Comité DH de 25 de octubre de 1994, párr. 4.3.

declarará admisible o no en función de que reúna los siete requisitos de forma que recoge el art. 99 del Reglamento del Comité DH<sup>35</sup>.

Primero, la comunicación se deberá presentar por escrito, no deberá ser anónima, y será la propia víctima (o su representante) la que presente la queja formalmente ante el Comité DH. También cabe que la presente un grupo de personas que se consideren víctimas de la violación. En cualquiera de estas hipótesis, los hechos debieron haberse producido bajo la jurisdicción del Estado contra el que se reclama. El Comité de los Derechos del Niño admitió que los autores de una queja contra Argentina eran víctimas porque demostraron que las emisiones de carbón procedentes de ese país habían afectado a su salud de manera significativa<sup>36</sup>.

Segundo, el denunciante deberá ser, como regla general, la propia víctima de la violación o su representante legalmente acreditado. Es decir, para pretenderse víctima de una acción u omisión atribuida al Estado y contraria al tratado aplicable, la persona debe haber resultado afectada por esa acción u omisión estatal. Por tanto, no se admite la *actio popularis*<sup>37</sup>. Solamente se podrá aceptar una queja presentada en nombre de la víctima cuando «sea evidente que ésta no está en condiciones de presentar personalmente la comunicación» (art. 99.b del Reglamento del Comité DH). El abogado que eventualmente represente a la víctima debe demostrar que tiene la debida autorización de la misma (o de su familia inmediata) para actuar en su nombre, o que hubo circunstancias que le impidieron recibir dicha autorización, o bien que habida cuenta de la estrecha relación previamente existente entre la presunta víctima y su abogado, sea razonable suponer que la víctima en efecto lo autorizó a dirigir la queja al Comité DH. Como ya vimos, junto a la víctima directa de la violación, el Comité DH también admite en calidad de víctima indirecta a un familiar de la misma y como víctima potencial a toda persona que pueda verse afectada por una disposición general (por ejemplo, una ley) o una práctica judicial o administrativa que sean contrarias a una disposición del PIDCP.

Tercero, el denunciante debe presentar pruebas suficientes en apoyo de su alegación para que esta no sea declarada falta de fundamento, dado que toda denuncia es una alegación o reclamación respaldada por cierta cantidad de pruebas. También se considera como «falta de fundamento» la denuncia que pretenda del Comité DH que reemplace con su dictamen las decisiones de los tribunales internos «sobre la evaluación de los hechos y las pruebas en un caso dado, salvo que la evaluación judicial interna sea manifiestamente arbitraria o equivalga a error manifiesto o denegación de justicia»<sup>38</sup>. Por lo tanto, el autor de la queja no debe presentar al Comité DH alegaciones poco serias o insuficientemente fundamentadas. Para evitar el rechazo de la queja basado en el art. 3 del Protocolo Facultativo del PIDCP, el autor debe

<sup>35</sup> Ver un análisis completo de las reglas de admisibilidad desarrolladas por la práctica del Comité DH en Faúndez Ledesma, *El Pacto Internacional...*, *Op. cit.*, p. 424-511; y Villán Durán y Faleh Pérez, *El sistema universal...*, *Op. cit.*, p. 147-156

<sup>36</sup> Decisión de inadmisibilidad del Comité DN de 22 de septiembre de 2021, caso 104/2019 (*Chiara Sacchi y otros c. Argentina*), párr. 10.14. El Comité DN dirigió a los autores (menores) una nota explicativa de su decisión

<sup>37</sup> Ver la decisión de inadmisibilidad del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en A.S. c. Rusia, de 19 de septiembre de 2011, párr. 7.2.

<sup>38</sup> K.S.G. c. España, decisión de inadmisibilidad de 28 de septiembre de 2020, párrs. 4.2 y 4.3 (Comité de los Derechos del Niño); y Baltasar Salvador Martínez Fernández c. España, decisión de inadmisibilidad de 8 de octubre de 2018, párrs. 6.4 y 6.5 (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

proporcionar pruebas suficientes que sostengan a primera vista su alegación, al objeto de que el Comité DH pueda considerar que la queja está provista de fundamentos suficientes<sup>39</sup>.

Cuarto, la queja no ha de ser incompatible materialmente con las normas del PIDCP (art. 99.d del Reglamento del Comité DH), esto es, la queja debe estar bien fundada conforme a derecho, lo cual significa que los hechos objeto de la queja deben constituir la violación de alguno/s de los derechos enunciados en los arts. 6 a 27 del PIDCP. La incompatibilidad también aparece cuando la denuncia está basada en una interpretación errónea del PIDCP. Como ya vimos, el Comité DH no es una instancia de apelación que tenga por objeto revisar o revocar las decisiones de los tribunales nacionales.

Quinto, la queja no debe constituir un abuso del derecho de reclamación (art. 99.c del Reglamento del Comité DH), por lo que debe estar redactada en términos correctos y no insultantes para con las autoridades del Estado contra el que se reclama. Al no fijar el Protocolo Facultativo ningún plazo para presentar la queja una vez ocurridos los hechos o agotados los recursos internos, el lapso de tiempo transcurrido no supondrá de por sí un abuso del derecho a presentarla, salvo casos excepcionales. No obstante, podrá constituir abuso de ese derecho la presentación de una queja cinco años después de haberse agotado los recursos internos o, en su caso, tres años después de la conclusión de otro procedimiento de examen o arreglo internacionales, a menos que la demora esté justificada. En *Williams Lecraft c. España* el Comité DH tomó nota de las dificultades de la autora para encontrar asistencia jurídica gratuita y no consideró que la demora señalada constituyera tal abuso<sup>40</sup>. Por lo tanto, el Comité DH evaluará las circunstancias de cada caso al objeto de inadmitir la queja por abuso del derecho a reclamar si se superan los límites temporales que fija el art. 96.c) del Reglamento del Comité DH.

Sexto, se aplica la regla *ne bis in idem* o prohibición de presentar el mismo asunto cuando ya ha sido sometido y esté pendiente ante otro procedimiento de examen o arreglo internacionales que sea de naturaleza jurídica equivalente -litispendencia- (art. 99.e del Reglamento del Comité DH), o bien cuando el fondo del mismo asunto ya hubiera sido examinado en el marco de otro procedimiento de examen o arreglo. Para que la regla se aplique deberá producirse una cuádruple identidad: a) del denunciante o la víctima, b) de los hechos denunciados, c) de los derechos que hayan sido lesionados y d) de la naturaleza jurídica de las instancias internacionales que han entrado en colisión<sup>41</sup>. El Comité DH precisó que la expresión «el mismo asunto» implica

«la misma reclamación relativa al mismo individuo, presentada por él mismo o por cualquier otra persona facultada para actuar en su nombre, ante el otro órgano internacional»<sup>42</sup>. En el

<sup>39</sup> *Surgan c. Bielorrusia; F.M. c. Canadá; A.G.S. c. España; M.J.B.B. y otros c. España; y M.R.S. c. España*. Concordantemente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales decidió la inadmisibilidad de las quejas por falta de sustanciación en cuatro casos contra España, a saber: *Asmae Taghzouti Ezqouihel y sus hijos c. España*, decisión de 22 de febrero de 2021, párr. 6.6; *M.B.B. e hijos c. España*, decisión 15 de octubre de 2020, párrs. 9.3 y 9.4; *A.M.O., J.M.U. e hijos c. España*, decisión de 13 de octubre de 2020, párr. 10.3; e *Irma Elisabeth Makinen Pankka y Teófilo Fernández Pérez c. España*, decisión de 1 de marzo de 2019, párr. 8.4.

<sup>40</sup> *Williams Lecraft c. España*, párr. 6.3.

<sup>41</sup> Varios Estados europeos formularon reservas que excluyen la competencia del Comité DH en casos que ya fueron examinados por el TEDH. Pero si las disposiciones del PIDCP difieren a las examinadas por aquel órgano regional y se demuestra que la diferencia es sustancial, la queja no incurrirá en la prohibición *ne bis in idem*. Vid. A/64/40 (Vol. I), p. 96. Concordantemente, casos 1960/2010 (*Ory c. Francia*) y 2155/2012 (*Paksas c. Lituania*).

<sup>42</sup> A/60/40, párr. 137. Vid. caso 860/1999 (*Álvarez Fernández c. España*).

caso, los autores eran distintos de otros grupos de padres que habían presentado una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y que prefirieron presentar su queja ante el Comité DH, por lo que nada le impedía examinarla<sup>43</sup>. Tampoco se aplica la regla ne bis in ídem cuando la otra instancia internacional (en este caso, por ejemplo, el TEDH) haya declarado la misma queja inadmisibles sin ninguna justificación de su decisión, pues se entiende que no se ha producido un examen estricto de la queja<sup>44</sup>. El Comité DH también puntualizó que la expresión «ha sido sometido», interpretada a la luz de otras versiones lingüísticas, debe entenderse como que «está siendo examinado» por otro procedimiento de examen o arreglo internacional<sup>45</sup>. Esta interpretación concilia el sentido del art. 5.2.a) de los textos auténticos del Protocolo Facultativo<sup>46</sup>. Por tanto, se aplicará la regla ne bis in ídem cuando se trate de asuntos que estén pendientes de fallo ante el TEDH o cuando el Estado haya excluido mediante una reserva la competencia del Comité DH para examinar un asunto que se haya examinado ya en otro procedimiento equivalente<sup>47</sup>. En cambio, no se aplicará la regla ne bis in ídem cuando se trate de dos instancias internacionales de protección de distinta naturaleza jurídica. En consecuencia, es compatible presentar la misma queja primero ante un mecanismo extra-convencional de protección del actual Consejo de Derechos Humanos (grupos de trabajo y relatores sobre ejecuciones sumarias, tortura, desapariciones forzadas, detención arbitraria, etc.), puesto que en esos casos no se requiere el agotamiento previo de los recursos internos. Posteriormente, agotados los recursos internos, se podrá acudir ante uno de los comités o ante una instancia judicial regional, según corresponda.

Séptimo, el agotamiento de todos los recursos de la jurisdicción interna. Se trata de una regla que ilustra la naturaleza subsidiaria de los procedimientos internacionales de protección de los derechos humanos, a los que se puede recurrir solamente cuando la víctima no logra obtener en el sistema judicial nacional el reconocimiento de la violación sufrida y una reparación adecuada. Es sin duda la regla de admisibilidad más temida y la que ha generado una considerable práctica en los ocho comités que reciben quejas individuales, si bien el Comité DH ha sido el líder a la hora de desarrollar una jurisprudencia consolidada que ha inspirado a los demás comités, de conformidad con el art. 5.2.b) del Primer Protocolo Facultativo del PIDCP y el art. 99.f) del Reglamento del Comité DH.

Para el Comité DH se trata de los recursos «efectivos» y «disponibles» porque realmente existan en la esfera interna y porque tengan posibilidades razonables de prosperar<sup>48</sup>. En muchas ocasiones precisó que el Estado debió probar «que existían posibilidades razonables

<sup>43</sup> Leirvag y otros c. Noruega, n° 1155/2003.

<sup>44</sup> X c. Noruega, n° 2474/2014; K.B. c. Rusia, n° 2193/2012; M.J.B.B. y otros c. España, n° 3778/2020; M.R.S. c. España, n° 2890/2016; y María Dolores Martín Pozo c. España, n° 2541/2015. Concordantemente, dictamen del Comité EDCM de 18 de febrero de 2021, caso A.R.B.M., representada por Women's Link c. España, doc. CEDAW/C/78/D/120/2017, párr. 10.2.

<sup>45</sup> J. Semey c. España, n° 986/2001

<sup>46</sup> Rafael Rodríguez Castañeda c. México, n° 2202/2012, dictamen de 18 de julio de 2013, párr. 6.3. Ver Ayala Corao, Carlos, *El Comité de Derechos Humanos de la ONU: La admisión de los casos decididos por otros órganos internacionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, *passim*.

<sup>47</sup> *Loth c. Alemania*, n° 1754/2008; *Marin c. Francia*, n° 1793/2008; y *María Cruz Achabal Puertas c. España*, n° 1945/2010, dictamen de 27 de marzo de 2013, párr. 7.3. El Estado debe invocar su reserva para solicitar al Comité DH que declare la queja inadmisibles: ver Ayala Corao, *El Comité de Derechos Humanos...*, *Op. cit.*, p. 73.

<sup>48</sup> Francisco y Ramón Amador Amador c. España, decisión de 4 de julio de 2005, párr. 6.4; Rodríguez Domínguez c. España, n° 1471/2006; Suils Ramonet c. España, n° 1555/2007; Avadanov c. Azerbaiyán, n° 1633/2007; y María Dolores Martín Pozo c. España, n° 2541/2015, dictamen de 18 de julio de 2019, párr. 8.6. Concordantemente, decisión de inadmisibilidad del Comité DESC de 15 de octubre de 2020, M.B.B. e hijos c. España, doc. E/C.12/68/D/79/2018, párr. 8.4.

de que tales recursos fuesen efectivos»<sup>49</sup>. El denunciante debe aportar «por lo menos un argumento que pareciera bien fundado para corroborar su opinión y justificar las razones por las que creía que el recurso en cuestión no sería efectivo»<sup>50</sup>; o que agotó los recursos internos «con la necesaria diligencia»<sup>51</sup>. La simple duda o suposición sobre la efectividad de los recursos internos judiciales disponibles no exime al denunciante de la obligación de agotarlos<sup>52</sup>, aunque se trate de recursos «sumamente técnicos, lentos y costosos»<sup>53</sup>. Las consideraciones de orden económico, por lo general, no exoneran de la obligación de agotar los recursos internos<sup>54</sup>. Tal obligación abarca todos los derechos cuya violación se alegue, pues el Comité DH puede excluir una parte de la queja del examen del fondo si alegaciones concretas no fueron planteadas primeramente en el orden jurídico interno<sup>55</sup>. No obstante, el límite aparece «cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente» (art. 5.2.b del Primer Protocolo Facultativo)<sup>56</sup>. Si el Estado limita el derecho de apelación al cumplimiento de ciertas exigencias procesales, el denunciante debe cumplirlas antes de que se den por agotados los recursos internos<sup>57</sup>. No es necesario agotar los recursos internos que estén disponibles si el denunciante demuestra que serían inoperantes para satisfacer las pretensiones de la víctima por cuanto, en casos similares, no fueron de utilidad. Así lo expresó el Comité DH en *Gómez Vázquez c. España* al decidir que la queja era admisible y, ante la insistencia del Estado, al pronunciarse sobre el fondo del asunto de la siguiente forma:

«En lo que respecta al argumento del Estado Parte de que el autor debió recurrir en amparo al Tribunal Constitucional, el Comité observó que el Tribunal Constitucional había rechazado reiteradamente recursos de amparo similares. El Comité consideró que, en las circunstancias del caso, un recurso que no puede prosperar no puede contar y no tiene que agotarse a los fines del Protocolo Facultativo. (...)

En cuanto a la pretensión de inadmisibilidad planteada por el Estado Parte al no haberse agotado los recursos internos, es posición reiterada de este Comité que para que un recurso tenga que ser agotado éste ha de tener posibilidades de prosperar. En el caso en cuestión existe jurisprudencia reiterada y reciente del Tribunal Constitucional español denegando el recurso de amparo en cuestión de revisión de sentencias, por lo tanto, el Comité considera

<sup>49</sup> Ver *inter alia* *William Torres Ramírez c. Uruguay*, nº 4/1977; *Mazón y Morote c. España*, nº 1326/2004; *Parra c. España*, nº 1356/2005; *Bertelli c. España*, nº 1389/2005; y *Arkadyevich c. Rusia*, nº 2141/2012

<sup>50</sup> 50 A/60/40, párr. 140; y *Vedeneyeva c. Rusia*, nº 918/2000.

<sup>51</sup> *Warsame c. Canadá*, nº 1959/2010.

<sup>52</sup> A/69/40, vol. I (2014), párr. 174. Concordantemente, decisión de inadmisibilidad del Comité DN de 22 de septiembre de 2021, *Chiara Sacchi y otros c. Argentina*, nº 104/2019, párrs. 10.18- 10.21.

<sup>53</sup> J.R.C. c. *Costa Rica*, nº 296/1988, decisión de inadmisibilidad de 30 de marzo de 1989, párr. 8.3; *Kly c. Canadá*, nº 1576/2007; y *K.S. c. Australia*, nº 1921/2009

<sup>54</sup> E.I.G.R., representada por las abogadas *Electra Leda Koutra y Marta Busquets Gallego c. España*, decisión de inadmisibilidad de 6 de noviembre de 2020, doc. CCPR/C/130/D/3639/2019, párr. 7.4.

<sup>55</sup> Así sucedió en *Aarrass c. España*, pues el Comité DH no pudo constatar en cuanto a la presumible violación del art. 23 del PIDCP, «en base a la documentación presentada, (...) que el autor haya planteado estas cuestiones ante los tribunales internos. Por consiguiente, el Comité declara esta parte de la comunicación inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos internos, con arreglo al artículo 5, párrafo 2 (b) del Protocolo Facultativo»: ver *Ali Aarrass c. España*, dictamen de 21 de julio de 2014, doc. CCPR/C/111/D/2008/2010, párr. 9.7.

<sup>56</sup> *Gunaratna c. Sri Lanka*, nº 1432/2005; *Pestaño c. Filipinas*, nº 1619/2007; *Giri c. Nepal*, nº 1761/2008; y *Shakeel c. Canadá*, nº 1881/2009.

<sup>57</sup> *Brian Hill c. España*, nº 1550/2007; y *X.J. c. Países Bajos*, nº 1848/2008.

como ya lo hizo al decidir la admisibilidad de este caso el 23 de octubre de 1998, que no existe impedimento alguno para que analice el fondo de dicha cuestión»<sup>58</sup>.

Sobre la carga de la prueba, el Comité DH basa sus dictámenes en toda la información escrita aportada por las partes, por lo que, si un Estado no respondiera a las alegaciones del denunciante, el Comité DH las tomará debidamente en consideración siempre que se hayan fundamentado suficientemente. Lo que pone de relieve el carácter cuasi-judicial del procedimiento, en el que el principio de igualdad de armas de las partes obliga a valorar en total equidad las informaciones y pruebas aportadas ante el Comité DH tanto por el denunciante como por el Estado parte.

En un caso relativo a tortura, violación e intimidación del hijo de la denunciante, el Comité DH reafirmó que «la carga de la prueba no podía recaer exclusivamente en el autor de la comunicación, tanto más cuanto que el autor y el Estado parte no siempre gozaban del mismo acceso a los elementos probatorios y que muchas veces el Estado parte era el único que disponía de la información necesaria»<sup>59</sup>. También es doctrina jurisprudencial consolidada que «todo daño físico o psíquico ocasionado a una persona en situación de detención, más aún en régimen de incomunicación, da lugar a una importante presunción de hecho, puesto que la carga de la prueba no debe pesar únicamente sobre el autor»<sup>60</sup>.

### 3. Medidas provisionales

Los ocho comités pueden, una vez registrados los casos y en la fase procesal de admisibilidad (antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto), recibir solicitudes del autor de la queja o de su representante para adoptar medidas provisionales a favor de la presunta víctima, con el objeto de evitar que le pueda ocurrir algún daño irreparable. Tales medidas se prevén en los respectivos reglamentos internos de los comités. Además, los cinco tratados más recientes ya incorporan las medidas provisionales. Así, según el art. 4 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos con Personas con Discapacidad (CDPD) de 2006<sup>61</sup>, el Comité de los Derechos de Personas con Discapacidad podrá remitir al Estado interesado «una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación»<sup>62</sup>.

Los arts. 94-95 del Reglamento del Comité DH le autorizan a pedir a los Estados la adopción de tres tipos de medidas, a saber: a) medidas provisionales (cautelares) en sentido estricto «para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación alegada»; b) medidas provisionales interinas cuando existen dudas sobre la inminencia, la credibilidad o la irreparabilidad del daño; y c) medidas de protección cuando la víctima, sus abogados o familiares, han recibido intimidaciones y represalias (art. 95).

<sup>58</sup> Cesario Gómez Vázquez c. España, dictamen de 20 de julio de 2000, doc. CCPR/C/69/D/701/1996, párrs. 6.2 y 10.1.

<sup>59</sup> Kodirov c. Uzbekistán, n° 1284/2004; y Krasnova c. Kirguistán, n° 1402/2005.

<sup>60</sup> Gorka-Joseba Lupiañez Mintegi, representado por la abogada Lorea Bilbao c. España, dictamen de 21 de marzo de 2019, n° 2657/2015, párr. 9.8.

<sup>61</sup> United Nations Treaty Series, vol. 2515, p. 3.

<sup>62</sup> Disposiciones equivalentes se encuentran en el art. 6.1 del Tercer Protocolo Facultativo de la CDN; el art. 5.1 del Protocolo Facultativo de la CEDCM; el art. 31.4 de la CDF; y el art. 5.1 del Protocolo Facultativo del PIDESC: ver Abril Stoffels, Ruth, «El Comité de la CEDAW ante las comunicaciones individuales: requisitos de admisión y medidas provisionales», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 30, 2015, 23 páginas.



La solicitud de tales medidas no implicará ningún juicio sobre el fondo de la queja, pero «la no aplicación de esas medidas es incompatible con la obligación de respetar de buena fe el procedimiento de comunicaciones individuales» (art. 94.2)<sup>63</sup>. Por tanto, el incumplimiento por parte del Estado de una medida provisional o de protección del Comité DH, supone una violación grave y autónoma de las obligaciones que el Primer Protocolo Facultativo y el PIDCP imponen al Estado<sup>64</sup>. En un caso en el que el hijo de la denunciante fue ejecutado, desoyendo el Estado la medida provisional del Comité DH, que había solicitado la suspensión de la ejecución de la condena mientras el asunto estuviera pendiente ante esa instancia internacional, el Comité DH recordó que las medidas provisionales «eran esenciales» para cumplir sus funciones con arreglo al Protocolo Facultativo y que toda violación del reglamento «socava la protección de los derechos» enunciados en el Pacto<sup>65</sup>.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, en esta materia rige también la obligación del Estado de cooperar de buena fe con el Comité DH. En *Idiev c. Tayikistán* el Comité DH estableció que el Estado viola el Protocolo Facultativo «si actúa de manera que impida o frustre la consideración por el Comité de una comunicación en que se alegue una violación del Pacto, o haga que el examen por el Comité quede en suspenso o la expresión de sus observaciones sea inoperante e inútil (...) al ejecutar a la presunta víctima», por lo que las medidas provisionales «son esenciales para que el Comité pueda cumplir su función con arreglo al Protocolo. Toda violación del reglamento, en especial mediante medidas irreversibles como la ejecución de la pena de muerte» o la extradición de la víctima, «socava la protección de los derechos enunciados en el Pacto» mediante el Protocolo Facultativo<sup>66</sup>.

España fue severamente censurada en *Aarrass c. España*, una vez comprobado que las medidas provisionales solicitadas por el Comité DH el 25 de noviembre de 2010 para que no se extraditase al autor de la queja a Marruecos mientras el Comité DH estuviera examinando su caso, fueron incumplidas el 14 de diciembre siguiente, al expulsar al autor a Marruecos sin informar ni a su familia ni a su abogado. El Comité DH fue determinante: España «incumplió las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo Facultativo al extraditar al autor antes de que el Comité pudiese concluir su consideración y examen, y formular y comunicar el dictamen. Es especialmente lamentable (...) después de que el Comité le solicitara (...) que se abstuviera de hacerlo». Adoptando medidas irreversibles, como en el presente caso la extradición, España «socava la protección de los derechos reconocidos en el Pacto que ofrece el Protocolo Facultativo»<sup>67</sup>.

#### 4. *Tramitación interna de la queja*

Los ocho comités han desarrollado en sus reglamentos reglas equivalentes para ordenar su relación con las partes a lo largo del procedimiento, así como la intervención de los órga-

<sup>63</sup> Observación General nº 33 del Comité DH, doc. CCPR/C/GC/33, de 25 de junio de 2009, párr. 19. Ver un riguroso análisis de la práctica desarrollada por el Comité DH en materia de medidas provisionales en Faúndez Ledesma, *El Pacto Internacional...*, *Op. cit.*, p. 513-529.

<sup>64</sup> Keller, Helen y Marti, Cedric, «Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, nº 73, 2013, p. 325-372, at 345 y 364-365.

<sup>65</sup> *Khalilova c. Tayikistán*, nº 973/2001. Igualmente: ver *Idiev c. Tayikistán*, nº 1276/2004; y *N. Valetov c. Kazajstán*, nº 2104/2011, párr. 12.3.

<sup>66</sup> *Idiev c. Tayikistán*, nº 1276/2004, dictamen de 31 de marzo de 2009, párrs. 7.2-7.4.

<sup>67</sup> *Ali Aarrass c. España*, dictamen de 21 de julio de 2014, doc. CCPR/C/111/D/2008/2010, párrs. 8.2 y 8.3.

nos auxiliares que cada comité establece para resolver las cuestiones de admisibilidad de la queja y estudiar las cuestiones de fondo que cada queja plantee, a fin de asegurar una jurisprudencia coherente en el seno de cada comité.

Tratándose del Comité DH, cada nuevo caso recibido es enviado por la secretaría al Relator Especial sobre nuevas comunicaciones y medidas provisionales auxiliado por un Relator Especial suplente, que están habilitados para solicitar del Estado observaciones sobre la admisibilidad y el fondo de la queja; instruir a la secretaría sobre el registro de las quejas y su transmisión al Estado después de haber procedido a un análisis previo de los requisitos de admisibilidad de la queja; y cursar solicitudes de medidas provisionales, provisionales interinas y de protección, respecto de casos que hayan sido registrados.

El Relator Especial podrá seleccionar las quejas que serán declaradas inadmisibles sin que sean transmitidas al Estado interesado (por ser manifiestamente inadmisibles), así como las quejas que se incluirán en el programa del Comité DH, respetando el orden cronológico en que se registraron. No obstante, se concederá prioridad a las quejas que planteen un riesgo de violación del derecho a la vida, la integridad física o la detención arbitraria; las que se refieran a personas vulnerables (niños o personas con discapacidad); las que hayan sido objeto de medidas provisionales; o las que planteen una cuestión importante de interés general, que pueda tener consecuencias para el derecho interno del Estado o para la jurisprudencia del Comité DH<sup>68</sup>.

Además, desde 1995 el Comité DH confía cada queja a uno de sus miembros, que actúa como Relator Especial ante el Grupo de Trabajo de comunicaciones y el pleno del Comité DH «para ayudar a tramitar las comunicaciones» (art. 98.1 del Reglamento). El Comité DH también «podrá establecer uno o varios grupos de trabajo para que le hagan recomendaciones sobre el cumplimiento de las condiciones de admisibilidad» (arts. 98.3 y 98.5 del Reglamento).

Para acelerar su labor, el Comité DH tratará, como norma general, al mismo tiempo la admisibilidad y el fondo de una queja. A estos efectos, el Estado interesado dispondrá de un plazo de seis meses para presentar por escrito al Comité DH explicaciones o declaraciones relativas tanto a la admisibilidad como al fondo de la queja, incluso sobre toda medida correctiva que se haya adoptado en relación con el asunto (art. 92.5 del Reglamento). Se exceptúa el caso en que el propio Comité DH, su Grupo de Trabajo sobre comunicaciones o el Relator Especial sobre nuevas comunicaciones, «a causa del carácter excepcional del caso, haya decidido solicitar una respuesta por escrito que se refiera únicamente a la cuestión de la admisibilidad».

Aunque ello no eximirá al Estado de su obligación de responder en el plazo de seis meses tanto a la admisibilidad como al fondo de la queja (art. 97.2 in fine del Reglamento). El Estado dispondrá de los primeros dos meses del plazo arriba indicado para solicitar por escrito que la comunicación sea rechazada por considerarla inadmisibile, indicando los motivos en los que basa su solicitud. Ello no extenderá el plazo inicial de los seis meses, a menos que el Comité DH, su Grupo de Trabajo o el Relator Especial, decidan prorrogar el plazo para la presentación de la respuesta estatal, a causa de las circunstancias especiales del caso, hasta que el Comité DH se haya pronunciado sobre la cuestión de la admisibilidad (art. 92.5 del Reglamento). En caso de necesidad, tanto el Comité DH como su Grupo de Trabajo y el Relator Especial pueden fijar un nuevo plazo para pedir a las partes información u observaciones adicionales por escrito, que sean relevantes para la cuestión de la admisibilidad o el

<sup>68</sup> «Mandato del Relator Especial sobre nuevas comunicaciones y medidas provisionales», doc. CCPR/C/110/3, de 22 de mayo de 2014.



fondo. Cada parte en el procedimiento tendrá la oportunidad de formular observaciones sobre los escritos y comentarios presentados por la otra parte (arts. 92.6 y 92.9 del Reglamento).

La fase procesal de admisibilidad culmina, tras recibir las observaciones del Estado sobre la admisibilidad, con la adopción de una decisión por parte del Comité DH sobre la admisibilidad o no de la queja. El Relator Especial para las nuevas comunicaciones puede declarar admisible la comunicación, agilizando el procedimiento considerablemente cuando el Grupo de Trabajo o el Comité DH en pleno no se encuentran reunidos, ya que este no celebra más que tres periodos de sesiones al año de una duración de tres o cuatro semanas cada uno (una quinta semana es dedicada a la reunión del Grupo de Trabajo sobre comunicaciones). Si, por el contrario, el Relator Especial considera que la comunicación es inadmisibile, hará propuestas en ese sentido al Grupo de Trabajo sobre las comunicaciones (compuesto de al menos cinco miembros), quien podrá tomar una decisión (de admisibilidad o no) por unanimidad (arts. 98.4 y 98.5 del Reglamento del Comité DH). Si hay disenso en el seno del Grupo de Trabajo, este se limitará a formular recomendaciones al pleno del Comité DH (18 miembros), en cuyo caso este último será competente para tomar una decisión definitiva sobre la admisibilidad de la queja. Si el Grupo de Trabajo sobre comunicaciones decidiera por unanimidad de sus, al menos, cinco miembros que la queja es inadmisibile transmitirán tal decisión al pleno del Comité DH, que podrá confirmarla sin debate oficial. Pero si algún miembro solicitara reabrir el debate en el pleno, este examinará la queja y tomará una decisión (art. 98.4 in fine del Reglamento).

La decisión de inadmisibilidad de la queja es, en principio, definitiva, por lo que se comunica a las partes y se concluye el procedimiento; aunque es inapelable, cabe su revisión por parte del Comité DH «si el individuo interesado o una persona que actúe en su nombre presenta una petición escrita donde se indique que ya no se dan los motivos de inadmisibilidad» (art. 100.2 del Reglamento). En cambio, si la decisión de admisibilidad es positiva, el Estado podrá rebatirla cuando el Comité DH se encuentre en la fase procesal de determinación de los hechos, previa a su calificación jurídica, a la luz de las explicaciones o declaraciones presentadas por el Estado (art. 101.5 del Reglamento).

##### 5. *Dictamen*

Adoptada la decisión positiva de admisibilidad, los ocho comités se deben preparar para calificar jurídicamente los hechos declarados probados y determinar si constituyen o no violación de alguno de los derechos recogidos en la convención de cuya aplicación se ocupan. En caso positivo, indicarán en su dictamen las medidas de reparación que el Estado deberá adoptar, incluida la indemnización que corresponda a la víctima.

El Comité DH transmite la queja que ha declarado admisible al Estado interesado, el cual dispondrá de otros seis meses para responder a las cuestiones de fondo planteadas en la queja. Deberá presentar por escrito sus aclaraciones y señalar las medidas de reparación que eventualmente haya adoptado al respecto (art. 101.2 del Reglamento). Este plazo de seis meses puede ser obviado con el acuerdo del Estado interesado<sup>69</sup> y del denunciante.

El Comité DH determinará en su dictamen qué hechos se consideran probados en función de todas las informaciones disponibles, procedentes tanto del particular como del Estado interesado. En este ejercicio el Comité DH podrá estar auxiliado tanto por el Grupo de Trabajo de comunicaciones como por el Relator Especial encargado de la queja (art. 105 del Reglamento), quienes analizarán los hechos considerados como probados y realizarán la califi-

---

<sup>69</sup> R.D. Stalla Costa c. Uruguay, n° 198/1985.

cación jurídica de los mismos a la luz de las disposiciones del PIDCP. El Comité DH garantiza el principio de igualdad de armas en la carga de la prueba, de modo que si el Estado no refuta las alegaciones del denunciante que hayan sido bien sustentadas, el Comité DH las tomará debidamente en consideración<sup>70</sup>.

Todas las observaciones sobre el fondo del asunto son resumidas en el dictamen en el que el Comité DH concluirá si ha habido o no violación de alguno de los derechos consagrados en el PIDCP, en qué consiste la violación y por qué. Aunque el Comité DH procura adoptar sus decisiones por consenso, los miembros en minoría pueden emitir opiniones individuales, concurrentes o separadas, tanto sobre las decisiones de admisibilidad como sobre los dictámenes en cuanto al fondo.

Si ha constatado una violación, el Comité DH se pronunciará sobre las medidas de reparación que el Estado deberá adoptar para subsanarla<sup>71</sup>. La reparación a las víctimas debe ser íntegra (restitución, indemnización, rehabilitación y medidas de satisfacción), así como evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro (garantías de no repetición)<sup>72</sup>. En los dictámenes se incluye una cláusula común que indica al Estado un plazo de 180 días para informar sobre las medidas efectivamente adoptadas, habida cuenta que se ha comprometido a garantizar los derechos reconocidos en el PIDCP (art. 2) «y a garantizar un recurso efectivo, con fuerza ejecutoria, cuando se compruebe una violación»<sup>73</sup>, así como una «reparación eficaz y jurídicamente exigible»<sup>74</sup>. Se pide asimismo al Estado que publique y difunda el dictamen del Comité DH<sup>75</sup>.

Entre las medidas generales de reparación, el Comité DH solicita frecuentemente al Estado la reforma de una legislación o práctica en vigor que haya estado en el origen de la violación, para evitar violaciones similares en el futuro y ofrecer así garantías de no repetición<sup>76</sup> u otras medidas de satisfacción<sup>77</sup>. En relación a la víctima, el Comité DH ha solicitado su puesta en libertad inmediata (en el caso de detención ilegal o arbitraria); o la realización de un nuevo juicio con las garantías procesales debidas; la conmutación de una pena de muerte (impuesta ilegalmente) y una indemnización; las medidas de reparación, indemnización y rehabilitación a la víctima (en casos de tortura o malos tratos); la revocación y revisión de una orden de expulsión ilegal de extranjeros; la revisión de las condenas impuestas en procedimientos penales que no hubieran permitido el derecho de apelación; la restitución de los bienes; indemnización por detención y encarcelamiento ilegales, entre otras<sup>78</sup>.

<sup>70</sup> Kongwe c. Zambia, nº 821/1998; Mauzarai y otros c. Sierra Leona, nº 839-841/1998; y Blazed y otros c. República Checa, nº 857/1999.

<sup>71</sup> Ver un análisis de la práctica desarrollada por el Comité DH en materia de reparaciones en Faúndez Ledesma, *El Pacto Internacional...*, *Op. cit.*, p. 574-585; y Villán Durán y Faleh Pérez, *El sistema universal...*, *Op. cit.*, p. 163-166.

<sup>72</sup> «Directrices sobre las medidas de reparación otorgadas en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», doc. CCPR/C/158, 30 de noviembre de 2016, párr. 2.

<sup>73</sup> A/60/40, párr. 205; y A/63/40 (Vol. I), párr. 168.

<sup>74</sup> A/69/40 (Vol. I) (2014), párr. 240.

<sup>75</sup> A/64/40 (Vol. I), párr. 205 *in fine*; y A/69/40 (Vol. I), párr. 240.

<sup>76</sup> Doc. CCPR/C/158, cit., párrs. 12-13

<sup>77</sup> *Ibid.*, párr. 11

<sup>78</sup> A/60/40, párrs. 206-223; y A/65/40 (Vol. I), párrs. 180-181.

Si la víctima hubiera fallecido en detención, el Comité DH señala la obligación del Estado de ofrecer a la viuda «un recurso efectivo, que incluyera una indemnización y la apertura de diligencias penales contra todos los culpables del trato» recibido por su esposo y por ella misma (torturas)<sup>79</sup>. En los casos de ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas y/o torturas, el Comité DH impone al Estado la obligación de investigar a fondo esas violaciones, de manera imparcial, efectiva y completa, facilitando a la víctima el resultado de tales investigaciones; la inmediata puesta en libertad del desaparecido si es encontrado con vida; la entrega a la familia de los restos mortales del desaparecido o ejecutado; una indemnización adecuada por los daños materiales y morales; iniciar una acción penal contra los responsables de tales violaciones, procesarlos y castigarlos, haciendo públicos los resultados de esas medidas; y no poner trabas al derecho a un recurso efectivo de las víctimas de tales crímenes<sup>80</sup>.

Las víctimas de tortura y desapariciones forzadas tienen derecho a obtener del Estado rehabilitación psicológica y tratamiento médico y el Estado deberá tipificar penalmente ambos delitos de conformidad con el derecho internacional, de manera que la legislación nacional permita la persecución penal de los responsables de ejecuciones sumarias, torturas y desapariciones forzadas. Si el Comité DH constata que la expulsión de la víctima a su país de origen constituye violación de los arts. 6 y 7 del PIDCP, pide que se proporcione a la víctima «una reparación efectiva, incluido un nuevo examen completo de sus alegaciones», concederle una compensación adecuada, así como no expulsarla «a un tercer país que pudiera expulsarlo a su vez a su país de origen»<sup>81</sup>. Las víctimas de trata debieran obtener asilo en el país de acogida.

En los casos de prisión preventiva abusiva, el Comité DH indicó que una reparación efectiva debe incluir «el reembolso de las costas y una indemnización adecuada». Además, revisar la legislación penal procesal para que se adecúe al art. 9.3 del PIDCP<sup>82</sup>. Tratándose de la detención indefinida de inmigrantes en centros de detención, el Comité DH señaló que la reparación efectiva debía incluir la puesta en libertad del inmigrante, la rehabilitación, una indemnización adecuada y la revisión de la legislación en materia de migración para que fuera conforme a los arts. 7 y 9 del PIDCP<sup>83</sup>. Cuando el Comité DH constató violación de las garantías procesales previstas en el art. 14 del PIDCP, la reparación puede consistir en conmutar, reducir o no ejecutar una condena. También debe incluir una indemnización adecuada y apropiada, así como la modificación de leyes y prácticas del Estado «para evitar la comisión de violaciones semejantes en el futuro»<sup>84</sup>.

Ante violación de las libertades de expresión y/o reunión, el Comité DH pidió a los Estados que reembolsaran a las víctimas el monto de la multa impuesta, las costas procesales y una indemnización adecuada. En particular, solicitó a Belarús revisar la Ley de Actos Multitudinarios de 1997, para garantizar el pleno disfrute de las libertades consagradas en los arts. 19 y 21 del PIDCP<sup>85</sup>. También solicitó a Turkmenistán que revisara su ley sobre el servicio

<sup>79</sup> A/63/40 (Vol. I), párr. 171; A/64/40 (Vol. I), párr. 217; y A/65/40 (Vol. I), párr. 182.

<sup>80</sup> A/63/40 (Vol. I), párr. 177; A/64/40 (Vol. I), párrs. 219 y 227; A/65/40 (Vol. I), párr. 191; y A/69/40, (Vol. I), párrs. 244 y 248

<sup>81</sup> A/69/40 (Vol. I), cit., párrs. 246 y 250

<sup>82</sup> *Ibid.*, par. 249

<sup>83</sup> *Ibid.*, párr. 251

<sup>84</sup> *Ibid.*, párr. 253

<sup>85</sup> *Ibidem id.*, párr. 255; casos 1808/2008 (Kovalenko c. Belarús); 1864/2009 (Kirsanov c. Belarús); 1873/2009 (Alekseev c. la Federación de Rusia); y 1948/2010 (Turchenyak et al. c. Belarús).

militar, a fin de recoger el derecho a la objeción de conciencia como parte del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión que proclama el art. 18 del PIDCP<sup>86</sup>. En un caso en el que el Comité DH constató violación del art. 26 del PIDCP como resultado de una verificación policial de la identidad de las personas basada en criterios raciales, consideró que España tenía la obligación de ofrecer a la víctima una reparación efectiva en que se previera la expresión pública de excusas, así como adoptar medidas para que los agentes del Estado reciban instrucciones de no cometer actos semejantes al de ese caso<sup>87</sup> y una compensación adecuada para la víctima.

Una vez adoptado el dictamen en cuanto al fondo, la secretaría lo transmitirá al Estado parte y posteriormente a la víctima, concluyendo así el procedimiento confidencial de examen de quejas individuales ante el Comité DH.

#### 6. *Publicación*

Las deliberaciones verbales, las actas resumidas y los documentos de trabajo de los ocho comités en el examen de quejas individuales, tendrán carácter confidencial. En relación al Comité DH, los arts. 110 y 111 del Reglamento del Comité DH recogen esas reglas de confidencialidad. Pero «no afectarán el derecho del autor de una comunicación o al Estado parte interesado a dar publicidad a cualesquiera escritos o información presentados en relación con las actuaciones», salvo que el Comité DH, su Grupo de Trabajo o el Relator Especial pidan a las partes «que mantengan confidenciales, en todo o en parte, cualesquiera de esos escritos o información» (art. 111.4 del Reglamento).

Como regla general, las decisiones de los ocho comités acerca de la inadmisibilidad, el fondo del asunto o la cesación de las actuaciones, se harán públicas. Así lo dispone el art. 111.6 del Reglamento del Comité DH. En la práctica, todos los comités ordenan siempre la publicación de las decisiones (sobre admisibilidad o no), las medidas provisionales y los dictámenes (sobre el fondo). Se publican de inmediato en el portal que cada comité dispone en la web de la Oficina del ACNUDH. Además, se recogen en el informe anual de cada comité a la AGNU.

La publicación opera aquí, una vez más, como medio de «sanción» moral y política en el ámbito internacional, dirigida al Estado que ha incurrido en una violación de cualquiera de los derechos consagrados en las convenciones de cuyo control se ocupan. Desde 2015, vistas las restricciones adoptadas por la AGNU en cuanto a la extensión de los informes anuales de los comités a la AGNU<sup>88</sup>, la secretaría se encarga de la publicación electrónica de las decisiones hechas públicas por los comités en una base de datos que recoge la jurisprudencia de los ocho comités<sup>89</sup>.

#### 7. *Seguimiento*

Las decisiones sobre admisibilidad de los ocho comités serán jurídicamente vinculantes para las partes en el procedimiento, lo mismo que las medidas provisionales o de protección y demás disposiciones de los reglamentos de los comités. Si un Estado declara por adelantado

---

<sup>86</sup> Casos 2221/2012 (Hudaybergenov c. Turkmenistán); y 2223/2012 (Japparow c. Turkmenistán).

<sup>87</sup> *Williams Lecraft c. España*, n° 1493/2006, párr. 224

<sup>88</sup> Resolución 68/268 de la AGNU, de 9 de abril de 2014, párr. 4.

<sup>89</sup> Ver <http://juris.ohchr.org>

que no aceptará una decisión de admisibilidad o sobre el fondo del Comité DH, comete una violación del art. 1 del Protocolo Facultativo del PIDCP<sup>90</sup>.

Por el contrario, ni las convenciones que establecen los comités, ni los protocolos

o cláusulas facultativas que los habilitan para recibir quejas individuales, se pronuncian sobre el valor jurídico de los dictámenes sobre el fondo, por lo que tradicionalmente se ha considerado que tales opiniones no son obligatorias para los Estados. Consciente de ello, el Comité DH se dotó en 1990 de un Relator Especial para el seguimiento de los dictámenes, «a fin de cerciorarse de que los Estados partes han tomado medidas para dar efecto a los dictámenes del Comité» (art. 106.1 del Reglamento). Posteriormente, los demás comités se han ido dotando de mecanismos similares para asegurar el cumplimiento de sus dictámenes.

A estos efectos, el Relator Especial para el seguimiento del Comité DH establece los contactos apropiados y solicita información de los Estados respecto de la aplicación de todos los dictámenes que hayan constatado alguna violación. También puede formular recomendaciones al Comité DH para la adopción de las nuevas medidas que sean necesarias (art. 106.2 del Reglamento). El Relator Especial «informará periódicamente al Comité acerca de las actividades de seguimiento» (art. 106.3 del Reglamento) y el Comité DH «incluirá en su informe anual información sobre las actividades de seguimiento» (art. 106.4 del Reglamento). En consecuencia, la información facilitada por las partes en relación con el seguimiento no tendrá carácter confidencial, lo mismo que las decisiones del Comité DH en esta materia, a menos que este decida otra cosa (art. 112 del Reglamento).

La práctica del Relator Especial nos revela que los Estados acatan sus dictámenes de manera satisfactoria en un 23% de los casos<sup>91</sup>. En los demás, los Estados se muestran reacios a aceptar la obligatoriedad de los dictámenes o bien impugnan el contenido de los mismos. En otras ocasiones los Estados afirman no poder dar efecto a esos dictámenes, por no estar previsto en su legislación o práctica interna. En estos casos, el Comité DH procede a hacerlo público en su informe anual, evaluando las respuestas de los Estados en una escala que va de «A» (ampliamente satisfactoria) a «E» (las medidas adoptadas por el Estado son contrarias a las recomendaciones del Comité DH). También se ofrece al Estado interesado que el Relator Especial visite el país para averiguar las dificultades del Estado en aceptar los dictámenes, así como proponer soluciones. Pero el Relator Especial no ha podido viajar a todos los Estados con dificultades que hubiera deseado, por falta de recursos económicos que la secretaría ha escatimado para esta actividad crucial de los comités, debiendo el Relator Especial limitarse a reunirse en Ginebra con representantes de los Estados incumplidores durante los períodos de sesiones del comité correspondiente.

Más allá del incuestionable valor político y moral de los dictámenes de los comités, es obvio que también tienen un valor jurídico, dada la naturaleza cuasi-judicial del procedimiento de quejas individuales. En esta línea, el Comité DH recordó en su Observación General n.º 33 que los dictámenes son el «pronunciamiento autorizado de un órgano establecido en virtud del propio Pacto y encargado de la interpretación de ese instrumento»<sup>92</sup>. Y también recordó «la obligación de los Estados partes de actuar de buena fe» en el cumplimiento de sus obliga-

<sup>90</sup> Timoshenko c. Bielorrusia, n° 1950/2010.

<sup>91</sup> Fox Principi, Kate, «Implementation of decisions under UN treaty body complaint procedures – How do States comply? A categorized study based on 268 cases of ‘satisfactory’ implementation under the follow-up procedure, mainly regarding the UN Human Rights Committee», *Human Rights Law Journal*, Vol. 37, 2017, p. 4 y 12.

<sup>92</sup> «Obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», doc. CCPR/C/GC/33, de 25 de junio de 2009, párr. 13.

ciones convencionales. Lo mismo ocurre con las medidas provisionales o de protección que el Comité DH puede adoptar con arreglo a los arts. 94-95 del Reglamento. Como ya hemos señalado, la Observación General nº 33 del Comité DH es determinante: «Todo Estado parte que no adopta tales medidas... incumple la obligación de respetar de buena fe el procedimiento de las comunicaciones individuales establecido en el protocolo facultativo»<sup>93</sup>. La CIJ también concedió «gran consideración» a las constataciones del Comité DH y a la interpretación realizada por el mismo, al tratarse del órgano independiente de supervisión del PIDCP<sup>94</sup>.

Asimismo, en los tratados más recientes se imponen a los Estados partes otras medidas de seguimiento a los dictámenes que han constatado violación. Es el caso del Protocolo Facultativo del PIDESC, que establece que el Estado «dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité»<sup>95</sup>. Medidas equivalentes se incorporaron al Protocolo Facultativo de la CEDCM<sup>96</sup> y al Tercer Protocolo Facultativo de la CDN relativo a un procedimiento de comunicaciones<sup>97</sup>.

Además, el Comité DH solicita regularmente a los Estados durante el examen de los informes periódicos, información sobre los mecanismos nacionales, legislativos o institucionales, que hayan sido establecidos para asegurar el cumplimiento de las recomendaciones del Comité DH contenidas tanto en las observaciones finales como en los dictámenes sobre quejas individuales. Así, se han establecido mecanismos generales de aplicación a nivel gubernamental<sup>98</sup>; disposiciones legislativas o constitucionales que establecen la obligación de cumplir las recomendaciones de los comités<sup>99</sup>; reformas procesales que permiten reabrir procesos penales o civiles; medidas para asegurar que las víctimas reciben la compensación señalada por los comités, o para evitar su expulsión a países donde podrían ser objeto de malos tratos; o mecanismos de arreglo amistoso<sup>100</sup>.

<sup>93</sup> Observación General nº 33, párr. 19. Ver Ulfstein, Geir, «The Legal Status of Views Adopted by the Human Rights Committee – From Genesis to Adoption of General Comment No. 33», en Eide, Asbjørn, Möller, Jakob Th. y Ziemele, Ineta (eds.), *Making Peoples Heard...*, *Op. cit.*, p. 159-166; y Villán Durán, Carlos, «El valor jurídico de las decisiones de los órganos establecidos en tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos», en Fernández de Casadevante Romaní, Carlos (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 99-123.

<sup>94</sup> CIJ, *Asunto Diallo* (R. de Guinea c. R.D. del Congo), sentencia de 30 de noviembre de 2010, párr. 66. *Vid.* Sognigbé Sangbana, Muriel, *La sanction internationale de la violation des droits de l'homme*, Pedone, París, 2018, p. 62.

<sup>95</sup> Art. 9.2 del Protocolo Facultativo del PIDESC.

<sup>96</sup> Art. 7, párrs. 4 y 5, del PF de la CEDCM

<sup>97</sup> Art. 11 del Tercer Protocolo Facultativo de la CDN

<sup>98</sup> OHCHR, *National Mechanisms for Reporting and Follow-up: A Practical Guide to Effective State Engagement with International Human Rights Mechanisms*, United Nations, Ginebra, 2016.

<sup>99</sup> Es el caso de la ley colombiana 288 (*Diario Oficial* nº 42826, de 9 de julio de 1996), que establece un comité interministerial encargado de velar por la ejecución de los dictámenes del Comité DH sobre Colombia.

<sup>100</sup> Fox Principi, Kate, «Internal Mechanisms to Implement UN Human Rights Decisions, notably of the UN Human Rights Committee. How can these Mechanisms Assist States to Fulfill their Good Faith Obligations?», *Human Rights Law Journal*, Vol. 37, 2017, p. 237-250. Un ejemplo de arreglo amistoso en España se encuentra en la decisión del Comité de los Derechos de Personas con Dis-



En definitiva, los ocho comités se preocupan por que sus opiniones sobre el fondo sean acatadas por los Estados interesados, incluso por los más reacios en aceptarlas. De modo que nos encontramos en el inicio de una práctica de los Estados, potenciada por los propios comités, que está estableciendo precedentes valiosos a favor de una progresiva aceptación de la obligatoriedad de sus dictámenes y de las medidas provisionales o de protección. Si tal comportamiento favorable al acatamiento de los dictámenes se generalizara en el futuro (alcanzando las conductas de los Estados favorables al menos un 75% de los casos), estaríamos asistiendo al nacimiento de una nueva norma consuetudinaria internacional, que consagraría la obligatoriedad jurídica de las decisiones de los comités, a pesar de que las convenciones que los establecieron no lo digan expresamente.

España se encuentra entre los Estados que no disponen de mecanismos específicos para facilitar la aplicación de los dictámenes de los comités<sup>101</sup>, por lo que figura en la «lista negra» de Estados incumplidores y, lo que es más grave, las víctimas sufren total indefensión. Así, en *Aarrass c. España*, el Comité DH dictaminó que España había violado el art. 7 del PIDCP al extraditar a la víctima a Marruecos, donde efectivamente sufrió severas torturas. Las medidas de reparación adoptadas fueron proporcionales al daño infligido, a saber: indemnización a la víctima; cooperación con las autoridades marroquíes para asegurar una supervisión efectiva del trato que recibe en Marruecos; y adoptar medidas para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro. El Relator Especial sobre el seguimiento a los dictámenes sigue considerando que España ha cumplido solo parcialmente esas medidas<sup>102</sup>.

Lo mismo ocurre con otros comités que también han adoptado dictámenes sobre España, como el Comité contra la Tortura (que ha reclamado investigaciones prontas e imparciales de las alegaciones de tortura<sup>103</sup>); el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>104</sup>; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que ha constatado la violación reiterada del derecho a una vivienda adecuada<sup>105</sup>); el Comité de los Derechos del Niño (determinación de la edad de menores extranjeros no acompañados)<sup>106</sup>; y el Comité de

---

capacidad de 24 de marzo de 2017, por la que se suspende el examen del caso n° 33/2015 (*Mario Jesús Rodríguez Arias c. España*), al haberse alcanzado un acuerdo entre las partes sobre el acceso a vivienda social para persona con discapacidad.

<sup>101</sup> Lamentablemente, el recurso de revisión introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (*Boletín Oficial del Estado* n° 174, de 22 de julio de 2015), mediante el art. 5 bis solamente abarca la ejecución de sentencias condenatorias del TEDH.

<sup>102</sup> Doc. CCPR/C/113/3, de 29 de junio de 2015, pág. 18. Igualmente: ver *Baltasar Garzón c. España*, dictamen de 13 de julio de 2021 (independencia judicial); y *Gorka-Joseba Lupiáñez Mintegi c. España*, dictamen de 21 de marzo de 2019 (tortura).

<sup>103</sup> *E.L.G. c. España*, decisión de 26 de noviembre de 2019; *Orkatz Gallastegi Sodupe c. España*, decisión de 23 de mayo de 2012; *Fatou Sonko c. España*, decisión de 25 de noviembre de 2011; *Kepa Urra Guridi c. España*, decisión de 17 de mayo de 2005; y *Encarnación Blanco Abad c. España*, decisión de 14 de mayo de 1998.

<sup>104</sup> *S.F.M. c. España*, dictamen de 28 de febrero de 2020 (violencia obstétrica).

<sup>105</sup> *Fátima El Ayoubi y Mohamed El Azouan Azouz c. España*, dictamen de 19 de febrero de 2021; *Hakima El Goumari y Ahmed Tidli c. España*, dictamen de 18 de febrero de 2021; *Rosario Gómez-Limón Pardo c. España*, dictamen de 5 de marzo de 2020; *Maribel Viviana López Albán c. España*, dictamen de 11 de octubre de 2019; *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili c. España*, dictamen de 20 de junio de 2017; *Miguel Ángel López Rodríguez c. España*, dictamen de 4 de marzo de 2016; e *I.D.G. c. España*, dictamen de 17 de junio de 2015.

<sup>106</sup> *H.M. c. España*, dictamen de 31 de mayo de 2021; *R.Y.S. c. España*, dictamen de 4 de febrero de 2021; *C.O.C. c. España*, dictamen de 29 de enero de 2021; *M.B. c. España*, dictamen de 28 de sep-

los Derechos de Personas con Discapacidad<sup>107</sup>. Esta situación es insostenible porque contraviene no solamente las obligaciones internacionales que España ha asumido al ratificar los tratados pertinentes<sup>108</sup>, sino también la propia Constitución Española de 1978<sup>109</sup>. En definitiva, se produce una indefensión de la víctima que es incompatible con el estado de derecho que proclama la misma Constitución.

Cabe resaltar el caso Ángela González Carreño representada por la ONG Women's Link Worldwide, en el que el Comité EDCM concluyó en 2014 que España había discriminado a la autora y su hija de siete años, la cual había sido asesinada por su padre maltratador. Este órgano señaló que España debía reparar de manera adecuada a la madre mediante una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos, así como realizar una investigación exhaustiva para determinar los fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección de la autora y su hija<sup>110</sup>. Las abogadas de la víctima reclamaron ante las autoridades españolas la ejecución del dictamen, lo que fue rechazado por considerarlo una simple «recomendación» no vinculante para el Estado.

Recurrido en casación, el Tribunal Supremo constató «la inexistencia de un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las recomendaciones de un dictamen». No obstante, consideró el propio dictamen como

«presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como último cauce para obtener la reparación». Por lo que concluyó que «la Administración vulneró derechos fundamentales de la recurrente, concretamente sus derechos a la igualdad y a no ser discriminada por razón de sexo, a la integridad física y moral y a la tutela judicial efectiva, y ello por no asumir la demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial y poner fin a los efectos de una declaración de lesión de derechos de la mujer por haber sufrido un acto de discriminación derivado de una situación de violencia contra la mujer». En consecuencia, el Tribunal Supremo condenó a la Administración a pagar a la víctima una indemnización de 600.000 euros por los daños morales sufridos<sup>111</sup>.

El Tribunal Supremo tomó esta decisión histórica después de afirmar que los dictámenes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer tienen «carácter vinculante/obligatorio» para España en virtud del art. 24 de la CEDCM, el art. 7.4 del Protocolo Facultativo y los arts. 96 y 10.2 de la Constitución Española, pues los tratados internacionales «además de ser Derecho interno propio con la jerarquía reconocida constitucional-

---

tiembre de 2020; *B.G. c. España*, dictamen de 28 de septiembre de 2020; *S.M.A. c. España*, dictamen de 28 de septiembre de 2020; y *M.B.S. c. España*, dictamen de 28 de septiembre de 2020.

<sup>107</sup> *Rubén Calleja Loma y Alejandro Calleja Lucas c. España*, dictamen de 28 de agosto de 2020 (derecho a la educación inclusiva de un niño con «síndrome de Down»); *J.M. c. España*, dictamen de 21 de agosto de 2020 (derecho a la no discriminación en el mantenimiento o continuidad en el empleo); y *V.F.C. c. España*, dictamen de 2 de abril de 2019.

<sup>108</sup> Así lo había recordado el Comité DH en sus observaciones finales al sexto informe periódico de España, doc. CCPR/C/ESP/CO/6, de 20 de julio de 2015, párr. 5.

<sup>109</sup> En particular, se ha señalado la violación de los arts. 1.1, 9.2, 9.3, 95 y 96 de la Constitución Española: ver Fernández de Casadevante Romani, Carlos (dir.), *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, Dilex, Madrid, 2010, p. 45.

<sup>110</sup> Doc. CEDAW/C/58/D/47/2012, de 18 de julio de 2014, dictamen de 16 de julio de 2014. En el mismo sentido, la persistencia de prácticas estatales erróneas fue denunciada el 9 de diciembre de 2021 por cuatro procedimientos especiales del Consejo DH, que instaron a los tribunales españoles a proteger a los niños y niñas de la violencia doméstica y los abusos sexuales.

<sup>111</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 1263/2018, de 17 de julio, p. 30-32.



mente, son también instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución»<sup>112</sup>.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

Más allá del efecto positivo que en el plano patrimonial producirá la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018, persiste la urgencia de reformar la legislación española de 2015 para aplicar por analogía el recurso de revisión de las sentencias del Tribunal Supremo cuando medie un dictamen de los órganos competentes de la ONU que constate violación. Así lo confirma la sentencia del Tribunal Supremo 1/2020, de 12 de febrero<sup>113</sup>.

La Plataforma de ONG españolas a favor de los derechos económicos, sociales y culturales elaboró en 2020 un amplio estudio sobre el valor jurídico de las decisiones de los comités, proponiendo numerosas medidas legislativas, políticas y administrativas, para asegurar el cumplimiento por España de tales decisiones.

Afortunadamente, España informó a la ONU en 2021 que se propone desarrollar políticas públicas para adecuar la práctica española al Derecho internacional de los derechos humanos, tales como: a) diseñar un protocolo para la tramitación de las medidas provisionales y los dictámenes de los comités, incluyendo la reparación efectiva de las víctimas y la adopción de garantías de no repetición; b) elaborar el II Plan Nacional de Derechos Humanos con participación de la sociedad civil, en el que se incluya una relación de las medidas instadas por los comités y una hoja de ruta para impulsar su aplicación; y c) establecer un comité de seguimiento de las decisiones de los comités que vele por la indemnización a las víctimas<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> *Ibid.*, FJ 7.

<sup>113</sup> *Vid.* Vázquez Rodríguez, Beatriz, «La STS (Sala Especial) 1/2020, de 12 de febrero: ¿Es el recurso de revisión una vía útil para dotar de efectividad a los dictámenes adoptados por los comités de derechos humanos?», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 73, n° 1, 2021, p. 353-359.

<sup>114</sup> Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, Informe de progreso 2021 y estrategia de desarrollo sostenible 2030, 2022, p. 261.

## *El Juez, la Prueba y la Verdad*

Hermann Petzold-Pernía\*

*Profesor emérito de la Universidad del Zulia*

*No nos apresuremos en nuestras conjeturas  
sobre las cosas más esenciales.*

*(Heráclito)*

**Resumen:** *Este artículo trata sobre la naturaleza del razonamiento jurídico, que corresponde hacer al juez al decidir todo proceso, en el procedimiento de elaboración de la sentencia, en el cual debe argumentar teniendo como norte la verdad y justicia.*

**Palabras Clave:** *Juez; Sentencia; Verdad; Justicia; Pruebas.*

**Abstract:** *This article deals with the nature of legal reasoning, which corresponds to the judge when deciding any process, in the procedure of preparation of the ruling, in which he must argue having as north the truth and justice.*

**Key words:** *Judge; Judgment; Truth; Justice; Evidence.*

El tema a desarrollar se relaciona con la naturaleza del razonamiento jurídico, con ese personaje que llamamos “el juez” y con la subsunción, es decir, con el procedimiento de elaboración de la sentencia, y, por ende, con las nociones de verdad y justicia.

Así, en primer lugar, debo señalar -que si bien es factible sostener que hay razonamiento jurídico tanto en el nivel de la elaboración de las normas jurídicas generales (legislación) como en el nivel de la interpretación y de la aplicación de esas normas para resolver los casos de especie, ya sea judicial o extrajudicialmente-, únicamente se puede hablar de la existencia de tal razonamiento a condición de que sea el resultado de la actuación de un profesional del Derecho, y teniendo presente que el “razonamiento jurídico se manifiesta, por excelencia, en el proceso judicial” (Perelman, 1976:153).

Ahora bien, las *características* más relevantes del razonamiento jurídico y, sobre todo, del razonamiento judicial, son:

**Primera:** El razonamiento jurídico es *problemático* o, más bien, *tópico*, pues es elaborado alrededor o en relación con un problema (un caso de la vida real pensado *in abstracto* o, especialmente, *in concreto*) que debe ser resuelto por el jurista: “El razonamiento jurídico es

---

\* Profesor Titular (emérito) del Filosofía del Derecho y Derecho Comparado en la Escuela de Derecho y de Metodología del Derecho y Sistemas Políticos Comparados en los postgrados de la División de Estudios para Graduados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia. Ex Decano de dicha Facultad. Ex Primer Suplente del Fiscal General de la República. Ex Magistrado (suplente) de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia de Venezuela. Individuo de Número de las Academias de Historia y de Ciencias Jurídicas, ambas del Estado Zulia.

siempre un pensamiento sobre problemas y no un pensamiento sistemático”, ha dicho Recaséns Siches (1971:135). En un sentido parecido, Clarence Morris ha escrito que “el razonamiento jurídico está encaminado a solucionar problemas. Los clientes y los tribunales plantean preguntas. El abogado tiene que encontrar respuestas” (1966:19), agregando más adelante: “Después de todo, la función propia de los jueces es la de resolver problemas” (*Ibidem*: 145). Entonces, si el razonamiento jurídico es determinado por los problemas planteados por la vida social al profesional del derecho, “el oficio del jurista no es solamente conocimiento, *theoria*, sino fabricación, *poiesis*; él implica de la parte del juez, de la doctrina o de la ley, al término de un estudio razonado del caso, una parte de invención creadora y de decisión arbitraria. Toda regla o sentencia del derecho tiene siempre, en algún grado, una función ‘performadora’. Según los casos, ellas son más o menos creadoras” (Villey, 1974: 41).

**Segunda:** El razonamiento jurídico es *práctico*, puesto que el pensamiento (*mens*) “que inspira a las normas jurídicas es un pensamiento que proviene de la *praxis*, sea por acción o por reacción” (Sebastián Soler, 1969:136); así, pues, “el derecho -escribe Villey- sigue siendo un arte dirigido hacia lo *concreto*. Su objetivo es llegar a soluciones judiciales (al mejor reparto de los bienes y de las cargas) en la medida de lo posible adaptadas a las singularidades de cada *caso*. Todo procedimiento judicial está organizado con el designio de conducir al juez a una visión concreta de cada causa” (1974: 57). Luego, de acuerdo Perelman, el “fallo puesto en forma no se presenta como un conjunto de premisas de las cuales se deduce una conclusión, sino como una decisión justificada por considerandos. Es, en una deducción formal, que la conclusión deriva de manera obligatoria e impersonal de las premisas. Pero, cuando el juez toma una decisión, su responsabilidad y su integridad están en juego: las razones que da para justificar su decisión y para rechazar las objeciones reales o eventuales que se le podrían oponer, suministran una muestra de razonamiento práctico, mostrando que su decisión es justa y conforme al derecho, es decir, que la misma toma en cuenta todas las directivas que le ha dado el sistema de derecho que él está encargado de aplicar -sistema del cual ha recibido su autoridad y su competencia-, sin faltar a las obligaciones que le impone su conciencia de hombre honesto” (1973: 18-19).

**Tercera:** Otra característica del razonamiento jurídico es la de ser *axiológico*, valga decir que dicho razonamiento está fundamentalmente vinculado a los valores socialmente en vigor que cada derecho positivo debe proteger y promover aún por encima de otros. En consecuencia, los juristas cuando obran como tales, deben tener en cuenta esos valores, y es el juez “quien debe decidir sobre la solución jurídica que zanjará el conflicto a favor de tal o cual valor” (Perelman, 1975: 170), ya que “la aplicación del derecho, el paso de la regla abstracta al caso concreto no es un simple proceso deductivo, sino una adaptación constante de las disposiciones legales a los valores en conflicto en las controversias jurídicas” (Perelman, 1976: 84). Y ello debe ser así, porque el olvido o el desconocimiento de esos valores en las decisiones judiciales o administrativas hace aparecer a éstas como irrazonables, injustas e, incluso, contrarias al derecho positivo vigente. Entonces, la existencia del arbitrio judicial y administrativo no puede hacernos ignorar la verdad del adagio *Lex est aliquid rationis*, es decir, que la *razón* forma parte de la esencia del derecho, en cuanto exigencia de coherencia intrasistemática y de adaptación de todo ordenamiento jurídico a los valores socialmente dominantes, por lo que, en consecuencia, coincidimos con el tanta veces citado Perelman cuando afirma: “Todo derecho, todo poder legalmente protegido, es concedido con vista a una cierta finalidad; el detentador de ese derecho tiene un poder de apreciación con relación a la manera de ejercerlo. Pero, ningún derecho se puede ejercer en una forma irrazonable, pues lo que es irrazonable no es derecho” (1978: 42. En un sentido parecido: cf. Q.90, arts.1, 2 y 4, q.92, art.1, q.93, art.3, y q.95, art 2, del *Tratado de la Ley en General*, en Santo Tomás de Aquino, 1956: 35-36, 38-39, 42, 74, 95 y 167-168; David, René, 1966: 396-398 y 401-402, y Petzold-Pernía, 1984: 251-252).

**Cuarta** (y principal): El razonamiento jurídico es esencialmente *dialéctico* (o retórico) y no demostrativo o analítico (o lógico-formal), de conformidad con la distinción aristotélica entre razonamientos *demostrativos*, cuyas premisas son verdaderas, primarias e inmediatas, como por ejemplo, el silogismo, y razonamientos *dialécticos*, en los que se razona a partir de premisas constituidas por “opiniones generalmente admitidas”, verbigracia, el entimema (cf. *Tópicos*, lib. I cap. 1, 100 a; *Analítica Primera*, lib.I, caps.1-4, y *Analítica Posterior*, lib. I. cap. 2, 71b, en Aristóteles, 1973: 418, 275-279 y 354-355). Esta característica, la más importante, está determinada por las otras anteriormente expuestas. En efecto, “el proceso de resolver problemas es algo más que la aplicación de la lógica” (Morris, 1966: 54), ya que, “en derecho uno no se contenta con deducir, sino que *argumenta*” (Perelman, 1963: 222), y el “razonamiento jurídico, que es relativo a la descripción, a la aplicación y a la calificación de los hechos, a la selección y a la interpretación de las normas aplicables no es un razonamiento de naturaleza puramente formal. La utilización del silogismo judicial no presenta, en efecto, casi problemas, una vez que uno se pone de acuerdo sobre sus premisas” (Perelman, 1965: V-VI), pues, como en el mismo sentido afirma Villey, “si es verdad que en apariencia el juez de hoy pone su sentencia en una forma silogística, de hecho, su trabajo (como el de los abogados y de los juristas que colaboran con su obra), consiste, en su mayor parte, en la búsqueda de las premisas de ese aparente silogismo, en la elección de los textos que servirán para fundar la decisión, y en la búsqueda del sentido a dar a los textos, lo que se llama interpretación. Nuestro verdadero, nuestro sustancial trabajo (y que no es en absoluto abandonado al empirismo, a la intuición) reside más bien en la invención que en la demostración en forma. Allí juega siempre la dialéctica” (1966: XIII).

Así, pues, el recurso a las técnicas de argumentación jurídica y los *topoi* jurídicos o lugares específicos del derecho, anteriormente citados, empleados como razones o instrumentos intelectuales que permiten justificar las decisiones tomadas por los tribunales -decisiones fundadas sobre la interpretación y aplicación de las normas del ordenamiento jurídico-positivo a los casos concretos (subsunción)<sup>1</sup>,- demuestra indubitablemente el carácter específicamente *dialéctico* (o retórico) del razonamiento jurídico, en general, y del razonamiento judicial, en especial.

Por ello, Perelman ha podido declarar que “es al jurista, y según los métodos del razonamiento jurídico, a quien incumbe conciliar el espíritu con la letra de la ley, de dar su parte a cada uno de los valores que el sistema de derecho se esfuerza en promover” (1973: 22). Luego, resulta pertinente sostener, con Edward H. Levi, que el “razonamiento jurídico posee una lógica propia” (1964: 132), pues, según el mismo Perelman, “la lógica judicial está enteramente centrada no sobre la idea de verdad, sino sobre la de adhesión. Lo que el abogado busca ganar, con sus alegatos o informes, es la adhesión del juez... Para alcanzar sus fines, el abogado no irá de verdades de partida (los axiomas) hacia verdades demostradas (las teoremas), sino de acuerdos *previos* hacia la adhesión a obtener” (1976:174), y como el juez, a su

<sup>1</sup> Cf. PETZOLD PERNÍA, Hermann; “El problema de la subsunción y la argumentación jurídica”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997; N° 104, 103-115; “El problema de la subsunción: Aspectos lógicos y axiológicos”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas...*; N° 105, 117-149, y “Breves consideraciones sobre la naturaleza del proceso hermenéutico-jurídico”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas...*, 1998; N° 106, pp. 69-82, y “Consideraciones sobre la subsunción o cómo se elabora la sentencia -hermenéutica jurídica y argumentación-”, en *Fronesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*. Instituto de Filosofía del Derecho-Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas-Universidad del Zulia, Maracaibo, 2001; vol. 8, N° 3, 35-61.

vez, debe “hacer aceptables las decisiones de la justicia, el recurso a las técnicas argumentativas se vuelve indispensable” (*Ibidem*: 137).

En consecuencia, no es posible hablar de una única interpretación “verdadera” o “exacta” o “racional”, elegida entre varias otras, de un texto jurídico-normativo sino de una interpretación “razonable” o “irrazonable”, o “conveniente” o “inconveniente”, en la medida en que el intérprete -un profesional del derecho- haya permanecido dentro de los límites de las diversas posibilidades hermenéuticas que ofrece aquél<sup>2</sup>. Claro que si el intérprete es un órgano del Estado encargado de la interpretación y la aplicación del derecho positivo, su interpretación jurídico-normativa se convierte en *legalmente* “verdadera” (Cf. En el mismo sentido: Kelsen, 1962: 457 y Guiliani, 1966: 112), aunque mejor sería hablar, de una sentencia “justa” o “injusta”, “conveniente” o “inconveniente”, porque estamos en el ámbito de argumentación, o sea, de los razonamientos dialécticos o retóricos y no de los razonamientos demostrativos o analíticos, o para utilizar de la terminología de Recasens Siches, nos encontramos en el campo de la “lógica” o “logos de lo razonable o de lo humano” (cf. 1959: 645-665). Y es por ello, que también Perelman, ha dicho que la “lógica jurídica se presenta a como el conjunto de técnicas de razonamiento que permiten al juez conciliar, en cada caso de especie, el respeto del derecho con la aceptabilidad de la solución encontrada” (1982: 31).

Luego, considero que *el razonamiento jurídico es la actividad intelectual discursiva (cognoscitiva y volitiva) del profesional del Derecho, órgano de los poderes públicos o no, dirigida a interpretar (y eventualmente integrar) las normas de un ordenamiento jurídico-positivo dado y, en consecuencia, a determinar su pertinencia para fundar y para justificar una decisión jurídica, a la cual sirve de vehículo de sentido una nueva norma jurídica general (legal o reglamentaria, según se trate de la interpretación de normas constitucionales o legales) o individualizada (sentencia, resolución administrativa, contrato, etc., es decir, de origen judicial, administrativo o negocial), previa utilización de ciertas técnicas argumentativas y el recurso a los tópicos jurídicos o lugares específicos del derecho, con la finalidad de suministrar una solución jurídicamente “razonable”, con o sin positividad (es decir, una establecida o no por un órgano del Estado).*

---

<sup>2</sup> Ahora bien, ello se debe a que la polisemia generalmente caracteriza a los términos, palabras o expresiones empleados en las normas jurídicas, en tal grado, que se puede sostener que es inherente a la esencia misma del derecho positivo, y es así que ya ARISTÓTELES había dicho hace mucho tiempo, que “si la ley es ambivalente, nos servimos de ella de manera que se pueda volver e interpretar en uno de los sentidos y se adapte tanto a lo que es justo como a lo que es conveniente... Si la ley escrita es favorable al caso que tenemos entre manos, hay que decir entonces que aquello que hemos dicho de ‘con la mejor conciencia’ no vale sólo para hacer justicia al margen de la ley, sino también para que no se cometa perjurio, si se desconoce qué es lo que dice la ley... Y también hay que decir que en nada se diferencian el no haber ley y el no servirse de ella” (“Retórica”, lib. I, cap. 15, 1375a/1376a, en *Obras*: 147). Se puede, entonces, afirmar que, para poder comprender e interpretar el *sentido* de las normas jurídicas generales como el significado de las normas elaboradas con base en las mismas (normas jurídicas individualizadas: sentencias, decisiones administrativas, contratos, etc.), hay que analizarlas no solo en el contexto del ordenamiento jurídico-positivo en el cual están ubicadas, sino, también, tener en cuenta el ámbito histórico-social. Luego, es el conjunto de las relaciones *semánticas* (entre las expresiones o términos normativos y lo que ellos expresan o significan), *sintácticas* (entre las expresiones o términos normativos entre sí) y *pragmáticas* (entre las expresiones o términos normativos y sus emisores -vale decir, el legislador *lato sensu*-, y/o los destinatarios, o sea, los intérpretes y/o súbditos jurídicos), lo que va a determinar la interpretación a dar a la norma jurídico-positiva general que se pretende sirva de fundamento a la norma jurídica individualizada que ha de resolver un caso concreto dado.

Por otra parte, el tema de la elaboración de la sentencia es, quizás, el más importante de la ciencia del Derecho procesal y uno de los más complejos de la Metodología del Derecho, ya que se refiere a la esencia misma del rol del juez, pues, como decía Aristóteles "cuando se produce entre los hombres alguna diferencia, recurren ellos al juez. Ir a encontrar a éste es presentarse ante la justicia, pues el juez es, por así decirlo, la justicia encarnada. En la persona del juez se busca una tercera persona imparcial, y algunos llaman a los jueces árbitros o mediadores, queriendo significar con esto que cuando se habrá hallado el hombre del justo medio, se llegará a obtener justicia.

"La justicia es, pues, un justo medio, si por lo menos el juez lo es. El juez mantiene la balanza equilibrada entre las dos partes" (*Ética Nicomaquea*, libro V, cap. 4, 1132a/1132b, en Aristóteles, 1973:1229).

Por ello, como ha dicho Perelman, la "personalidad de los jueces juega un papel esencial en la administración de justicia, y es necesario, en un estado bien gobernado, jueces competentes e imparciales" (1968, p. 85), ya que, como bien se sabe, es a los funcionarios judiciales, a quienes, fundamentalmente, les corresponde declarar, mediante sentencia, si un comportamiento social concreto, interferido, se adecua o no a lo dispuesto en las normas jurídicas generales del ordenamiento jurídico-positivo de un país dado. La constitución, las leyes y demás normas jurídicas generales determinan cómo deben actuar dichos funcionarios encargados de interpretar y aplicar el derecho positivo. A este respecto, es pertinente citar, por ejemplo, el Art. 4º del COPP, que declara: "**Autonomía e independencia de los jueces.** En el ejercicio de sus funciones los jueces son autónomos e independientes de los órganos del Poder Público y sólo deben obediencia a la ley y al derecho.

"En caso de interferencia en el ejercicio de sus funciones los jueces deberán informar al Tribunal Supremo de Justicia sobre los hechos que afecten su independencia, a los fines de que la hagan cesar". ¿Esta es una *norma-fachada*? ¿Y qué pasa si la interferencia viene del mismo TSJ o del Presidente de la República o de la Asamblea Nacional? Véanse también los Arts. 254 y 255 de la Constitución. Precisamente, el Estado de derecho consiste en que el derecho regula o norma la actividad de los órganos del poder público, lo que significa que los funcionarios y empleados públicos solamente pueden actuar en el ámbito de su respectiva competencia normativamente establecida.

Entonces, pregunto: ¿Cómo en realidad se interpreta y aplica la ley, en tanto fuente primordial de las proposiciones o normas jurídicas generales en los sistemas jurídicos comprendidos en la familia de derechos romano-germánica? O en otras palabras: ¿Cómo se aplica la ley a los casos de especie?. ¿Cómo a las situaciones concretas se aplican, previa interpretación, las normas jurídicas generales? ¿Cuál es el sentido y alcance del llamado silogismo judicial? En fin, ¿en qué consiste el proceso de subsunción que permite elaborar la sentencia? ¿Es lógico o axiológico? ¿Racional o razonable? ¿Qué deben buscar fundamentalmente los operadores jurídicos: la verdad o la justicia? Nociones ambas, por los demás, polisémicas sino equívocas o ambiguas.

Luego, a continuación, siguiendo en general a Engisch (cf. 1967: 61-85), se analizará el **problema de la subsunción**, es decir, de cómo lograr dar una adecuada solución a un determinado caso concreto de conformidad con las normas del derecho positivo vigente o, más exactamente, de cómo a partir de una proposición jurídica general obtener una proposición jurídica individualizada, y, por ende, me referiré a las nociones de prueba y verdad. Así, pues, al tratar de la subsunción, quiero insistir en lo siguiente: Primero (y sin que sea necesario que nos ubiquemos en un proceso judicial específico, aunque para la explicación podemos tomar un proceso penal), que de lo que se trata es de enjuiciar o valorar el o los actos o las acciones de una determinada persona (y las circunstancias que la rodean) que, por ejemplo,



dio muerte otra. Así, se inicia un proceso, en cuya fase probatoria se va a precisar que “X” persona, efectivamente causó la muerte a una persona “Z” en determinadas circunstancias.

En consecuencia, al tratar de la subsunción, quiero insistir en lo siguiente: Primero (y sin que sea necesario que nos ubiquemos en un proceso judicial específico, aunque para la explicación podemos tomar un proceso penal), que de lo que se trata es de enjuiciar o valorar el o los actos o las acciones de una determinada persona (y las circunstancias que la rodean) que, por ejemplo, dio muerte a otra. Así, se inicia un proceso, en cuya fase probatoria se va a precisar que “X” persona, efectivamente causó la muerte a una persona “Z” en determinadas circunstancias.

Vamos a suponer que “X” es acusada y procesada por presuntamente haberle dado muerte, en su casa, a “Z” ya que, según “X”, “Z” irrumpió intempestivamente en horas de la noche. Se inicia el proceso y en la etapa o fase probatoria, mediante las diversas pruebas que a tal efecto se promueven y evacúan y el juez valora, se establece cómo supuestamente acaecieron los hechos en la realidad, pues, lo que se va a subsumir más adelante no son unos determinados hechos sino la conceptualización de esos hechos, es decir, en el expediente lo que queda es la descripción o representación conceptual, lograda gracias al proceso probatorio, de lo que supuestamente ocurrió, como, por ejemplo, que “Z”, la persona a la cual “X” dio muerte, era un ladrón, o bien se determina que, por el contrario, era una persona conocida de “X” que estaba de visita en la casa de éste y a la que asesinó, por motivos pasionales y después dijo que no la conocía y había entrado subrepticamente en su casa, en horas de la noche. Precisamente, Larenz refiriéndose a la elaboración de la premisa menor del llamado silogismo judicial escribe: “A este respecto hay que hacer notar que un hecho nunca puede venir “dado” en la conciencia más que como un hecho que ha sido concebido ya, ordenado categorialmente, y, en ciertos casos, interpretado, dentro de determinadas representaciones generales habituales -por ejemplo, “como” una acción humana dirigida a un fin, “como” expresión de una determinada voluntad, “como” notificación dirigida a otra persona-. Con otras palabras: el objeto de un juicio o apreciación específicamente *jurídica* no es nunca el hecho real en su inmediatidad, el puro *factum*, sino siempre una imagen de representación preformada ya por la conciencia, fundamentada, ciertamente, en percepciones (del mismo juzgador o de otro) pero, además, ordenada ya categorialmente e interpretada conforme a la experiencia” (1966: 215). Como se puede deducir de lo anteriormente expuesto, al menos desde nuestros enfoques epistemológico y gnoseológico, es erróneo hablar de una supuesta “verdad procesal” y una presunta “verdad real”. La “verdad”, si la hay, es una. Lo que cambia es la aproximación o el enfoque metodológico de la misma.

**Luego**, la cuestión fundamental que hay que determinar es cuál va a ser la premisa menor del silogismo, lo cual implica que hay que realizar lo que se llama el “procedimiento probatorio” o “período o lapso de prueba”, que sirve para determinar que realmente una persona dada, que por ejemplo, ha sido acusada de un homicidio intencional, cometió realmente el homicidio en las circunstancias y de acuerdo a lo que establece el art. 405 del Código Penal venezolano, porque puede suceder que sin duda alguna esa persona haya dado muerte a otra, pero puede ser, que a través del procedimiento probatorio, se demuestre que lo que hubo fue un caso de legítima defensa o cualquier otro delito al cual se le puede aplicar una atenuante, o bien, que no cometió ningún delito. *Iudici fit probatio*. Valga decir, que es necesaria la comprobación fáctica de que realmente el hecho que realizó “X”, en nuestro ejemplo, se puede ubicar en el contexto del art. 405 del Código Penal, lo que significa declarar, que “X” es el homicida intencional de una persona determinada. Entonces, mediante la comprobación de los hechos en el proceso judicial se descubren y prueban hechos jurídicamente relevantes. Para esto se utilizan las declaraciones del mismo acusado (eventual confesión, por ejemplo) y los llamados elementos probatorios (inspección ocular, documentos,

testigos y peritos). Tenemos entonces, de un lado la necesidad de determinar la premisa mayor, y por el otro, la obligación de determinar la premisa menor, para lo cual hay que probar que efectivamente “X” es homicida intencional.

Debe señalarse que, aunque entre la comprobación fáctica que realiza el historiador y la que realiza el juez, pudiera haber cierta similitud, hay una diferencia esencial: el historiador puede utilizar las pruebas que él quiera y darle el valor que más convenga a las pruebas que emplea y también puede descartar ciertas pruebas. Está vinculado solamente por directivas de carácter científico. El juez, en cambio, debe limitarse a determinadas pruebas y debe darles un determinado valor, que a veces está determinado por la ley, y a veces no, gozando de cierta libertad de apreciación.

Existen en el Derecho Procesal, reglas legales de prueba, que ante la existencia de ciertas pruebas (confesión, declaración concordante de testigos, etc.), mandan a considerar como probado, sin más, el tema de prueba que aquéllas ponen de relieve.

Sin embargo, se admite en algunos aspectos la libre valoración de la prueba por parte del juez. Así, el Código de Procedimiento Civil de Venezuela, en el art. 507 dispone: “A menos que exista una regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, el juez deberá apreciarla según las reglas de la sana crítica”, y en el art. 12, expresa: “Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el juez debe atenerse a las normas de derecho a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia.

“En la interpretación de contratos o actos que presente oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe”.

Y por su parte, el Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, en art. 13- Finalidad del proceso- declara: “El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el juez al adoptar su decisión”

En el Derecho Procesal Civil, el juez está obligado a basar su decisión en lo alegado y probado en autos. Sin embargo, aunque es poco el poder inquisitivo del juez en el proceso civil y no debe presentar argumentos que no hayan sido alegados por las partes, dada su condición de director del proceso sí puede obtener informaciones o elementos probatorios mediante la aplicación del art. 514 Código de Procedimiento Civil, que a la letra dice: “Después de presentados los informes dentro del lapso perentorio de quince días, podrá el Tribunal, si lo juzgaré procedente, dictar auto para mejor proveer, en el cual podrá acordar:

1º Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos sobre algún hecho importante del proceso que aparezca dudoso u obscuro.

2º La presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso, y que se juzgue necesario.

3º Que se practique inspección judicial en alguna localidad, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen, o bien, que se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público, y se ponga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna circunstancia de tal proceso y tenga relación el uno con el otro.



4° Que se practique alguna experticia sobre los puntos que fije el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos.

En el auto para mejor proveer, se señalará término suficiente para cumplirlo. Contra este auto no se oirá recurso alguno; cumplido que sea, las partes podrán hacer al Tribunal, antes del fallo, las observaciones que crean pertinentes respecto de las actuaciones practicadas.

Los gastos que ocasionen estas actuaciones serán a cargo de las partes de por mitad, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas. (Véanse al respecto también los arts. 451-471 referentes a la experticia y 472-476 que regulan la inspección judicial, todos del Código de Procedimiento Civil).

Sin embargo, si no obtuvo resultados jurídicamente relevantes mediante el auto para mejor proveer dictado o no quiso o no se considero legalmente autorizado para dictarlo, puede suceder, por ejemplo, que el juez en su fuero interno considere que el demandado pagó la deuda pero como éste no presentó el recibo y no pudo comprobar el pago mediante testigos por ser mayor de dos mil bolívares dicha deuda, y el juez no puede aportar algo que no ha sido alegado y probado por el demandado y, por ende, debe condenar a éste a pagar nuevamente (cf. art. 506 *eiusdem*. Véase también el art. 1.354 del Código Civil).

En el art. 508 del Código de Procedimiento Civil, se hace referencia al problema de la apreciación de la prueba testifical y en este caso la prueba no está tan regulada, se deja a la valoración del juez, quien puede desecharla o no.

El art. 509 *eiusdem* dispone que: “Los Jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cual sea el criterio del Juez respecto de ella”.

El art. 1.427 del Código Civil declara: “Los jueces no están obligados a seguir el dictamen de los expertos, si su convicción se opone a ello”.

En los arts. 237-242 del Código Orgánico Procesal Penal se regula la experticia, y, por ende, el dictamen pericial.

Por otra parte, con respecto a la utilización y aplicación del material de prueba, existen numerosas normas jurídicas que tienen en consideración los intereses extraños a las pruebas. Así, se exige que los testimonios sean siempre personales y orales, salvo excepciones legales, porque por escrito, el testigo puede pensar mejor su respuesta y torcer, deformar, la verdad. El Código Procedimiento Civil, en el art. 498, y el Código Orgánico Procesal Penal, en el art. 222, se refieren a lo dicho anteriormente, y en los arts. 223 al 236 *eiusdem* regulan todo lo referente a la prueba testimonial.

Puede afirmarse, entonces que la comprobación fáctica, que contiene la premisa menor, es el resultado de una serie de actos complementarios de razonamiento y de valoración.

Así, pues, si judicialmente son comprobados y conceptualizados determinados hechos, jurídicamente relevantes, y se acepta que, presuntamente, los mismos ocurrieron tal como “X” expuso (pero podría ser lo contrario, como ya se dijo), es con esa información reunida en la fase probatoria del proceso, que el juez va a elaborar la premisa menor del llamado silogismo judicial, en la que simplemente lo que hace es describir, tal como consta en las actas procesales, cómo presuntamente se dieron los acontecimientos. O sea, que no son los hechos en sí, sino la descripción o representación conceptual de estos, expresada mediante una o varias proposiciones declarativas, lo que constituye la premisa menor, la cual podrá, por ejemplo, decir: “X ante la irrupción intempestiva de “Z” en su casa, en horas nocturnas, se sintió amenazado o fue agredido por éste, y al defenderse le causó la muerte al intruso Z”.

Seguidamente, el juez va a construir la premisa mayor del silogismo judicial, valga decir, a seleccionar la(s) norma(s) jurídico-penal(es) que, previa interpretación, va a aplicar para resolver ese caso de especie. Así, en el ejemplo antes expuesto, el juez no debería buscar una disposición del Código Penal venezolano que sancione la muerte intencional de una persona (Art. 405), sino que debería acudir más bien a otra norma, como el Art. 423 *eiusdem*, que dispone: “No será punible el individuo que hubiere cometido alguno de los hechos previstos en los dos Capítulos anteriores (que se refieren al homicidio y a las lesiones personales), encontrándose en las circunstancias siguientes:

“De defender sus propios bienes contra los autores del escalamiento, de la fractura o incendio de su casa, de otros edificios habitados o de su dependencia, siempre que el delito tenga lugar de noche o en sitio aislado, de tal suerte que los habitantes de la casa, edificios o dependencias puedan creerse, con fundado temor, amenazados en su seguridad personal.

“Cuando al repeler a los autores del escalamiento, de la fractura o del incendio de la casa, edificios o dependencias, no concurrieren las condiciones anteriormente previstas, la pena del delito cometido sólo se disminuirá de un tercio a la mitad, y el presidio se convertirá en prisión”.

Empero, es necesario precisar que el juez, en el proceso de subsunción, que culmina con la construcción del denominado silogismo judicial, al elaborar la premisa mayor de éste, no lo hace con la(s) norma(s) legal(es) en sí y utilizando directamente a ésta(s) como premisa mayor, sino que la(s) emplea para construir una proposición jurídica general que, redactada en forma condicional (*modus ponens*), en el ejemplo que he dado, podría decir: “*Si alguien da muerte, en forma intencional, a una persona, según el Art. 405 Código Penal, la pena debe ser ...*”; o bien: “*Si una persona en determinadas circunstancias (que se describen en el arriba citado Art. 423 del Código Penal) causa la muerte o lesiones personales a alguien (ladrón, incendiario, etc.), de conformidad con el Art. 423 del Código Penal no será punible*”.

Así, pues, la proposición jurídica general que constituye la premisa mayor se fundamenta en una o varias norma(s) jurídica(s) general(es), pero ésta(s) no es (son), como erróneamente se acostumbra afirmar, dicha premisa. Es decir, que hay una proposición jurídica general, que se refiere al contenido de una(s) determinada(s) norma(s) jurídica(s) general(es), que integra la premisa mayor, y con base en esa premisa mayor y en la premisa menor (constituida por una o varias proposiciones declarativas), se llega a una conclusión que viene a ser una proposición jurídica individualizada que expresa la decisión del caso concreto. Sin embargo, para lograr esto, no se sigue un razonamiento puramente lógico-formal o demostrativo, sino que, por el contrario, se trata de un proceso en donde los valores, que el sistema jurídico protege y promueve y a los cuales juez debe adherir, juegan un papel fundamental, lo cual puede verificarse, en primer término, al analizar la fase probatoria del proceso judicial, ya que, en dicha fase, de acuerdo con el correspondiente derecho positivo, el juez examina y valora las pruebas aportadas por las partes litigantes y, eventualmente, según la naturaleza del proceso, llevadas por él mismo al expediente, tales como los documentos, los testimonios, las experticias, los indicios, las inspecciones judiciales, la posible confesión del acusado, etc.

En este punto, vale la pena recordar que el Art. 13 del COPP dispone: “**Finalidad del proceso**”. El proceso debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, y a esta finalidad deberá atenerse el juez al adoptar su decisión”. Asimismo, el Art. 12 del CPC ordena: “Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones, el juez debe atenerse a las normas del derecho a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendi-

dos en la experiencia común o máximas de experiencia”. Y, en sentido parecido, el Art. 5° de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo dice: “Los jueces, el desempeño de sus funciones tendrán por norte de sus actos la verdad, están obligados a inquirirla por todos los medios a su alcance y a no perder de vista la irrenunciabilidad de derechos y beneficios acordados por las leyes sociales a favor de los trabajadores, así como el carácter tutelar de las mismas...”. También el art. 257 de la Constitución declara: “El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia...”, y, en concordancia con esa norma constitucional, el Art. 165 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario establece: “El procedimiento agrario constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia...”. Eso significa, a mi juicio, que la “verdad” es para los jueces como la Estrella Polar para los navegantes, los guía, pero jamás desembarcan en ella. Y la “justicia” así como la “verdad” son nociones polisémicas y tópicas.

Pero, es necesario agregar que, además de las pruebas, hay una serie de factores que ni siquiera van a figurar en el expediente y que van a influir incluso en la determinación o representación conceptual de los hechos, necesaria para elaborar la o las proposiciones declarativas que constituye(n) la premisa menor del silogismo judicial, que dirá que los hechos sucedieron en una forma dada, pero que nunca sabremos si realmente ocurrieron así, dado que solamente nos basamos en lo que se deduce de las pruebas evaluadas por el juez, que al hacer esto, quiera o no, se va comprometiendo con el caso que debe resolver. Y así, van a entrar en juego su concepción del mundo y de la vida, y, por ende, sus creencias religiosas, su ideología, sus prejuicios (como la eventual simpatía que pueda sentir por una de las partes litigantes; por ejemplo, en un país donde existan prejuicios raciales, un juez blanco podría sentir más simpatía por el acusado y lo va a absolver o a sancionar menos severamente si la persona a la que “X” dio muerte, era negra, y el acusado es blanco), etc.

Hay que añadir igualmente, que los valores del juez tienen un rol preponderante en la selección de la(s) norma(s) jurídica(s) general(es) con fundamento en la(s) cual(es) va a redactar la proposición jurídica general que constituye la premisa mayor del silogismo judicial, puesto que, cuando el operador jurídico ha precisado los hechos y tiene una representación conceptual de estos, va a buscar una o varias norma(s) jurídica(s) general(es) que, a su juicio, le sirva(n) para solucionar satisfactoriamente ese caso de especie, es decir, que le permita(n) dar una respuesta jurídica a éste, dado que esa(s) norma(s) no se le impone(n) en forma evidente, sino que la(s) va a elegir, de acuerdo con sus valores e intereses, y, dependiendo de la naturaleza del caso y del ámbito de su competencia (penal, civil, mercantil, laboral, contencioso-administrativa, etc.), su discrecionalidad como juez será más o menos amplia en la selección de las mismas.

Luego, si la comprobación fáctica que tiene como resultado la premisa menor, es el producto de una serie de actos complementarios de razonamiento y de valoración, lo mismo puede afirmarse de la subsunción en su totalidad. A este respecto, hay que señalar que en la subsunción, previo al procedimiento de adecuación del caso de especie a la norma jurídica general, existe un proceso de asimilación que implica o tiene en muchos casos una naturaleza valorativa, ya que puede suceder que el operador jurídico tenga a mano una disposición legal que se refiere en su supuesto de hecho, *in abstracto*, a un determinado hecho, pero al cual el caso concreto que tiene que subsumir, no se adecua completamente, lo cual es factible que suceda dado que el derecho legislado lo más que puede hacer es regular el presente o el futuro razonablemente previsible, pero los avances científicos y tecnológicos y los cambios sociales contribuyen a que el mismo resulte atrasado o desfasado con respecto a las situaciones concretas que se derivan de esos avances y cambios. Entonces, si el caso de especie no corresponde exactamente a la descripción del supuesto de hecho previsto en la norma jurídica general, cuya consecuencia jurídica se le pretende imputar, el operador jurídico tendrá que

determinar en qué consisten las diferencias y las coincidencias entre ambos, y decidir si es semejante y procede, en consecuencia, la aplicación de esa norma, lo que demuestra hasta que punto en la subsunción jurídica hay un procedimiento esencialmente axiológico.

Por ello cabe preguntarse: ¿El juez, en los casos dudosos, estará realizando solamente una interpretación extensiva de la norma o estará recurriendo a la analogía, lo cual es contrario, en el ámbito penal, al principio de la legalidad de los delitos y de las penas? En este último caso, es posible que el juez diga que lo que ha hecho es una interpretación extensiva y no la integración de una laguna jurídica mediante la analogía, porque en el derecho penal se prohíbe ésta. En consecuencia, como se ve, la subsunción tiene una gran dimensión axiológica, además de la lógica. Por ello, en opinión de Engisch, la "interpretación de los conceptos jurídicos constituye en este sentido el presupuesto lógico de la subsunción, la que, a su vez, cuando está realizada, constituye un nuevo resultado de interpretación que puede servir de material de comparación... La interpretación no solo proporciona el material de comparación para la subsunción, sino también el punto de referencia para la comparación. Decide con esto simultáneamente acerca de aquellos momentos del material de comparación y de los supuestos de hecho subsumibles, entre los que es preciso establecer comparación" (*Ibidem*: 78-79.), pues, para emplear palabras de Beuchot, "cada acto hermenéutico conduce a un resultado distinto de lo que se tenía al iniciarlo" (2000: 57).

Y, por su parte, Perelman ha escrito: "La interpretación de la ley, para ser aplicada en un caso de especie, debe ser considerada como una hipótesis que no se adoptará, en definitiva, más que si la solución concreta a la cual ella conduce se revela como aceptable. Es únicamente teniendo en cuenta esta doble exigencia, que necesita de un vaivén del espíritu, de la situación vivida a la ley aplicable, que se comprenderá la especificidad del pensamiento jurídico" (1976: 83).

Así, pues, la subsunción de un caso concreto en el supuesto de hecho de una norma o proposición jurídica general dada, puede ser entendida como la inclusión de ese caso concreto en el grupo de casos (hechos) pensados o descritos *in abstracto* en el supuesto de hecho de la misma y, para ello, previamente, se requiere, tanto de la determinación y conceptualización de dicho caso como de la interpretación de esa norma o proposición jurídica general, debiendo el operador jurídico recurrir a diversas técnicas argumentativas para justificar, adecuadamente, la equiparación que ha realizado entre el nuevo caso de especie y los casos (hechos) descritos *in abstracto* en el referido supuesto de hecho. O como ha dicho Beuchot refiriéndose a la interpretación en general, pero que aquí es pertinente mencionar: "Tiene que ser posible dar argumentos a favor de lo que uno quiere introducir como innovación. Esto es algo que la hermenéutica posee en común con la retórica: se tiene que convencer al auditorio de la nueva interpretación... Hay que conservar y defender la posibilidad de que se ofrezcan argumentos para apoyar la interpretación nueva o la propuesta original que uno quiere añadir a una tradición o con la cual desea superar una tradición. Si se dice que ya no es commensurable con los argumentos tradicionales, se tiene que hacer un esfuerzo para que los argumentos, por novedosos que sean, puedan ser entendidos y evaluados por sus congéneres. Es por ello preciso no perder la capacidad de argumentación" (*Ibidem*: 74-75).

Precisamente, en este punto, vale pena citar *in extenso* la distinción que hace Engisch entre "los conceptos jurídicos de libre interpretación y las cláusulas generales" (*Ibidem*: 139), así este autor señala que "el concepto de libre apreciación se cuenta entre los más equívocos y difíciles de la teoría del derecho" (*Ibidem*, p. 144), y más adelante agrega que en este caso "es necesario interpretar la libre apreciación en el sentido de que la opinión personal de quien ha de formularla ha de tener validez incontestable... Referido al concepto de apreciación libre de los 'intereses públicos', esto significa: 'Aquello que las autoridades consideran que

es el interés público es realmente, desde el punto de vista jurídico, el interés público'... Según Jellinek, es característico del criterio libre el que 'la concepción personal del funcionario administrativo (o del juez, digo yo), sea la que decide'. Más aún, casos similares pueden en este sentido ser juzgados y decididos de diversa manera por diferentes funcionarios, sin que esto signifique una violación del derecho. 'Esta plurivocidad querida por el legislador' es immanente a la libre estimación" (*Ibidem*, pp. 146-147).

Y respecto del concepto de cláusula general, el antes citado autor dice que "será conveniente considerarlo como contraconcepto de una configuración 'casuística' del supuesto de hecho" (*Ibidem*, p. 152), y luego añade: "Por cláusula general tenemos que entender una redacción expresiva de los supuestos de hecho que abarca con gran generalidad un campo de casos y les señala su correspondiente tratamiento jurídico" (*Ibidem*, p. 153).

Por tanto, se puede afirmar que, independientemente de que cuál sea la naturaleza de los conceptos que aparecen en las normas jurídicas generales, los operadores jurídicos gozan siempre de libertad valorativa, la cual se acrecienta en la medida de que recurran a los tópicos jurídicos, pues, a mi juicio, muchos de ellos son conceptos de libre apreciación.

Ahora bien, cuando el juez, ha realizado la selección de las premisas del silogismo judicial, pues, por una parte, ya determinó o comprobó los hechos a subsumir, y, por ende tiene una representación conceptual de éstos, y, por la otra, eligió la(s) norma(s) jurídica(s) general(s), en la(s) que supuestamente se encuentra la solución al caso de especie, va a proceder a elaborar la sentencia, la cual, en los sistemas jurídicos de la familia de derechos romano-germánica, a la que pertenecen los ordenamientos jurídicos de los países de Europa continental y de América Latina (y varios de Asia y África), requiere ser motivada. (En la familia de derechos del *Common Law*, donde los jueces no están obligados a motivar el fallo, la motivación tiene una finalidad didáctica, pues, tradicionalmente, los abogados, en Inglaterra, no se han formado en las universidades, sino concurriendo a los tribunales y en la práctica en los bufetes, entonces, la única forma de enseñar a los estudiantes de derecho, a los futuros abogados, era y es a través de las motivaciones de los fallos, que tienen una finalidad didáctica, y no son la parte fundamental de la sentencia, que lo es la *ratio decidendi*, sino que a los jueces les gusta lucirse y explicar *obiter dictum*, las razones (*reasons*) de su decisión, pero sin estar obligados a motivar ésta, para instruir a los futuros abogados (Cf. David, R., 1966: 349-350 y 385-386)).

La motivación es parte esencial de todo fallo judicial<sup>3</sup>, y es aquí donde entra a jugar su papel fundamental la Teoría de la Argumentación, la cual funciona en aquellos campos donde no se manejan verdades racionales sino que se discuten puntos de vista, donde se enfrentan dos o más posiciones, y en donde cada uno de los que argumenta pretende convencer

---

<sup>3</sup> El Art. 243 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela dice: "Toda sentencia debe contener:" (...).

"4º Los motivos de hecho y de derecho de la decisión".

Y en el mismo sentido, el Art. 365 del Código Orgánico Procesal Penal venezolano ordena: "Requisitos de la sentencia. La sentencia contendrá:

"(...).

"La exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de derecho".

También el Art. 158 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela dispone que la sentencia debe comprender "una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho", y el Art. 159 *eiusdem* establece que: "El fallo... contendrá...los motivos de hecho y de derecho de la decisión".

a un determinado auditorio de que su posición es la más *razonable, justa* o *conveniente*; es decir, expone los argumentos que, en su opinión, le servirán para hacer prevalecer sus puntos de vista sobre los eventuales puntos de vista concurrentes. Y esto es lo que ocurre cada vez que un juez zanja una controversia. El juez, cuando motiva su sentencia, lo que persigue, en primer lugar, es convencer a las partes que litigaron en el proceso, y, en segundo término, si es un juez de instancia, va a tratar también de convencer al tribunal superior o de casación que, eventualmente, tendrá que revisar su decisión, y, en última instancia, buscará convencer a la opinión pública especializada, es decir, a los abogados que actúan en el foro, o sea, a la barra de abogados que trabajan en una sociedad dada. ¿De qué va a querer convencerlos? Los va a querer convencer de que su sentencia no solo es conforme al derecho positivo, que está obligado a aplicar, sino también de que esa sentencia es razonable, es conveniente, que es adecuada al caso concreto, y, en especial, que es justa, o sea, que está de acuerdo con lo que en esa sociedad se considera justo, es decir, que su decisión no choca con las valoraciones colectivas y contribuye a realizar el ideal de justicia socialmente vigente. El juez debe (o debería) convencer a las partes litigantes, de tal forma, que éstas tengan la vivencia de que, como declaraba Aristóteles, “el juez es, por así decirlo, la justicia encarnada” (*Ética Nicomaquea*, lib. V, cap.4, 1132a/1132b, en Aristóteles, 1973:1229). Y, por supuesto, como ya se dijo, también tiene que convencer a los tribunales superiores que, eventualmente, tengan que revisar su sentencia para que ésta no sea revocada y sea aceptada como una decisión conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Empero, es indispensable precisar que si bien, en el proceso hermenéutico, se puede llegar a determinar varias posibles interpretaciones de una norma jurídica (general o individualizada)<sup>4</sup> de las cuales un juez, por ejemplo, de primera instancia, puede elegir una y, posteriormente, un tribunal superior, al revisar su sentencia, estime que esa no es la interpretación más razonable, y elija otra de las posibilidades hermenéuticas ofrecidas por la norma jurídica interpretada, siempre debe tenerse en cuenta que, a pesar de que existe esa multiplicidad de posibilidades interpretativas de cada norma jurídica, hay límites (ontológicos y axiológicos) que deberían impedir que al interpretarla se desnaturalice totalmente su sentido y alcance, y la interpretación judicial deje de ser razonable, pues, como certeramente ha expresado el anteriormente citado Heck: “El límite de las hipótesis de interpretación es el *texto posible*” (*cit. por Engisch, 1967:185*).

Siguiendo a Larenz (1966: 254-255), voy a poner, como ejemplo, el caso de una norma jurídica en la cual se emplee el término “hijos”. Así, cabe preguntar: ¿A cuáles hijos se refiere dicha norma? ¿Cuál será el núcleo de esa norma? Posiblemente, nadie va a discutir que se refiere a los hijos legítimos, incluso a los naturales o ilegítimos o extramatrimoniales; o sea, que el “sector nuclear” son los hijos carnales, en general. Pero si se amplía más su alcance, llegaremos a los hijos adoptivos, e incluso podremos llegar a los llamados “hijos políticos”, es decir, al “sector marginal”.

Pero, habrá un límite en que el intérprete deberá decir “no”, ya que, de acuerdo con la *mens legis* de la norma, ésta no puede llegar jamás a comprender a los sobrinos, ni a los primos, y, probablemente, tampoco comprender a los “hijos políticos”.

<sup>4</sup> Ahora bien, como en su oportunidad se explicó ampliamente, ello se debe a que la polisemia generalmente caracteriza a los términos, palabras o expresiones empleados en las normas jurídicas, en tal grado, que se puede sostener que es inherente a la esencia misma del derecho positivo.



Se trata, entonces, de precisar el núcleo de la norma y la posibilidad de comprender bajo ese término conceptual determinados seres y/o sus actos, sin que se desnaturalice totalmente el sentido de la norma y la interpretación deje de ser razonable.

Es evidente, que en el ejemplo antes mencionado, sería extender demasiado el sentido y alcance de la norma, si se pretende afirmar que la palabra “hijos” comprende a los sobrinos o a los primos y quizás a los denominados “hijos políticos”.

Ahora bien, ¿cómo se determina, si se está recurriendo a una interpretación extensiva o al razonamiento por analogía? Puede que parezca muy forzado llegar, mediante un razonamiento analógico, a comprender a los sobrinos, ¿pero lo sería comprender a los nietos? ¿Por analogía, se podría comprender a los nietos? Y, con la interpretación extensiva, ¿hasta dónde se puede llegar? ¿Hasta a los hijos naturales? ¿O a los hijos adoptivos? ¿O a los hijos políticos? Evidentemente, este no es un problema lógico sino axiológico, donde hay que tener en cuenta la naturaleza de la norma: ¿Es una norma penal? ¿O una norma de derecho privado (civil, mercantil) o de derecho público? En síntesis, el contexto normativo y el *télos*, la finalidad, de la norma.

En consecuencia, aunque la interpretación puede explicitar todas las posibilidades insistas en un determinado texto jurídico-positivo y permite descubrir eventuales interpretaciones ni siquiera vislumbradas por su autor, dicho(s) límite(s) no debe(n) ser transgredido(s), so pena que el resultado o producto del proceso de subsunción -el fallo judicial- sea vivido por los súbditos jurídicos como irrazonable, injusto, inconveniente, inadecuado, etc. y, por tanto, contrario al sentimiento colectivo de justicia vigente.

Pienso, pues, que en general, no se puede hablar de que el resultado o producto del proceso hermenéutico es verdadero o falso, sino de que es razonable, justo, conveniente, adecuado, etc., o por el contrario, irrazonable, injusto, inconveniente, inadecuado, etc.

En el pasado, el máximo tribunal venezolano ha hablado de “interpretación racional”, pero yo estimo que más bien debe hablarse de una interpretación experimentada o vivida como “razonable”, por aquellos a los cuales la norma interpretada concierne, es decir, al auditorio, que abarca a las partes litigantes, a los jueces, que eventualmente revisan los fallos y a la opinión pública especializada.

En conclusión, hay que rechazar la concepción que generalmente los jueces y la mayoría de los abogados tienen, cuando expresan que el proceso judicial culmina en un simple silogismo, en el cual, por ejemplo, la norma legal (pero podría ser otro tipo de norma jurídica general), sería la premisa mayor; los hechos constituirían la premisa menor, y, por último, la decisión judicial sería la conclusión, pues, aunque, a mi juicio, se puede aceptar que la sentencia tiene una estructura silogística, la tiene en la forma que he expuesto anteriormente. Además, todo fallo debe tener, de conformidad con el Art. 243 del Código de Procedimiento Civil, tres partes: Narrativa (Ords. 1º, 2º y 3º), motivación (Ord. 4º) y decisión (Ords. 5º y 6º). En un sentido parecido lo establece también el Art. 365 del Código Orgánico Procesal Penal. Aunque debe señalarse que, excepcionalmente, el Art. 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo ordena que: “El fallo será redactado en términos claros, precisos y lacónicos, **sin narrativa...**” (negritas mías)

#### RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES; *Tópicos*, lib. I, cap.1, 100 a; *Análitica Primera*, lib. I, caps. 1-4; *Análitica Posterior*, lib. I, cap. 2, 71b, y *Retórica*, lib. I, cap. 15, 1375a/1376a, “Ética Nicomaquea”, lib. V, cap. 4, 1132a/1132b, en *Obras*. Trad. del griego por Francisco de P. Samarach, 2ª ed., Madrid, Aguilar, 1973.



BEUCHOT, Mauricio; *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*. 2ª ed. México, UNAM-Ed. Itaca, 2000.

DAVID, René; *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains (Droit Comparé)*. 2ième éd. Paris, Dalloz, 1966. O *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos (Derecho Comparado)*. Trad. del francés por Pedro Bravo Gala. Madrid, Aguilar, 1973.

ENGISCH, Karl; *Introducción al Pensamiento Jurídico*. Trad. del alemán por Ernesto Garzón Valdes. Madrid, Guadarrama, 1967.

GIULIANI, Alessandro; “*La logique juridique comme théorie de la controverse*” en *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, Sirey, 1966; N°11 (La logique du droit).

KELSEN, Hans; *Théorie Pure du Droit*. Trad. del alemán por Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

LARENZ, Karl; *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Trad. del alemán por Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona, Ariel, 1966.

LEVI, Edward H.; *Introducción al Razonamiento Jurídico*. Trad. del inglés por Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1964.

MORRIS, Clarence; *Como razonan los abogados*. Trad. del inglés por María Antonia Baralt, 1ª. ed., México, Limusa-Willey, 1966.

PERELMAN, Chaïm; “*La spécificité de la preuve juridique*” en *Justice et Raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963.

\_\_\_\_\_ “*Préface*” de KALINOWSKI, Georges; *Introduction à la Logique Juridique*, Paris, L.G.D.J., 1965.

\_\_\_\_\_ *Logique et Argumentation*. Bruxelles, P.U.B., 1968.

\_\_\_\_\_ “*Le raisonnement juridique*” en *Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie, ARSP-Die Juristische Argumentation-,Vorträge des Weltkongresses für Rechts- und Sozialphilosophie (Brüssel, 29.VIII.-3.IX,1971)*, Wiesbaden, F. Steiner, Beiheft Neue Folge Nr.7 (1972). Hay traducción castellana: *El razonamiento jurídico*. Trad. del francés por H.Petzold-Pernía, Cuaderno de trabajo No. 5, Maracaibo, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho-LUZ-Facultad de Derecho, 1973.

\_\_\_\_\_ “*La réforme de l’enseignement du droit et ‘la nouvelle rhétorique’*”, en *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, Sirey, 1975; t. 20 (Réformes du Droit de la famille).

\_\_\_\_\_ *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique*. Paris, Dalloz, 1976.

\_\_\_\_\_ “*Le raisonnable et le déraisonnable en droit*”, en *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, Sirey, 1978; t. 23 (Formes de rationalité en Droit).

\_\_\_\_\_ “*Ontologie juridique et sources du droit*”, en *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, Sirey, 1982; t. 27 (“Sources” du Droit).

PETZOLD PERNIA, Hermann; *Interpretación e Integración en el Código Civil Venezolano -Hermenéutica Jurídica y Argumentación-*. Maracaibo, Universidad del Zulia-Facultad de Derecho-Instituto de Filosofía del Derecho, 1984.

RECASENS SICHES, Luis; *Tratado General de Filosofía de Derecho*. 1ª ed. México, Porrúa, 1959.

\_\_\_\_\_ “*La logique matérielle du raisonnement juridique*” en “*Le Raisonnement juridique*, Actes du Congrès Mondial de Philosophie du Droit et Philosophie Sociale (Bruxelles, 20 août-3 septembre 1971), publiés par Hubert Hubien, Bruxelles, E. Bruylant, 1971.

SANTO TOMAS DE AQUINO; Q.90, arts. 1, 2 y 4, q.92, art.1, q.93, art.3, q.95, art. 2, y q. 96, art. 6, en *Tratado de la ley en general* (trad. del latín por Fr. Carlos Soria, O. P.), en *Suma Teológica*. Trad. por una comisión de PP. Dominicos presidida por el Dr. Fr. Francisco Barbado Viejo, O.P. 2a. ed. Madrid, B.A.C., 1956; t. VI.

SOLER, Sebastián; *Las palabras de la ley*, 1ª ed., México, F.C.E., 1969.

VIEHWEG, Theodor: *Tópica y Jurisprudencia*, trad. del alemán por Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Taurus, 1964.

VILLEY, Michel; “*Liminaire: Données historiques*” en *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, Sirey, 1966; t. 11 (La logique du Droit).

\_\_\_\_\_ “*De l’indicatif dans le droit*” en *Archives de Philosophie du Droit*. Paris, Sirey, 1974; t. 19 (Le langage du Droit).

## *Tocqueville entre Madison y Cervantes: El arte francés de salir del nuevo mundo*

Eric Clifford Graf

“Aunque cada ciudadano ateniense hubiera sido un Sócrates,  
sus asambleas habrían seguido siendo turbamultas”.  
—James Madison  
*El federalista 55*

“En los Estados Unidos, la sociedad no tiene, pues, infancia;  
nace en la edad viril”.  
—Alexis de Tocqueville  
*La democracia en América 1.2.9*

**Resumen:** *La democracia en América (1835/40) de Alexis de Tocqueville es una epopeya en sí misma y en casi todos los sentidos. Hay héroes, tribus enemigas y uniones sociales que se pactan a través de sacrificios nacionales. Incluso es una epopeya en el sentido místico de un manual o guía para las venideras generaciones de América. Nos ha legado Tocqueville dos tomos de tal modo que, para entender realmente la totalidad de la obra, el lector debería estudiar El federalista (1787-88) mientras lee el primer volumen y luego debería estudiar Don Quijote de la Mancha (1605/15) mientras lee el segundo.*

**Palabras Clave:** *Tocqueville, La democracia en América, Cervantes, Don Quijote de la Mancha, El federalista, Madison, Hamilton, Jay, teoría constitucional, ciencias políticas, sacrificio, nacionalismo, honor.*

**Abstract:** *Alexis de Tocqueville's Democracy in America (1835/40) is an epic in its own right and in almost every way we might imagine. There are heroes, enemy tribes, and in the end social unions are agreed to by way of national sacrifices. It's even an epic in the more mystical sense of a manual or guide for coming generations of Americans. Tocqueville has bequeathed to us two volumes such that in order to understand the totality of his work the reader has been quietly coaxed into studying The Federalist (1787-88) while reading the first volume and studying Don Quijote de la Mancha (1605/15) while reading the second.*

**Key words:** *Tocqueville, Democracy in America, Cervantes, Don Quijote de la Mancha, The Federalist Papers, Madison, Hamilton, Jay, political science, constitutional theory, sacrifice, nationalism, honor.*

Más allá de los liberales doctrinarios de su época (Guizot, Constant, Royer-Collard), dos grandes corrientes de filosofía política predominan en *La democracia en América* (1835/40) de Alexis de Tocqueville, posiblemente el *sine qua non* de la teoría política clásica liberal y romántica. Una de estas es obvia; la otra, aún no ha salido a la luz del todo. En este ensayo defenderé la tesis de que *El federalista* (1787-88) es para el primer tomo de *La democracia en América* lo que *Don Quijote de la Mancha* (1605/15) es para el segundo. Antes de considerar la utilidad de esta analogía, comparemos los dos tomos según sus respectivos patrones filosóficos.

La primera gran influencia teórica en DA es la natural y obvia. Tocqueville estudió las teorías, las instituciones y los mecanismos políticos legados por los fundadores estadounidenses. Hay excepciones, en particular en su interés por los puritanos, las mujeres, los indios, los negros y los latinoamericanos, pero la esencia de DA1 consiste en una meditación sobre la Constitución de 1787 y su presentación en *El federalista*. En este sentido, la primera cita importante en DA es de *El federalista* 45 de Madison, donde el virginiano enfatiza el poder limitado del gobierno central en oposición a la soberanía ilimitada de los estados (DA 1.1.8n8). Unas páginas más adelante, la cita más larga de los fundadores proviene de *El federalista* 71 de Hamilton, donde el neoyorquino aboga por un ejecutivo decisivo (DA 1.1.8n35). Debemos enfatizar que la posición de Hamilton aquí es potencialmente contraria a la de Madison porque implica una mayor centralización de poder político. Sin embargo, al final de DA 1.2.7, Tocqueville vuelve a la defensa de Madison, blandiendo una larga cita de *El federalista* 51, el famoso pasaje en el que el virginiano hace la afirmación triangular de que incluso dos grandes facciones deberían querer protegerle los derechos a una tercera super minoría. Esta vez nada de notas, Tocqueville cita directamente a Madison en la parte principal de su texto; e inmediatamente después rinde homenaje a otro virginiano más, refiriéndose a Jefferson, el mayor amigo y mentor de Madison, como “el más grande apóstol que haya tenido nunca la democracia” (DA 1.2.7; cf. Kelsen 67-78).



Salvador Dalí, Niño “geopolítico” contemplando el nacimiento del nuevo hombre (1943)

Tocqueville deja así en claro que ha entendido tanto las tácticas relativamente nacionalistas de Hamilton, que insiste en el máximo poder para la presidencia, como las federalistas de Madison, que insiste en la asimetría electoral minoritaria para preservar el poder de los estados. Mediante esa formulación de la dialéctica política de la temprana república estadounidense, Tocqueville subraya el contraste entre el Norte libre e industrial y el Sur esclavista y agrícola (ver Hamilton F12, F35, F36), un contraste que los fundadores intentaban suturar a lo largo de *El federalista* y que motivó la lógica del gobierno mixto, dividido, aventurero, inédito y monstruosamente innovador de la Constitución de 1787.

Esta metáfora del monstruo, que señala la ambivalencia y la imperfección, juega un papel fundamental en el discurso constitucional de los fundadores de EE.UU. (ver Graf “*El federalista*”). En muchos aspectos, la Constitución de 1787 es en sí misma una monstruosidad antidemocrática, como puede verse en conceptos como el nombramiento vitalicio de los jueces, el peso político de las tres cuartas partes de los esclavos, la división y separación de los poderes entre las tres ramas del gobierno y entre la nación y los estatales, y sobre todo el

Senado. Para los fundadores, la cuestión más importante era la relativa, es decir, si la Constitución contenía menos de lo monstruoso que de lo reconociblemente natural y humano.

Hamilton, por ejemplo, asevera que los enemigos de la Constitución alucinan y ven monstruos por todas partes: “El hombre que lea muchas de las publicaciones contra la Constitución está expuesto a imaginarse que está recorriendo alguna novela o un cuento mal escrito, que en vez de imágenes naturales y agradables ofrece a su imaginación horribles y deformes figuras. ‘Gorgonas, hidras y quimeras horribles’ que desnaturalizan y deforman lo que quieren representar y convierten a todo lo que tocan en un monstruo” (F29). La cita es de la caída de Satanás según Milton, el gran poeta reformado del siglo XVII; pero Hamilton le da un giro cervantino, porque ahora el rival político no es solo el mal, es el autor de mala literatura en la que se refiere a monstruos inexistentes.

Por el contrario, Madison, el más filosófico de los tres autores de *El federalista*, admite que el nuevo gobierno mixto y dividido parece surreal. Algunos rasgos monstruosos no podían evitarse en la constitución de la nueva república: “En este aspecto, el gobierno aparece como de carácter mixto, por lo menos con tantas características *federales* como *nacionales*. La diferencia entre un gobierno federal y otro nacional, en lo que se refiere a la *actuación del gobierno*, se considera que estriba en que en el primero los poderes actúan sobre los cuerpos políticos que integran la Confederación, en su calidad política; y en el segundo, sobre los ciudadanos individuales que componen la nación, considerados como tales individuos.

Al probar la Constitución con este criterio, adquiere el carácter de *nacional* y no de *federal*, aunque quizás no a un grado tan completo como se ha creído. En varios casos, y particularmente al juzgar sobre las controversias en que sean partes los Estados, debe considerárseles y procederse contra ellos solamente en su calidad política y colectiva. Hasta aquí el aspecto nacional del gobierno, visto de este lado, parece desfigurado por unas cuantas características federales. Pero esta imperfección es posiblemente inevitable en cualquier plan” (F39).

Ahora bien, ya entre los temas políticos más polémicos a finales del siglo XVIII estaba la abolición de la esclavitud, que avanzaba por los estados del norte de manera parcial y desordenada [PA en 1780, MA y el resto de Nueva Inglaterra a partir de 1783, luego todos los nuevos estados al norte del río Ohio en 1787, NJ en 1804, NY en 1828, etc.]. Como muchos de los fundadores, Hamilton tiene razones para esperar que, a través de una combinación de fuerzas sociopolíticas y económicas, la abolición finalmente prevalecerá a nivel nacional debido al eclipse del poder del Sur por parte del Norte demográfica, comercial e industrialmente expansionista. Así, al final de *El federalista*, en la sección dedicada al poder judicial, Hamilton argumenta que el gobierno central debe mantener la autoridad absoluta en todos los conflictos que afectan a todos los ciudadanos: “¿De qué servirán, por ejemplo, las restricciones a las facultades de las legislaturas locales, si no existe algún procedimiento constitucional para exigir su observancia? En el plan de la convención hay una porción de cosas que se prohíben a los Estados, algunas de ellas por ser incompatibles con los intereses de la Unión y otras con los principios de un buen gobierno” (F80).

Según Hamilton, entonces, quienes defienden la soberanía de los estados y por lo tanto ven hidras por todas partes en la nueva Constitución de 1787 son ellos mismos la verdadera hidra, es decir, la hidra que amenaza a la Unión con el pretexto de la independencia de las legislaturas locales. En momentos decisivos y tratándose de temas serios, entonces, la idea sería que el poder nacional le degollase a esa hidra. *El Federalista* mismo asegura que los aranceles (F30-36), el ejecutivo (F67-77) y el poder judicial (F78-85) contribuirán a la causa con dinero, fuerza y autoridad constitucional. En la sección final, Hamilton simplemente resume la lógica del proceso venidero: “Si se admite la existencia de axiomas políticos, habrá

que clasificar entre ellos a la conveniencia de que el poder judicial de un gobierno tenga la misma extensión que el poder legislativo. La necesidad, simplemente, de que la interpretación de las leyes nacionales sea uniforme, resuelve la cuestión. Trece tribunales independientes de última instancia, para juzgar los mismos asuntos, suscitados por las mismas leyes, serían una hidra gubernamental de la que sólo pueden resultar confusiones y contradicciones” (F80).

La metáfora de la hidra nos permite ver de una manera casi novelesca que la lucha dramática y legalista por el futuro de los EE.UU. giraba en torno a la abolición de la esclavitud contra la voluntad de ciertas legislaturas estatales; también nos revela las partes rivales involucradas y sus respectivos roles. Lógicamente, como sureño, Madison es más ambivalente y melancólico que cualquiera de sus camaradas abolicionistas del norte. Al igual que Hamilton, el virginiano señala el conflicto épico entre el gobierno nacional y los estados: “En relación con este punto, por tanto, el gobierno propuesto no puede calificarse de *nacional*, ya que su jurisdicción se extiende únicamente a ciertos objetos enumerados y deja a los Estados una soberanía residual e inviolable sobre todos los demás” (F39). Además, Madison reconoce que las legislaturas estatales han sido sacrificadas en el altar del poder nacional: “Es cierto que, en las controversias relativas a la línea de demarcación entre ambas jurisdicciones, el tribunal que ha de decidir en última instancia se establecerá dentro del gobierno general. Pero esto no varía la esencia de la cuestión. La decisión ha de pronunciarse imparcialmente, conforme a las reglas de la Constitución, y todas las precauciones habituales y que son más eficaces, se toman para asegurar esta imparcialidad. Un tribunal de esa índole es claramente esencial para impedir que se recurra a la espada y se disuelva el pacto” (F39).

Seis ensayos después, Madison se rinde una vez más, señalando que sólo queda por ver qué se habrá ganado a cambio del sacrificio de la libertad de las trece repúblicas independientes: “Si el plan de la convención fuese opuesto a la dicha del pueblo, yo os diría: rechazad el plan. Si la Unión misma fuera incompatible con la felicidad pública, yo os diría: abolid la Unión. De la misma manera, en cuanto la soberanía de los Estados no pueda conciliarse con la ventaja de todo el pueblo, todo el buen ciudadano debe decir: dejemos que la primera se sacrifique en favor de la última. Ya se ha mostrado cuántos sacrificios son necesarios. Hasta dónde se halla en peligro la parte no sacrificada es la cuestión que se nos presenta” (F45). La recompensa institucional del sacrificio de los estados consistirá en todos los demás frenos constitucionales a la democracia pura, muy especialmente el Senado, esa arcaica reliquia de los patricios de Roma.

Por su parte, Hamilton acepta el sacrificio de Madison y pone jaque mate a la idea de que a las legislaturas estatales se les permitirá resistir al poder judicial nacional por mucho más tiempo (F78-85). La concesión de Hamilton, admitiendo que la Constitución es una “cosa imperfecta” (F85), es importante, pero también provisional, porque el nuevo documento admite enmiendas y porque la mayoría nortea ahora crecerá e impondrá su voluntad. Es decir, al menos en lo que respecta a la abolición de la esclavitud, la hidra de los estados morirá en unas pocas décadas (ver Hamilton F6; Madison F38, F42).

Pero, ¿y si hay otras hidras aún no imaginadas? La verdad es que, hablando sociopolíticamente, Hamilton y Madison, al igual que sus respectivos bases electorales, ya están cambiando de lugar en *El federalista*. Virginia está en declive y Nueva York está en alza. En una democracia, siempre habrá trucos a corto plazo, pero al final el cambio demográfico será el factor decisivo. Parafraseando a Tocqueville: en la democracia la demografía es el destino. El eclipse de la aristocracia del Sur por la burguesía del Norte ya era una realidad que se avecinaba. El poder político del Norte ya estaba entrando en su edad dorada cuando el sol comenzó a ponerse sobre la nobleza del Sur. Todo el mundo sabe esto, Hamilton quizás más que nadie, ya que habla con franqueza al respecto en varias de sus contribuciones a *El federalista*.

No es un secreto que el Norte tendrá los votos, los aranceles, la presidencia, el ejército, el poder judicial, y que al final incluso obtendrá el control de las dos cámaras del legislativo nacional. Está creciendo una nueva hidra en el Norte (cf. Hunahpú e Xbalanqué en el *Popol Vuh*).

Pero sí ha habido un intercambio; Madison de hecho ganó algo por su sacrificio. Como todo gran fundador (ver Ceaser, “The First”), Madison ha contemplado tanto el alma humana como el futuro lejano, y ha percibido que siempre será necesario resucitar el concepto de la libertad para resistir la tiranía de la mayoría. A corto plazo, los estadounidenses deben abolir la barbarie de la esclavitud basada en la raza de una forma u otra. En teoría, la Constitución de 1787 había establecido un conjunto de mecanismos para asegurarse de que eso sucediera. Sin embargo, desde una perspectiva a más largo plazo, la tiranía adopta muchas formas. Como dijo Ayn Rand: “El racismo es la forma más baja, más burda y más primitiva del colectivismo” (126). Las nuevas formas de tiranía serán más sofisticadas que el racismo y la esclavitud; y serán tanto más siniestras precisamente porque llegarán bajo los buenos auspicios de la democracia. Este fenómeno impulsó la pesadilla de la democracia imperial moderna vivida de primera mano por los compatriotas de Tocqueville. Alrededor de 1787, se puede y se debe confiar en que la legislatura de los Estados Unidos siga su curso natural; pero en el futuro, se necesitarán herramientas para protegerse incluso contra esas turbamultas de genios atenienses a las que alude Madison con combinación curiosa de sarcasmo y gravedad: “Aunque cada ciudadano ateniense hubiera sido un Sócrates, sus asambleas habrían seguido siendo turbamultas” (F55). Habrá turbas que estarán motivadas por causas que aún nos quedan por imaginar y que nunca vamos a poder entender.

Anticipándose a este inevitable problema, lo que gana Madison y lo que otorga Hamilton en forma del Senado es la representación del poder geográfico, moderador y elitista a costa de la representación del poder demográfico, emocional y burgués; es decir, un mecanismo rural para defender la libertad frente a los excesos urbanos de la igualdad. Hamilton vio perfectamente que sus enemigos en ese momento estaban a cargo del Senado: “En un país constituido en su mayor parte por agricultores y donde está en vigor la igualdad representativa, los intereses agrarios deben preponderar, en términos generales, en el gobierno. Mientras este interés predomine en la mayoría de las legislaturas de los Estados, también mantendrá la misma superioridad en el Senado nacional, el que generalmente ha de ser una copia fiel de las mayorías de esas asambleas. No puede suponerse, por lo tanto, que esta rama de la legislatura federal se dedique de preferencia a sacrificar la clase agraria a la clase mercantil” (F60). Sin embargo, el neoyorquino también entendió que el mismo principio político que le impedía tenía beneficios a largo plazo. Apreció ese riesgo de brotes repentinos e imprevistos de fanatismo al que aludió Jay cuando defendió el Senado: “Aquellos que han dirigido su atención a los asuntos de los hombres, deben haber percibido que hay mareas en ellos; mareas muy irregulares en su duración, fuerza y dirección, y rara vez se encuentran corriendo dos veces exactamente de la misma manera o medida” (F64; ver Ortega; Hoffer; cf. DQ 2.25–27). Irónicamente, hoy en día los autodenominados antirracistas estadounidenses cometen la “falacia genética” cuando descartan instituciones o ideas porque se originaron en defensa de los rebeldes estados esclavistas del Sur. Si algo es útil contra las presentes manifestaciones de tiranía, no debe importar su origen.

Tocqueville comprende las monstruosas imperfecciones y ambivalencias incrustadas en el experimento político estadounidense; a este sano escepticismo se deben tanto su honestidad sobre las fallas de la democracia como sus constantes, aunque no insuperables, advertencias sobre los peligros de su futuro. Entiende que el Norte es una fuerza igualitaria irresistible y que el Sur es la paradoja de la libertad de un grupo que mantiene esclavizado a otro. Parece



confiar en que los intelectuales, en su mayoría abogados liberales clásicos, han construido un camino constitucional natural hacia la manumisión.

Sin embargo, Tocqueville también ve con Hamilton la inevitabilidad de una revolución social porque la igualdad vencerá a esa monstruosa libertad parcial tan apreciada por las legislaturas estatales (ver F35, F80). La mejor indicación de su sesgo es su representación de las dos orillas del río Ohio al final de DA1. El bullicio en la orilla norteaña refleja la lógica utilitaria de la abolición (DA 1.2.10). Entre sus elementos centrales, el capítulo más largo de DA es básicamente una interpretación costumbrista de la tesis de Adam Smith de 1776 de que la esclavitud quedaría obsoleta debido al mercado laboral: “Y así ocurre a mi juicio a partir de la experiencia de todos los tiempos y naciones que el trabajo de las personas libres llega al final a ser más barato que el realizado por esclavos” (*La riqueza de las naciones* 1.8). Pero el ensayo de Tocqueville también se hace eco de ese género moral de Montaigne. Por eso, en el capítulo más importante del segundo volumen, afirma que, para su gran vergüenza, y sin un libre mercado laboral, el Sur no puede considerarse ni democrático ni honorable: “Hablo aquí de los norteamericanos que habitan en lugares donde no existe la esclavitud; pues éstos son los únicos que pueden presentar la imagen completa de una sociedad democrática” (DA 2.3.18n3).

Asimismo, el capítulo culminante de DA1 obliga al lector a reflexionar sobre las reformas políticas que quedan por realizar en el futuro. Dado que el experimento democrático implica una expansión continua del sufragio; este impulso irresistible eventualmente incorporará a mujeres, indígenas, negros e hispanos. El proceso también implica la continua transferencia del poder hacia abajo y hacia afuera, es decir, el eventual sacrificio de la autoridad sociopolítica de la aristocracia medieval en beneficio de las masas. De ahí la importancia a lo largo de DA de la pedagogía para preservar y promover el nuevo arte del gobierno democrático. Para que la democracia funcione, es decir, para que el sufragio se extienda sin que la sociedad sea víctima de una de las pesadillas distópicas al final de DA2, los lectores deben aprender a reconocer y aplicar los principios políticos de la democracia republicana.

Ergo, Tocqueville señala la internalización de los hábitos y responsabilidades que se aprenden según una gama de principios, instituciones y actividades de autogobierno y cooperación; por ejemplo, el municipio, el juicio por pares, el libre mercado, las corporaciones, la libertad de asociación, la propiedad, las iglesias, la migración, etc.

Sin embargo, Tocqueville también capta la lógica de Madison en el corazón de *El federalista* 51 donde el virginiano defiende el espíritu y la autoestima de la libertad aristocrática heredada de la Edad Media (ver Liggio). En el futuro, cuando triunfe el principio de la igualdad y se convierta en el modo dominante de sociedad, habrá aún mayor necesidad de poder resistir la tendencia igualitaria a devastar la libertad individual. EE.UU. deberá cultivar una nueva aristocracia de comerciantes, industriales, inversionistas, artistas, aventureros, etc. La tesis en DA más optimista de Tocqueville es que la experiencia del autogobierno promueve el aprecio por la libertad entre una población democrática, haciendo que las personas desarrollen sus propias responsabilidades, habilidades, planes e incluso sus propias locuras, con el resultado de debilitar la tiranía populista.

En una carta a su amigo Gustave de Beaumont del 21 de marzo de 1838, es decir, cuando estaba dando los últimos toques a DA2, Tocqueville se describe a sí mismo como un aristócrata a la deriva en un mundo vulgar ya dominado por las masas burguesas. Utiliza una analogía literaria bastante precisa para comunicar cómo le ha afectado un reciente roce con Plutarco: “Esta lectura me ha cautivado tanto la imaginación, que a veces temo enloquecer, como un segundo don Quijote. Mi cabeza está repleta de hazañas que de ninguna manera son adecuadas para el día de hoy; y la vida parece muy plana cuando me despierto de mis sue-

ños”. Un mes después, el 22 de abril, mientras seguía trabajando frenéticamente en DA2, Tocqueville escribió otra carta a su amigo en la que le indicaba siete libros sobre su escritorio: “Te reirías al ver alguna que otra pila heterogénea de libros sobre mi mesa, casi todos los cuales he devorado en los últimos cuatro meses: Rabelais, Plutarco, el Corán, Cervantes, Maquiavelo, Fontenelle, St. Evremont, etc. etc. Me he metido en mi cabeza todo este tumulto, y sin arreglo alguno”.

Además de sus dos cartas a Beaumont, Tocqueville alude a DQ en tres pasajes principales de DA: (1) se refiere a la Inquisición como ejemplo de represión de la libertad de pensamiento (DA 1.2.7); (2) señala *qua* Hegel la transformación moderna de la relación entre sirviente y amo como otra manifestación del nuevo espíritu democrático (DA 2.3.5); y (3) articula su teoría de lo que hoy llamaríamos “formación cultural como índice de disonancia cognitiva” a través del ejemplo del cambio del honor aristocrático en el patriotismo democrático (DA 2.3.18). No es que Francia no tuviera fuentes literarias, filosóficas e históricas para meditar el declive de la aristocracia: Rabelais está en su lista de lectura, y Tocqueville también era un estudioso de Montaigne, Corneille, Pascal y la historia del reino de Luis XIV. Incluso indica que el término *patrie* ‘patria’ data del siglo XVI. Sin embargo, la mayoría de la evidencia apunta a Cervantes como la principal fuente de la visión sociopolítica de Tocqueville en DA2. Aparte del atractivo personal de la novela para Tocqueville, el éxito internacional de DQ la hizo en un punto de referencia obvio para las páginas más universales, tragicómicas y distópicas de DA2. Más específicamente, Tocqueville nos ha legado en DA 2.3.18 uno de los mejores ensayos jamás escritos sobre DQ, interpretando la primera novela moderna como nada menos que la perspectiva liberal clásica.

Hace dos décadas, Aureliano Craiutu describió al teórico de la democracia más importante de la historia como un “don Quijote moderno” (609). Craiutu indicó que Tocqueville se proyectaba en don Quijote de manera sentimental, debido a su exagerada nostalgia por la aristocracia cuyo desvanecimiento lamentaba. Nos queda precisar cómo la novela de Cervantes estructura la teoría política de DA. El enfoque liberal y romántico de DQ no ha sido popular en las últimas décadas. Uno de los pocos pensadores dispuestos a reconsiderar esa perspectiva ha sido Mario Vargas Llosa. El último novelista del boom latinoamericano intuye en DQ una crítica liberal al incipiente autoritarismo del estado moderno. Podemos ser más precisos gracias a la interpretación de Tocqueville. El icono francés del liberalismo clásico leyó la novela de Cervantes como una alegoría social acerca de los principios políticos de la triangulación y la oposición según teóricos como Polibio y Montesquieu. Para Tocqueville, DQ representa un mecanismo agónico, pero también pedagógico, capaz de resistir la peligrosa alianza entre un tirano y las masas.

El abuelo del boom latinoamericano también era de tendencia liberal. A Jorge Luis Borges le preguntaron en una entrevista en el verano de 1945 qué estaba preparando. Su respuesta: “Para el remoto y problemático porvenir, una larga narración o novela breve, que se titulará *El Congreso* y que conciliará (hoy no puedo ser más explícito) los hábitos de Whitman y los de Kafka” (TR 2.353). Borges era el escándalo liberal del mundo hispano de las letras de su época. Conciliando los hábitos de Whitman (apologista de la apisonadora democrática) y los de Kafka (escéptico por experiencia), Borges revela la búsqueda esa imposible combinación de igualdad y libertad que es la esencia de la jurisprudencia occidental moderna según *El federalista* y *La democracia en América*. Además, en su cuento “El Congreso”, Borges insiste en que la historia de la extensión de la franquicia es en realidad la historia eterna de la humanidad. La herencia cultural mixta de Borges significa que su enfoque liberal en la política también será novelístico.

Al igual que Borges, Tocqueville emplea conceptos literarios para comentar la política parlamentaria, aludiendo a DQ como forma de entender no solo las peculiares circunstancias

de EE.UU. sino también la filosofía del liberalismo clásico en general. Es como si hubiera decidido escribir para dos públicos con distintas preferencias de lectura, produciendo así un enfoque histórico para un grupo y algo más bien novelístico para otro. En sus resúmenes de *El federalista* en DA1, Tocqueville habla mayormente para el ministro, el abogado, el historiador del constitucionalismo; en cambio a través del enlace que establece con DQ en DA2 se dirige al filósofo, al aristócrata, al sociólogo moderno.

Hay excepciones –por ejemplo, su desenlace futurista y distópico a la manera de Huxley u Orwell– pero generalmente DA2 consiste en la meditación de Tocqueville sobre la metamorfosis de la vieja aristocracia europea en la nueva clase industrial estadounidense, y sobre la transformación paralela de la casta de siervos en la clase obrera moderna. Este doble cambio en las relaciones sociales acompaña la transferencia del poder político de una minoría de líderes que dominaron el mundo durante la antigüedad y la edad media a manos de las masas de las democracias modernas. En el contexto más literario de DA2, importan menos los contornos de específicas estructuras jurisprudenciales; después de todo, el Reino de Barataria y “Las constituciones del gran gobernador Sancho Panza” contienen ejemplos tanto positivos como negativos que pueden ser difíciles de desentrañar (ver DQ 2.45-51). Sin embargo, desde una perspectiva liberal, la verdadera virtud del escudero radica en su mero intento de gobernar de acuerdo con el legado textual de su amo. Al final, lo que importa es la transmisión pedagógica de las virtudes legalistas entre generaciones y castas sucesivas. A principios del siglo XVII, Cervantes ya puede prever alguna forma de gobierno de masas; uno de estos días, un hombre muy parecido a Sancho Panza tomará el timón de un superestado transatlántico.

Repasemos las tres alusiones más explícitas de DA a la novela de Cervantes. Primero, en el capítulo titulado “La omnipotencia de la mayoría en los Estados Unidos y su efecto”, bajo el subtítulo “El poder que ejerce la mayoría en Norteamérica sobre el pensamiento”, Tocqueville insinúa que su proyecto es un baluarte de la libertad de conciencia, excepto ahora la lucha es más seria y se da a gran escala: “La Inquisición nunca pudo impedir que circularan en España libros contrarios a la religión de los más. El imperio de la mayoría se ejerce mejor en los Estados Unidos: ha borrado hasta el pensamiento de publicarlos. Se encuentran incrédulos en Norteamérica, pero la incredulidad no encuentra allí, por decirlo así, órgano para expresarse” (DA 1.2.7; ver DQ 1.6-7, 2.63).

Cinco años después, en DA2, en el capítulo “Cómo la democracia modifica las relaciones que existen entre siervo y amo” (DA 2.3.5), Tocqueville se centra en esa “tan extraña confusión de existencias” que debe ser renegociada durante la angustiosa transición entre el feudalismo medieval y capitalismo moderno: “Todavía no se han visto sociedades donde las condiciones sean tan iguales, que no se encuentren ricos ni pobres; y por consiguiente, amos y criados. La democracia no impide que estas dos clases de hombres existan; pero sí cambia su condición y modifica sus relaciones” (DA 2.3.5). Al contemplar la trayectoria sociopolítica de la aristocracia a la democracia, Tocqueville claramente tenía en mente la relación en el centro de DQ como otro punto de referencia para su teoría moderna: “En los pueblos aristocráticos el dueño llega, pues, a considerar a sus sirvientes como una parte inferior y secundaria de sí mismo y frecuentemente se interesa en su suerte como un último esfuerzo de su egoísmo. Los criados, por su parte, no están lejos de considerarse desde el mismo punto de vista, y se identifican algunas veces tanto con la persona del amo, que llegan a ser al fin su accesorio, tanto a sus propios ojos como a los de aquél” (DA 2.3.5).

Haciéndose eco de la lucha simbólica entre don Quijote y Sancho Panza en DQ 2.60, Tocqueville subraya la nueva realidad potencialmente volátil del empleo remunerado en lugar del servicio fiel: “El sirviente a cada instante puede volverse amo, y aspira a serlo en efecto; el sirviente no es otro hombre distinto del señor. ¿Quién, pues, ha dado al primero el derecho de mandar y ha forzado al segundo a obedecer? El convenio libre y momentáneo de las dos

voluntades, pues no siendo naturalmente inferior el uno al otro, sólo viene a estarlo por cierto tiempo en virtud del contrato; y si por él es uno sirviente y señor el otro, en lo exterior son dos ciudadanos, dos hombres” (DA 2.3.5). Nuevamente: “La ley y hasta cierto punto la opinión, proclaman ya que no existe inferioridad natural y permanente entre el servidor y su amo; mas esta nueva ciencia no ha penetrado en el ánimo del último, o más bien, su corazón la rechaza. En el interior de su alma, se considera todavía de una clase particular y superior; pero no se atreve a decirlo y tiembla al considerarse atraído hacia el mismo nivel” (DA 2.3.5). Según Tocqueville, este cambio finalmente establece condiciones sociales revolucionarias hacia fines del siglo XVIII: “Sin embargo, al pasar de una condición a otra, sobreviene casi siempre un momento en que el espíritu de los hombres vacila entre la noción aristocrática de la sujeción y la democrática de la obediencia. La obediencia pierde entonces su moralidad a los ojos del que obedece; no la considera ya como una obligación en cierto modo divina, ni aun la ve bajo su aspecto puramente humano; no es ya a sus ojos santa ni justa, y se somete a ella como a un hecho útil pero degradante” (DA 2.3.5). Incluso el detalle de la atención de Tocqueville a la esencia del “alma de un lacayo” recuerda el papel de Tosilos en DQ 2.56.

La tercera alusión de Tocqueville a DQ es la más importante para su tesis general. En el más largo de los capítulos agregados al nuevo tomo de 1840 -“Del honor en los Estados Unidos y en las sociedades democráticas” (DA 2.3.18)- Tocqueville explica que la aniquilación de las diferencias entre los ciudadanos de una democracia erosiona el concepto aristocrático del honor del Antiguo Régimen y lo transmuta en el patriotismo nacional del estado moderno. A través de este nuevo significado sociopolítico que Tocqueville asigna a DQ en DA, el teórico francés vuelve a proyectar una imagen de sí mismo como un hidalgo moderno, tal como se había representado en sus dos cartas a Beaumont en 1838 (ver Craiutu). Don Quijote representa la salvación liberal de la rebeldía aristocrática al esgrimir la libertad en respuesta al ascenso de la igualdad. El papel moderno del aristócrata es modelar ser el contrapeso, el antídoto a la democracia pura.

A lo largo de su novela, Cervantes contempla lo absurdo de los diferentes códigos de conducta para caballeros y plebeyos (DQ 1.8, 1.15, 2.14, 2.52, 2.56, *passim*). El lenguaje confuso de don Quijote, sus extrañas reacciones hacia otros personajes y sus explosiones de violencia aparentemente aleatorias, lo convierten en el ejemplo de los extraños valores de una casta anticuada, una casta anteriormente dedicada a una guerra que ya no existe. Para Tocqueville, esto convierte a don Quijote en un símbolo del aristócrata caído que sigue siendo incompatible con el nuevo orden del mundo. Pero hay más. Don Quijote también sirve al teórico más importante de la democracia moderna como un ejemplo de su teoría clave de la cohesión sociocultural. Es el modelo de una especie peculiar de ser humano cuya asociación se distingue de la de las masas: “Se establecieron, además, en el seno de la vasta asociación humana, sociedades más reducidas que se llaman pueblos; y en ellos otras todavía que se llaman clases o castas. Cada una de estas asociaciones forma como una especie particular en el género humano, y aunque no difiera esencialmente de la masa de los hombres, se mantiene algo separada y experimenta necesidades que le son propias. Estas necesidades especiales son las que modifican de alguna manera y en ciertos países, el modo de contemplar las acciones humanas, y el aprecio que conviene hacer de ellas” (DA 2.3.18).

Casi cada detalle de la presentación teórica-novelística (*costumbrista*) de la honra americana según Tocqueville hace eco del contraste entre don Quijote y Sancho Panza. “El interés general y permanente del género humano, consiste en que los hombres no se maten unos a otros; pero puede suceder que el interés particular y momentáneo de un pueblo o de una clase, consista en ciertos casos en excusar y aun en honrar el homicidio. El honor no es otra cosa que una regla especial fundada en un estado particular, con cuyo auxilio un pueblo o una

clase distribuye el vituperio o la alabanza. Como no hay nada menos útil al espíritu humano que una idea abstracta, me apresuro a presentar un símil que pondrá en claro mi pensamiento. Escogeré la especie de honor más extravagante que ha aparecido jamás en el mundo y que nosotros conocemos bien: el honor aristocrático nacido en el seno de la sociedad feudal” (DA 2.3.18). Reforzando el otro extremo de la referencia a la mentalidad de lacayo de Tosilos, esta defensa del derecho de un noble a recurrirse a la venganza violenta nos recuerda el posible homicidio cometido por el caballero loco al final de DQ 1.9 así como la posterior confusión de Sancho con respecto a la palabra *omecillo* en DQ 1.10 (ver Byrne 84–85).

Naturalmente, don Quijote se considera por encima de cualquier ley contra el asesinato; por eso, Tocqueville sigue siendo uno de los más grandes intérpretes de la novela de Cervantes: “Cuando estas diferentes actitudes aparecieron, la nobleza formaba un cuerpo aparte en medio del pueblo que dominaba, desde las inaccesibles alturas a donde se había retirado. Para sostener esta situación particular que constituía su fuerza, necesitaba no solamente privilegios políticos, sino virtudes y vicios peculiares. Que tal virtud o tal vicio perteneciese a la nobleza más bien que al estado plebeyo; que tal acción fuese indiferente por parte de un plebeyo o vituperable si se trataba de un noble, he aquí lo que era frecuentemente arbitrario” (DA 2.3.18).

En múltiples ocasiones, Tocqueville describe y explica la aparente locura de don Quijote mejor que la mayoría de los psicólogos o críticos literarios: “En ciertos casos el honor feudal prescribía la venganza y el perdón de las injurias deshonoraba; en otros, ordenaba a los hombres imperiosamente sobreponerse a la abnegación de sí mismo. No hacía, pues, una ley de la humanidad ni de la dulzura; pero alababa la generosidad; valuaba la liberalidad más que la beneficencia; permitía que cualquiera se hiciese rico en el juego o en la guerra, pero nunca por el trabajo; prefería grandes crímenes a pequeños lucros. La concupiscencia le indignaba menos que la avaricia, y le agradaba muchas veces la violencia, mientras que la astucia y la traición le parecían siempre despreciables. Estas extravagantes nociones no eran sólo producidas por el capricho de los que las habían concebido” (DA 2.3.18)

Leyendo a Tocqueville, los arranques de locura de don Quijote recuperan el aura de su casta, es decir, se adhieren nuevamente a la intencionalidad de un noble: “No teme trastornar el orden natural de la conciencia, colocando estas virtudes delante de las otras, y se concibe que eleve ciertos vicios estrepitosos y atrevidos sobre las virtudes modestas y pacíficas, pues en cierto modo se ve obligada a ello por su condición. Los nobles de la Edad Media anteponian el valor militar a todas las virtudes. Esta singular opinión tenía necesariamente su origen en el estado particular de la sociedad. La aristocracia feudal había nacido de la guerra y para la guerra; había encontrado su poder en las armas y lo mantenía por ellas; nada le era más necesario que el valor militar, siendo justo que lo glorificase sobre todo lo demás” (DA 2.3.18). El comportamiento peculiar de don Quijote es simplemente la continuación de las necesidades sociales del medievo: “Que un hombre mirase como una grave injuria el recibir una bofetada y hasta que matara en un duelo al que ligeramente lo había ofendido, he aquí lo arbitrario; pero que un noble no pudiese sufrir tranquilamente una injuria y se deshonrase si se dejaba maltratar sin combatir, eso resultaba de los principios mismos y de las necesidades de una aristocracia militar” (DA 2.3.18).

A la sombra de la gloria de don Quijote, nos enfrentamos al debate mundano sobre el salario de Sancho (DQ 2.7, 2.28, 2.71; ver Johnson), que opera a la par del consejo burgués moderno contra el ocio (DQ 1.1, 2.16, 2.70). El interés de Tocqueville por la novela reproduce este mismo choque y transferencia de valores entre la vieja aristocracia y el nuevo hombre materialista: “En medio de esas nociones casi borradas de un honor exótico, aparecen algunas nuevas opiniones que constituyen lo que podría llamarse entre nosotros, el honor norteamericano”; “Con la misma arbitrariedad clasifican los vicios los norteamericanos. Hay ciertas

inclinaciones perniciosas en el sentir común y en la conciencia universal del género humano, que están de acuerdo con las necesidades particulares y momentáneas de la asociación norteamericana, y aunque las reproche débilmente, algunas veces también las alaba. Citaré como la principal, el amor a las riquezas y las inclinaciones secundarias que de él se derivan”; “El norteamericano llama noble y estimable ambición a lo que nuestros padres de la Edad Media llamaban codicia servil, y llaman furor ciego y bárbaro a la conquistadora actividad y genio guerrero que los impelía a nuevos combates”; “En una sociedad democrática, como la de los Estados Unidos, en que las fortunas son pequeñas y están mal aseguradas, todo el mundo trabaja y el trabajo conduce a todo. Esto ha dado un nuevo giro al honor, dirigiéndolo contra la ociosidad. He encontrado algunas veces en Norteamérica personas ricas, jóvenes, enemigas por temperamento de todo esfuerzo penoso, que se veían obligadas a abrazar una profesión, pues, aunque su naturaleza y su fortuna les permitiesen vivir ociosas, la opinión pública se lo prohibía imperiosamente y les era preciso obedecer” (DA 2.3.18; ver Lukács).

Los ecos del contraste entre el caballero manchego y su escudero pueblan especialmente DA2: “El honor mismo en las aristocracias no es jamás admitido sino por un cierto número de hombres, frecuentemente reducido y siempre separado del resto de sus semejantes. El honor se mezcla, pues, con facilidad y se confunde en su espíritu con la idea de todo lo que distingue, presentándoseles como el rasgo distintivo de su fisonomía; aplican sus diversas reglas con todo el calor del interés personal y lo obedecen, si puedo expresarme así, con una verdadera pasión. Esta verdad se manifiesta claramente al leer las crónicas de la Edad Media en el artículo de las controversias judiciales. Allí se ve que los nobles estaban obligados a servirse en sus contiendas de la lanza y de la espada, mientras que los plebeyos usaban el bastón, considerando, decían, que los plebeyos no tienen honor. Esto no quiere decir, como se figuran algunos en nuestros días, que tales hombres fuesen despreciables; significaba solamente que sus acciones no eran juzgadas por las mismas reglas que los de la aristocracia. Lo que admira, a primera vista, es que cuando el honor reina con todo ese pleno poder, sus preceptos son en general muy extraños; de tal manera, que parece que se le obedece mejor mientras más se separa de la razón; y por esto se deduce muchas veces que el honor es grande a causa de su misma extravagancia” (DA 2.3.18; cf. DQ 2.14).

Ahora, teniendo en cuenta la fuerte dependencia de DA de DQ, comprendemos mejor el significado sociopolítico del trío de textos que Tocqueville señala en su carta a Beaumont de 1838. *El príncipe, Don Quijote* y el Corán sitúan a don Quijote en una lucha solitaria contra la inevitable alianza entre el tirano prudente de Maquiavelo y las masas fanáticas de Mahoma. En el crepúsculo del mundo medieval, solo el aristócrata fantasmal reclama débilmente sus privilegios. El fracaso de la Revolución francesa fue el de los estamentos superiores; ni el clero ni la aristocracia pudo resistir el acuerdo entre el príncipe y la caterva anunciado por el surgimiento de la democracia: “Creo que las instituciones provinciales son útiles a todos los pueblos; pero ninguno me parece tener una necesidad más real de esas instituciones que aquel cuyo estado social es democrático. En una aristocracia, se tiene siempre la seguridad de mantener cierto orden aun en el seno de la libertad. Teniendo los gobiernos mucho que perder, el orden es de gran interés para ellos. Se puede decir igualmente que en una aristocracia el pueblo está al abrigo de los excesos del despotismo, porque se encuentran siempre fuerzas organizadas dispuestas a resistir al déspota. Una democracia sin instituciones provinciales no tiene ninguna garantía contra semejantes males”; “Los que temen al libertinaje, y los que temen al poder absoluto, deben desear igualmente el desarrollo gradual de las libertades provinciales. Estoy convencido, por lo demás, de que no hay naciones más expuestas a caer bajo el yugo de la centralización administrativa que aquellas cuyo estado social es democrático”; “La revolución se pronunció al mismo tiempo contra la realeza y contra las instituciones provinciales. Confundió en el mismo odio a todo lo que la había precedido, al poder absoluto



y a lo que podía atenuar sus rigores. Fue a la vez republicana y centralizante” (DA 1.1.5; ver Burke; Dawson).

En última instancia, Tocqueville expresa ansiedad por el pacto considerado peligroso en el mundo clásico por Polibio (*Historias* 6.11-18), puesto en práctica por Julio César y luego perfeccionado en la época moderna por Luis XIV y Napoleón. En el siglo XIX, el ejemplo del tirano ya es el dictador belicista a la cabeza de un movimiento de masas. Más inquietante aún, ese déspota es a menudo una figura involuntaria, un diminuto jinete sobre un elefante que estampida hacia el vacío sociopolítico de un orden social en decadencia: “Se dice que Napoleón inventó este nuevo sistema. No era dado a un hombre, cualquiera que fuese, crear un sistema semejante. El modo con que Napoleón hizo la guerra, le fue sugerido por el estado social de su tiempo, y tuvo buen éxito por ser muy apropiado a ese estado y porque lo puso en práctica por primera vez. Napoleón es el primero que ha recorrido a la cabeza de un ejército el camino de todas las capitales; pero la ruina de la sociedad feudal le había abierto esta ruta. Convenzámonos de que si este hombre extraordinario hubiera nacido hace trescientos años, no habría sacado el mismo fruto de su método, o más bien, habría seguido otro diferente” (DA 2.3.25). Nuevamente: “No se debe alabar ni vituperar a Napoleón, por haber concentrado en sus manos casi todos los poderes administrativos, porque después de la brusca desaparición de la nobleza y de los más altos ciudadanos, estos poderes se unieron a él por sí mismos, y le habría sido tan difícil rechazarlos como administrarlos” (DA 2.4.4; ver Hoffer; Dawson; cf. Derrida).

\*\*\*

En suma, sus dos cartas a Beaumont y sus tres alusiones explícitas a DQ en su *magnum opus* (DA 1.2.7, 2.3.5, 2.3.18) revelan a Tocqueville contemplando la novela de Cervantes con precisión filosófica. Don Quijote ejemplifica esa súper minoría que debe ser protegida según Madison; no sólo de acuerdo con el mantra liberal de la aristocracia medieval como origen de nuestra concepción moderna de los derechos individuales, sino también porque alguna variación de esa aristocracia, o caída o renovada, pero a partir de ahora siempre tenue y marginada, será la única manera de frenar los aspectos tiránicos de la democracia. Tocqueville entiende que el mundo es de Sancho de ahora en adelante, pero aboga por que el escudero-gobernador aprenda algo del caballero andante, por incoherente que éste parezca a veces. El único camino restante para preservar la libertad es lograr moderar la gran rebelión de las masas: “Pero pienso que si no se logran introducir poco a poco y fundar al fin entre nosotros instituciones democráticas, y se renuncia a proporcionar a todos los ciudadanos ideas y sentimientos que primeramente les preparen para la libertad y en seguida les permitan su uso, no habrá independencia para nadie, ni para el burgués, ni para el noble, ni para el pobre, ni para el rico, sino una tiranía igual para todos; y yo preveo que si no se logra con el tiempo fundar entre nosotros el imperio pacífico del mayor número, llegaremos tarde o temprano al poder ilimitado de uno solo” (DA 1.2.9). Don Quijote, recordemos, insiste en que el honor sea al nivel de la libertad: “por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida” (DQ 2.58). Es decir, el último caballero votará en contra de sacrificar la libertad para satisfacer la voluntad de la mayoría. Ese individuo solitario y trágico que resiste la turba asesina se encuentra entre los significados que Borges atribuye a la obra de Cervantes en “Pierre Menard, autor del Quijote”.<sup>3</sup>

El aprecio de Tocqueville por Cervantes no es solo indicación de que la novela influya en el mayor teórico político de la democracia moderna. En DA, la ciencia política y los orígenes de la sociología inciden en el estudio de la literatura. DQ es sin duda una figura caída y trágica en todos los sentidos sentimentales, estéticos y poéticos que le atribuyen los hermanos Schlegel, Richter, Schelling, Heine, Chateaubriand o Hugo. Sin embargo, es Tocqueville quien nos permite ver que la comprensión romántica de DQ resulta del gesto sociopolítico de



Cervantes en dirección a la democracia moderna. Que yo sepa, soy el primero en desentrañar el impacto que tuvo DQ en DA. Varios eruditos literarios muy estimados (Anthony Close, Peter Russell, Leo Spitzer y Erich Auerbach entre otros) nos han advertido que la visión romántica de DQ era un torpe anacronismo. Ninguno de estos menciona a Tocqueville y, por lo tanto, no pueden apreciar la profunda influencia de la novela de Cervantes en Tocqueville y, por lo tanto, en la ciencia política moderna (ver Schmitt “Tocqueville”). Tocqueville nos recuerda que los temas satíricos todavía son políticos y de bastante peso, sobre todo en DQ2. Y este no es un argumento *sui generis*; además de Tocqueville, pensadores liberales ilustrados y clásicos de los siglos XVII, XVIII y XIX, incluidos autores, líderes y filósofos como Voltaire, Montesquieu, Jefferson, Burke, Adams, Hobbes, Locke y Bastiat, todos leyeron DQ como una tremenda fuente de conocimiento sociopolítico (ver Graf, *Anatomy of Liberty* 1-13).

Dada la importancia global de DA y dado su uso complejo de DQ, Tocqueville se cuenta entre los mayores eslabones perdidos entre Cervantes y el romanticismo. Anthony Close, que se burla de la lectura decimonónica de la novela, se pregunta por qué los románticos se sintieron tan atraídos por el loco hidalgo. Él razona que fue capricho, por un lado, y cuestión del arte extraordinario de Cervantes, por el otro. La segunda explicación queda innegable, pero la primera no podría estar más lejos de la verdad. No fue el capricho sino la Revolución francesa lo que convirtió a don Quijote en el precursor de la aristócrata liberal al mismo tiempo que convertía a Sancho Panza en las futuras masas rebeldes. Otro aspecto del genio de Tocqueville fue haber comprendido que DQ ofrece un puente sobre el abismo entre Madison y Hamilton. El teórico francés muestra esto al argumentar en DA que cualquier constitución nacional duradera es, por definición, un pacto entre dos naciones, *id est*, dos grupos con cosmovisiones del mundo radicalmente diferentes, lo suficientemente diferentes al menos como para que sean como dos castas medievales incapaces de entenderse.

Autores como Tocqueville, Donoso Cortés, Ortega y Gasset y, más recientemente, Vargas Llosa forman una minoría de pensadores conservadores y liberales clásicos que han argumentado que el romanticismo tiene inspiración tanto política como estética (ver Schmitt *Political Romanticism*). De lo contrario, demasiados especialistas literarios todavía no pueden admitir el alcance romántico de la primera novela moderna, texto que podríamos considerar también la primera novela romántica y liberal. La novela retrata la caída de la aristocracia y el surgimiento de la democracia en los mismos sentidos políticos y sociológicos subrayados por Tocqueville, comenzando con episodios tempranos en los que el caballero manchego medieval derrota a un rival vasco, solo para luego caer contra un molino de viento moderno, y culminando cuando el hombre común Sancho Panza gobierna la ínsula Barataria. Históricamente, esto tiene sentido porque hacia 1615 ya se habían sentido temblores en el Antiguo Régimen en España, durante la Revuelta de los Comuneros de Castilla (1520-22) o las Alteraciones de Aragón (1591), por ejemplo, y las reverberaciones de esos temblores continuarían sintiéndose dentro de 200 años en 1776, 1789, 1830, 1848 y 1861.<sup>4</sup>

Y finalmente, si lo pensamos bien, lo que Tocqueville creó en *La democracia en América* es algo mucho más impresionante de lo que parece a primera vista. De hecho, es una épica en sí y en casi todos los sentidos. Hay héroes, tribus enemigas y al final uniones sociales que se pactan con sacrificios liberales y nacionales. Incluso es una épica en el sentido místico de un manual o guía para las generaciones venideras de América. La verdad es que nos ha dejado dos tomos de tal modo que, para realmente entender la totalidad de la obra, el lector tiene que estudiar primero *El federalista* para el primer tomo y luego *Don Quijote de la Mancha* para el segundo. Un gesto audaz encapsulado en una especie de gloriosa despedida francesa del Nuevo Mundo. También un mapa doble, con sendero constitucional (“los anglos hacéis esto bien”, repaso de Madison, tomo uno) y luego otro sendero novelístico (“los hispanos hacéis esto bien”, repaso de Cervantes, tomo dos).

## NOTAS

1. Este ensayo complementa mi libro *Anatomy of Liberty in Don Quijote de la Mancha*, en el que señalo la relación entre Cervantes y liberales como Locke, Hobbes, Voltaire, Hume, Jefferson y Bastiat. Como otros cervantistas, mi punto ciego siempre ha sido Tocqueville. La diferencia entre Bastiat, cuya representación de la ínsula Barataria reivindica a Sancho y repudia a don Quijote, y Tocqueville, que cuestiona los principios del escudero y sigue nostálgico del hidalgo, marca la diferencia entre dos bandos de las barricadas durante el levantamiento de las Jornadas de Junio de 1848. Bastiat estuvo en las calles de París; Tocqueville apoyó las medidas contrarrevolucionarias del general Cavaignac.

2. La capacidad de la nobleza castellana para desplegar ejércitos hasta bien entrado el siglo XV representaba un serio obstáculo para los intentos medievales de autoritarismo real (ver Gómez).

3. Cabría preguntarse por qué Ortega no menciona a Tocqueville en *La rebelión de las masas* (1929). La Guerra Hispanoamericana de 1898 marcó de maneras curiosas a toda una generación de intelectuales españoles. Sin embargo, Ortega sí habla de la importancia de Tocqueville en otros lugares. De manera parecida, Salvador Dalí alude a la obra de Tocqueville en su *Niño “geopolítico” contemplando el nacimiento del nuevo hombre* (1943).

4. Historiadores como José Antonio Maravall y Stephen Haliczer han señalado los paralelos populistas entre la Revuelta de los Comuneros (1520-22) y la Revolución Francesa (1789). En cuanto a las Alteraciones de Aragón en 1591, fueron una especie de contrarrevolución en el sentido amplio de una insurrección aristocrática regional contra una Corona cada vez más nacionalista. También fueron la última resistencia ofrecida por los restos de la aristocracia medieval al surgimiento del estado nación moderno en Iberia. Por ende, no nos debería sorprender que en su *Tesoro de la lengua* (1611), la definición del verbo revolver de Sebastián de Covarrubias ya tiene implicaciones políticas para el molino de viento en DQ 1.8: “REVOLVER, es ir con chismeras, y quistiones y a este llamamos rebolvedor, y reboltoso, revuelta, la question: rebolución, alteración”.

## BIBLIOGRAFIA

Anónimo. *Popol Vuh*. Trad. Adrián Recinos. Guatemala: Piedra Santa, 2012.

AUERBACH, Erich. *Mimesis: The Representation of Reality in Western Literature*. 1946. Trans. Willard R. Trask. Princeton: Princeton UP, 1974.

BASTIAT, Claude-Frédéric. “Barataria.” *Oeuvres Complètes*. Vol. 7. No. 77. Paris: Guillaumin, 1864. 343-51.

BORGES, Jorge Luis. “De la alta ambición en el arte”. *Textos recobrados 1930-1955*. Vol. 2. Buenos Aires: Emecé, 2001. 352-54.

\_\_\_\_\_. “El Congreso”. *Obras completas*. Vol. 2. Buenos Aires: Emecé, 1989. 20-32. <https://libraryofbabel.info/Borges/BorgesObrasCompletasII>

\_\_\_\_\_. “Pierre Menard, autor del Quijote.” *Ficciones*. Buenos Aires: Emecé, 1956. 47-59.

BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. New Haven, CT: Yale University Press, 2003.

BYRNE, Susan. *Law and History in Cervantes' Don Quixote*. Toronto: U of Toronto P, 2012.

CEASER, James. "Alexis de Tocqueville and the Two-Founding Thesis." *APSA 2010 Annual Meeting Paper*. 1-37.

\_\_\_\_\_. "The First American Founder." *National Affairs* 49 (2021). <https://www.nationalaffairs.com/publications/detail/the-first-american-founder>

CERVANTES, Miguel de. *Don Quijote de la Mancha*. Ed. Francisco Rico. Barcelona: Crítica, 1998.

CLOSE, Anthony. *The Romantic Approach to Don Quixote*. Cambridge: Cambridge UP, 1977.

COVARRUBIAS Horozco, Sebastián de. *Tesoro de la lengua castellana o española*. Ed. Martín de Riquer. Barcelona: Alta Fulla, 1993.

CRAIUTU, Aurelian. "Tocqueville's Paradoxical Moderation." *The Review of Politics* 67.4 (2005): 599-629.

DAWSON, Christopher. *Los dioses de la Revolución*. Trans. Jerónimo Molina Cano. Madrid: Encuentro, 2015.

DERRIDA, Jacques. *Of Spirit*. Chicago: U of Chicago P, 1991.

DONOSO Cortés, Juan. "El clasicismo y el romanticismo". *Obras completas*. Vol. 2 (Madrid: Católica, 1970. 381-409.

GÓMEZ, Óscar López. "El perdón del rey a los grandes nobles en la Castilla del siglo XV: Problemática y elementos definitorios." *Clio & Crimen* 18 (2021): 25-47.

GRAF, Eric Clifford. *Anatomy of Liberty in Don Quijote de la Mancha: Religion, Feminism, Slavery, Politics, and Economics in the First Modern Novel*. Lanham, MD: Lexington, 2021.

\_\_\_\_\_. "El federalista: constituciones, monstruos y sacrificios." *Cuadernos FAES de pensamiento político* 72 (2021): 61-69.

HALICZER, Stephen. *The Comuneros of Castile: The Forging of a Revolution, 1475-1521*. Madison, WI: U of Wisconsin P, 1981.

HAMILTON, Alexander, James MADISON y John JAY. *The Federalist Papers*. Dublin, OH: Coventry House, 2015.

HOFFER, Eric. *The True Believer*. New York: Harper, 1951.

JOHNSON, Carroll. *Cervantes and the Material World*. Chicago: U of Illinois P, 2000.

LIGGIO, Leonard P. "The Hispanic Tradition of Liberty: The Road Not Taken in Latin America." The Mont Perlerin Society Regional Meeting, 12 January 1990, Antigua, Guatemala.

LUKÁCS, Georg. *The Theory of the Novel: A Historico-Philosophical Essay on the Forms of Great Epic Literature*. 1920. Trans. Anna Bostock. Cambridge, MA: MIT P, 1971.

MACHIAVELLI, Nicolò. *El príncipe*. Trans. Alberto Lista. Madrid: EDAF, 2009.

MARAVALL, José Antonio. *Las Comunidades de Castilla. Una primera revolución moderna*. Madrid: Occidente, 1963.

MONTESQUIEU. *The Spirit of the Laws*. London: J. Duncan and Son, et al., 1793.

ORTEGA y GASSET, José. *La rebelión de las masas*. Ed. Raúl Berea Núñez. México, DF: La guillotina, 2010.

Polybius. *Histories*. Trans. Evelyn S. Shuckburgh. New York: Macmillan, 1889. *Perseus Digital Library*: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.01.0234>

RAND, Ayn. "Racism." *The Virtue of Selfishness*. New York: New American Library, 1964.

RUSSELL, Peter E. "Don Quixote as a Funny Book." *Modern Language Review* 64 (1969): 312-26.

SCHMITT, Carl. *Romanticismo político*. 1919. Trad. Luis A. Rossi y Silvia Schwarzböck. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 2005.

\_\_\_\_\_. "Historiographia in Nuce: Alexis de Tocqueville." *Revista de Estudios Políticos* 23.43 (1949): 109-14.

SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. 1776. 2 vols. Edwin Cannan ed. London: Methuen, 1904. <https://oll.libertyfund.org/title/smith-an-inquiry-into-the-nature-and-causes-of-the-wealth-of-nations-cannan-ed-in-2-vols>

SPITZER, Leo. "Linguistic Perspectivism in *Don Quijote*." *Linguistics and Literary History: Essays in Stylistics*. Princeton: Princeton UP, 1948. 41-85.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. Trad. Gerald Bevan. London: Penguin, 2013.

\_\_\_\_\_. *Memoir, Letters, and Remains of Alexis de Tocqueville*. Vol. 2. Same Trans. as Napoleon's Correspondence with King Joseph. London: MacMillan, 1861. <https://oll.libertyfund.org/title/tocqueville-memoir-letters-and-remains-of-alexis-de-tocqueville-vol-2>

VARGAS LLOSA, Mario. "Una novela para el siglo XXI." *Don Quijote de la Mancha* by Miguel de Cervantes. Ed. Francisco Rico. Madrid: Alfaguara, 2005. xiii-xxvii.

VOLTAIRE, François-Marie Arouet de. *Candide and Other Stories*. Trans. Roger Pearson. Oxford: OXFORD UP, 1990.

# “Activismo garantista: la justicia como leitmotiv”

Deilin A. Griman N.

Abogada

**Resumen:** *El presente artículo tiene como propósito realizar una propuesta armonizadora de las visiones antagónicas del activismo y el garantismo, como maneras de ver el quehacer jurisdiccional, partiendo del contraste de ambas, y atendiendo al componente axiológico, que no debe desvincularse del ámbito procesal, dado el carácter instrumental del proceso en la materialización del valor de la justicia. Y en este sentido, se destacan algunos aspectos de cada una de esas proposiciones teóricas, que han sido perfilados por diversos autores, haciendo a su vez algunas observaciones, aspirando a aportar una visión que vaya más allá de lo teórico, y permita en la práctica la ejecución de ciertas potestades oficiosas por parte del juzgador, sin menoscabo de los derechos fundamentales de los justiciables, mediante mecanismos procesales diseñados para garantizar la imparcialidad, el control y contradicción de las pruebas y la recurribilidad de las providencias judiciales dictadas en el marco del ejercicio de las potestades oficiosas por parte de los jueces.*

**Palabras Clave:** *Activismo, Garantismo, Potestades Oficiosas, Imparcialidad, Carga Dinámica de la Prueba.*

**Abstract:** *The purpose of this article is to make a harmonizing proposal of the antagonistic visions of activism and guaranteeism, as ways of seeing the jurisdictional task, starting from the contrast of both, and attending to the axiological component, which should not be separated from the procedural scope, due to the instrumental character of the process in materializing the value of justice. And in this sense, some aspects of each of these theoretical propositions are highlighted, which have been outlined by various authors, making in turn some observations, aspiring to provide a vision that goes beyond the theoretical, and allows in practice the execution of certain ex officio powers by the judge, without prejudice to the fundamental rights of the defendants, through procedural mechanisms designed to guarantee impartiality, control and contradiction of the proofs and the appealability of the judicial decisions issued in the framework of the exercise of the ex officio powers by the judges.*

**Key words:** *Activism, guaranteeism, ex officio powers, Impartiality, dynamic burden of proof.*

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

#### I. GENERALIDADES SOBRE EL ACTIVISMO Y EL GARANTISMO

#### II. GARANTISMO Y ACTIVISMO: “DIÁLOGO DE SORDOS”

#### III. EL “ACTIVISMO GARANTISTA” COMO UNA ALTERNATIVA

1. *Imparcialidad del Juzgador.* 2. *Actividad Probatoria de Oficio.* 3. *De la prohibición constitucional de indefensión y consecuente garantía del contradictorio.* 4. *De la Impugnabilidad de las Providencias Oficiosas/ Inexistencia de Providencias Inimpugnables.* 5. *Cargas Probatorias Dinámicas.* 6. *Redistribución de la Actividad Probatoria: Propuesta de Apertura de Incidencia.*

#### IV. CONCLUSIÓN

#### BIBLIOGRAFÍA

## INTRODUCCIÓN

El título del presente trabajo parecería a primera vista una *contradictio in adiectio*, porque es como atribuir a una forma de ver la administración de justicia el adjetivo calificativo característico de la posición teórica que se le considera opuesta, pero lo que se pretende es armonizarlas, en aras de rescatar los aspectos que de una, pueden ser adaptados a la otra, con el propósito de concretar el fin del derecho, que junto al bien común y la seguridad jurídica hacen una trilogía, esto es, la justicia<sup>1</sup>.

Asumiendo un discurso, si se quiere, un poco pragmático, sin abandonar ni desmeritar los esfuerzos teóricos, puede afirmarse que el proceso no debería verse sólo como un concepto abstracto, ajeno a la materialización real y tangible de los elementos axiológicos que informan el ordenamiento jurídico, pues no debe perderse de vista que cuando se crean y aplican normas, éstas van dirigidas a realidades concretas que van más allá de los tribunales y tienen relevancia para la vida social, esto es, para la cotidianidad de los ciudadanos a quienes regulan.

En este sentido, no debe perderse de vista a la justicia como fin esencial del ordenamiento jurídico y a su vez del proceso<sup>2</sup>, entendiéndose por justicia el restablecimiento de la paz social transgredida por el conflicto de intereses que se somete a consideración del órgano jurisdiccional, conforme a derecho, para garantizar que éste sirva realmente como instrumento para el alcance de dicho objetivo<sup>3</sup> pues hay que tener en cuenta que el proceso es para los justiciables el mecanismo que permite obtener la tutela jurisdiccional, como bien apunta

<sup>1</sup> RUIZ Rodríguez Virgilio “Derecho, bien común, seguridad y justicia” Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, Revista de Filosofía año 52 núm. 149 julio-diciembre 2020. Publicado en: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiXiemIpsPzAhWTRDABHWOZDjkQFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo\\_%2F7648033.pdf&usg=AOvVaw1j-J0v4prxa63Cz60\\_GmYF](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiXiemIpsPzAhWTRDABHWOZDjkQFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo_%2F7648033.pdf&usg=AOvVaw1j-J0v4prxa63Cz60_GmYF) Consultada el 11 de octubre de 2021 “Tal vez, el sentido más propio y tradicional de la justicia es como fin del derecho. Aquí el deber ser del derecho, el derecho justo, se entiende como aquel que persigue y consigue la realización del valor de la justicia. Si el derecho se puede considerar como un instrumento razonable para la convivencia social es porque vale la pena para algo. Parece una convicción común que el derecho se acepta como instrumento coactivo para organizar la convivencia social, en cuanto que sirve a la justicia. La justicia es el fin, el instrumento para obtenerla es el derecho.”

<sup>2</sup> CUENCA Humberto. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I Universidad Central de Venezuela. Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 1981, p. 199: “Toda la normativa que regula el proceso tiende a reparar un derecho lesionado, a declarar una situación jurídica justa o la restitución o resarcimiento de lo que es debido. Por ello, derivado del carácter instrumental de la ciencia que lo estudia, el proceso no es un fin en sí mismo sino el instrumento para realizar la justicia”.

<sup>3</sup> PICO I Junoy Joan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado”. Ponencia presentada al “Congreso Internacional de Derecho Procesal” celebrado en Lima del 29 al 31 de octubre de 2003, y publicada en *Derecho Procesal Civil*. Congreso Internacional, Lima, 2003, pp. 55-66; también en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2004, núm. 4, pp. 253-270. Y en su versión italiana cfr. *Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato*, en “Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia”, T. I, edit. Giuffrè, Milano, 2005, pp. 213 a 230. p. 110 “Esta formulación del proceso civil encuentra su fundamento constitucional en el deber del juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que, por ejemplo, el artículo primero de la Constitución Española proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la “justicia”, que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional. La “justicia”, como valor superior del ordenamiento jurídico, representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que, si existe un interés público en que el resultado del proceso sea “justo”, el Estado debe poner al servicio de los jueces todos los medios y poderes necesarios para que puedan alcanzar dicho fin”.

Micheli<sup>4</sup> esa tutela que brinda el Estado a través de los tribunales es la que permite garantizar el efectivo acatamiento de las normas o el restablecimiento de su eficacia en caso de haberse producido una transgresión.

Ese carácter instrumental del proceso, ha sido insertado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el artículo 257<sup>5</sup> que, al ser analizado en concordancia con el artículo 2<sup>6</sup> del Texto Constitucional, pone de relieve la importancia del valor de la justicia como principio axiológico que informa la actividad jurisdiccional, por lo que al hacerse referencia a la justicia en relación con el proceso, no se trata solo de un desiderátum metafísico sino de un mandato dirigido a los órganos del poder judicial que tiene gran relevancia e implicación social.

Si bien es cierto que mucho se ha escrito sobre el tema de la justicia, sin haberse agotado el debate sobre su conceptualización, no es menos cierto que cuando el constituyente y el legislador hacen referencia a ella, lo hacen desde una perspectiva teleológica, procurando que en la aplicación del derecho al caso concreto se adopten las decisiones más adecuadas para el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

Desde esta óptica más cercana a la realidad social y armonizando el proceso con el valor de la justicia, Calamandrei<sup>7</sup> señaló lo perjudicial de ver el fenómeno procesal desde una pers-

<sup>4</sup> MICHELI Gian Antonio. Curso de Derecho Procesal Civil-Tomo I “Jurisdicción y Acción”, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA) Buenos Aires, 1970, p. 3 y 4: “Al Estado le corresponde institucionalmente asegurar la actuación del derecho subjetivo en los casos en que el mismo no sea voluntariamente observado por los coasociados. Cuando tal actuación tiene lugar a través de la intervención del juez, órgano estatal, la ley habla de “tutela jurisdiccional de los derechos”. El juez prosigue, en efecto, en esta hipótesis la obra del legislador, poniendo en práctica los remedios necesarios para obtener en concreto la reafirmación del mandato establecido por el Estado-legislador. La “tutela jurisdiccional de los derechos” consiste por eso en la actividad de determinados órganos estatales, los jueces, que, en el ejercicio de su poder conferido por el Estado ponen en práctica, en el caso singular, determinados remedios previstos por la ley, en forma de asegurar la observancia del derecho objetivo. Por tanto, este último tiene una vigencia, independientemente de que la circunstancia de que para la observancia de la norma sea necesario obtener la intervención del juez; pero, por otra parte, la posibilidad de obtener aquella “tutela jurisdiccional” del juez califica el contenido de la norma misma y, por consiguiente, la situación subjetiva reconocida. La ley hace referencia por eso a la “tutela jurisdiccional de los derechos” aun cuando probablemente sean tuteladas, a través del proceso civil, situaciones subjetivas que no alcanzan la calificación de verdaderos y propios derechos. La “tutela jurisdiccional” en nuestro ordenamiento positivo, es considerada, pues como una cosa extrínseca y eventual, respecto de la situación jurídica que debe ser tutelada, pero la única posibilidad de obtenerla concurre a calificar y a definir el ámbito y el contenido de la situación misma”.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> CALAMANDREI Piero, “*Proceso y justicia*”, Traducción de Santiago Sentís Melendo en: *Revista de Derecho Procesal*. Argentina. Editor: Hugo Alsina. 1952. p. 18: “El pecado más grave de la ciencia procesal de estos últimos cincuenta años ha sido, a mi entender, precisamente éste: haber separado el proceso de su finalidad social; haber estudiado el proceso como un territorio cerrado, como un mundo por sí mismo. Haber pensado que se podía crear en torno al mismo una especie de



pectiva desprovista de consideraciones axiológicas, y más exactamente, del valor justicia, pues como se ha venido señalando, el proceso va dirigido al restablecimiento de la paz social, y sin justicia es imposible que se pueda alcanzar la paz.

Ese enfoque axiológico ha sido reforzado en el foro venezolano, entre otras, por la interpretación que del artículo 2 de la Carta Magna se hizo en la sentencia del caso *Asodevipri-lara*<sup>8</sup> en el cual se sentaron las bases para la aplicación del concepto de Estado Social de Derecho y de Justicia en la resolución de casos concretos, y posteriormente en jurisprudencia reiterada<sup>9</sup> se ha hecho referencia a la justicia material como principio aplicable a la resolución de controversias en las cuales el derecho objetivo vigente puede resultar un obstáculo para el alcance del valor justicia en el caso concreto.

---

soberbio aislamiento separándolo cada vez de manera más profunda de todos los vínculos con el derecho sustancial, de todos los contactos con los problemas de sustancia; de la justicia, en suma”.

<sup>8</sup> Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 85 de fecha 24 de enero de 2002 con ponencia de Jesús Eduardo Cabrera Romero. “A juicio de esta Sala, tales antecedentes son importantes para entender la vigente Constitución Venezolana, que establece un Estado Social de Derecho y de Justicia, término (Estado Social de Derecho) que fue acuñado por Hermann Heller en 1929 en su obra *Rechtsstaat oder Diktatur* (Traducción al castellano: Estado de Derecho o Dictadura). Heller, va a oponer el Estado Social de Derecho al Estado de Derecho liberal y formalista, que consideraba la norma como un instrumento técnico para regular las relaciones humanas, pero sin ninguna referencia a valores y contenidos concretos, situación notoriamente conocida en Venezuela, y que impide que el Estado sea el motor de la transformación social. De allí, que desde los comienzos de la consolidación del concepto de Estado Social, lo importante es entender la ley en base a principios tendentes en lo posible a alcanzar el bien común, y no como una normativa que se aplica por igual a realidades desiguales. Esto es básico comprenderlo, ya que el no hacerlo conduce a la injusticia.” <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.HTM>.

<sup>9</sup> Sentencia de la Sala Constitucional de nuestro Alto Tribunal, N° 2231 de fecha 18 de agosto de 2003, caso: Said José Mijova Juárez, en el cual se estableció la posibilidad que tiene el propio Tribunal de resolver su fallo si se percata que éste viola derechos o garantías constitucionales. ...el Juez se encuentra legitimado para revocar su propia sentencia al ser advertido de un error que conduzca a la lesión de un derecho constitucional que agreda a una de las partes o a un tercero, pues no tiene sentido que reconociendo su propio error con el que ha causado un daño y, en consecuencia, haya transgredido normas constitucionales, provoque un perjuicio al justiciable, cuando en sus manos tiene la posibilidad en aplicación inmediata y directa de la Constitución de asegurar la integridad de dicho texto. De manera que, no obstante la prohibición que puede inferirse del anterior razonamiento, del estudio planteado en la presente situación se observa, que si bien la Sala ha emitido un pronunciamiento con carácter definitivo, que aun cuando no prejuzgó sobre el mérito era definitiva, puso fin al juicio, al haber declarado terminado el procedimiento por abandono de trámite, no puede dejar de advertirse que la decisión se adoptó prescindiendo de un elemento esencial que haría improcedente tal declaratoria, como lo es, la diligencia presentada por el representante judicial del quejoso el 13 de febrero de 2003, solicitando pronunciamiento definitivo en la causa, y que no se agregó a los autos por el ya aludido error incurrido por la Secretaría de la Sala. Siendo ello así, mal podría mantenerse un pronunciamiento que tiene una connotación sancionatoria, fundamentada en un falso supuesto, esto es, en una inactividad no incurrida i por la parte afectada, por lo que necesariamente y, vista la peculiaridad del caso, constatado que no se analizaron en su totalidad los elementos necesarios para la decisión adoptada, esta Sala, en aras el principio constitucional de la justicia material como valor preeminente sobre el carácter formal normativo, y con fundamento en criterio anterior expuesto en un caso de igual similitud (vid. S. S.C. 115/2003), aplica la disposición contenida en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, revoca el fallo dictado por esta misma Sala, el 19 de mayo de 2003, mediante el cual se declaró terminado el presente procedimiento. Así se decide. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2231-180803-02-1702.HTM>.

Aunque debe advertirse que tal invocación de la justicia material no está exenta de cuestionamientos éticos y jurídicos, pues mal empleada puede dar lugar a la arbitrariedad.

En este sentido, además del aspecto axiológico, el proceso no solo ha sido influenciado como se dijo, por la conceptualización del Estado Social de Derecho y de Justicia, sino también por la constitucionalización de las garantías procesales que al adquirir rango constitucional también vienen acompañadas de una serie de poderes-deberes del juez que han venido siendo desarrollados con mayor amplitud por la jurisprudencia en los últimos años.

Cabe destacar que en la tendencia “constitucionalizante” del derecho procesal, se entiende que los principios y valores que inspiran al texto fundamental deben regir al proceso, aún mas allá de lo que positivamente se haya establecido en la legislación adjetiva, en virtud del principio de supremacía constitucional establecido en el caso venezolano en el artículo 7<sup>10</sup> de la Constitución de 1999, siendo con ello justificada la actuación oficiosa de los jueces en resguardo de los mismos, pues en el capítulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela concerniente a la garantía de la constitución se estableció como obligación a todos los jueces de la República el aseguramiento de la integridad de la Carta Magna, pudiendo proceder de oficio tomando las decisiones correspondientes, a través de la potestad de control difuso<sup>11</sup> prevista en su artículo 334, que dispone:

*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, aun 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 esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.*

En el texto constitucional como se ha visto, al dotarse a los jueces con la facultad de control difuso de la constitucionalidad, ello da lugar a que todo juez ordinario sea a su vez juez constitucional, para la resolución de las controversias sometidas a su consideración, y por ello se justifica la actuación oficiosa del juez que opera en resguardo de los principios procesales insertos en la constitución. La actividad del juzgador en ciertos casos pudiera ir contra la ley cuando ésta es preconstitucional, por ejemplo, en aplicación de la referida potestad de control difuso de la constitucionalidad; pero no puede dejarse de lado el hecho de que los particulares a su vez deberían contar con mecanismos que permitan ejercer control sobre la legalidad del acto jurisdiccional (entendido en sentido amplio como toda providencia judicial), en cuanto manifestación del poder estatal que es, debido a que el abuso en el ejercicio de cualquier potestad pública pudiese comportar una lesión de derechos fundamentales.

<sup>10</sup> Artículo 7. La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución

<sup>11</sup> FARIAS Rodríguez María “Control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes”, *Revista de Derecho Constitucional*, Editorial Sherwood, N° 9, Caracas enero-diciembre 2004. p. 163: “La institución del control difuso es un control por vía de excepción, que se manifiesta en forma indirecta y constituye la posibilidad que tiene todo juez de la República de ser juez de la constitucionalidad de las leyes, de oficio o a instancia de parte. Esta institución permite a cualquiera de las partes en un proceso, solicitar la inaplicabilidad de una ley que se estime inconstitucional, en cuyo caso, el juez debe aplicar con preferencia la Constitución e inaplicar la ley en el caso concreto, pero sólo en el ejercicio de un proceso particular donde la cuestión de constitucionalidad es una cuestión incidental”

En este sentido, más allá de lo que es el control difuso de la constitucionalidad, que como es bien sabido es un mecanismo aplicable para la resolución de casos concretos, resulta interesante plantearse la actividad oficiosa que pudiera realizar el juez, para garantizar la integridad de la constitución a través de algún proveimiento cautelar, o incluso en el marco de una decisión de fondo a través de un *obiter dictum* en el que resuelva puntos no planteados por las partes, pero que puedan ser resueltos en procura del interés general.

Un ejemplo de ello lo constituye la sentencia N° 2010-1719 de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo: caso María Milagros Hernández vs. Alcaldía del municipio Girardot del estado Aragua de fecha 16 de noviembre de 2010, con ponencia de Emilio Ramos, en la que además de decidir sobre una demanda de contenido patrimonial, la Corte de oficio ordenó la reparación de una alcantarilla para evitar que se produjese otro hecho lesivo de la integridad física de otros ciudadanos que pudiesen verse afectados por la negligencia de la Administración<sup>12</sup> lo cual es un ejemplo de cómo puede irse más allá del concepto tradicional de congruencia marcado por el principio dispositivo, donde el juez no solo resuelve sobre la base de los alegatos planteados por las partes, sino que puede proceder también como garante de la constitución, en resguardo del interés general, con base en los elementos de autos, sin que ello constituya ultrapetita.

<sup>12</sup> “Lo anterior evidencia el cambio de la percepción que, en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración se plantea en la actualidad, donde inexorablemente se parte de la necesidad de atención y satisfacción de los intereses individuales involucrados en cada caso en concreto pero en plena observancia -a los fines de la satisfacción y ponderación- de los intereses colectivos relacionados. Resulta claro que la doctrina plantea que en el Derecho Administrativo moderno “(...) los intereses sociales no están organizados bipolarmente entre los individuales (atribuidos de pleno al Derecho administrativo) y los públicos (atribuidos a la política, como consecuencia de la asunción que de ellos ha realizado la Administración del Estado), sino que también hay que tener en cuenta los intereses colectivos, entendidos como aquellos que afectan a una comunidad o grupos concretos (los vecinos, los usuarios de un servicio público, los consumidores). Intereses que, aunque tengan una vertiente individual, sólo tienen verdadero sentido desde su perspectiva colectiva (...)” (Vid. NIETO, Alejandro, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, Número 76, enero-abril 1975, Madrid, España, pp. 9-35). Es decir, el Contencioso Administrativo actual se fundamenta en su razón de ser originaria, a saber, la protección y ponderación de los intereses colectivos y generales involucrados en cada caso, donde se deja de lado la visión individualista de los derechos y se busca la satisfacción de aquellos derechos colectivos que si bien no participan procesalmente hablando en los juicios que se entablan son sin duda los destinatarios de las tutelas y derechos del Contencioso Administrativo; sin descuidar al administrado que acude a satisfacer una necesidad particular. En el caso de marras, lo anterior se materializa no sólo con la declaratoria de procedencia de la pretensión expuesta por la demandante correspondiente al pago del daño moral reclamado, sino interpreta este Juzgador, en consecuencia, la necesidad de resguardar toda aquella colectividad indeterminada que pudiese sufrir un daño similar o igual a la de la accionante mientras no se mantenga en las condiciones adecuadas las instalaciones de agua en las que falleció el ciudadano Luis Enrique Hernández. Bajo estas consideraciones, en aras de la protección y satisfacción del interés colectivo involucrado en el presente caso, pese a que la parte demandante no requirió en su demanda la reparación y mantenimiento de dicha instalación, considera necesario este Juzgador, ordenar a la Alcaldía del Municipio Girardot del estado Aragua a que proceda de forma inmediata a la reparación de la referida alcantarilla, ubicada en la Avenida Bolívar, Sector Tapa-Tapa del Municipio Girardot del estado Aragua y que adopte las medidas tendientes al mantenimiento en condiciones óptimas para la prestación del servicio que presta, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda tener HIDROCEN-TRO. Así se decide.” El texto íntegro del fallo puede consultarse en <http://jca.tsj.gov.ve/DECLISIONES/2010/NO-VIEMBRE/1478-16-AP42-G-2006-000070-2010-1719.HTML>

Para llegar a la conclusión de que el juez puede dictar de oficio todas aquellas medidas que sean necesarias para el efectivo restablecimiento del orden constitucional hay que dejar de lado las posiciones tradicionales de la rigidez positivista y acercarse a lo que Zagrebelsky<sup>13</sup> denomina el Derecho por Principios, aproximarse a una ponderación de los intereses en juego, para brindar una solución cónsona con la realidad social a la que se va a dirigir el mandato contenido en la sentencia, y ello no es exclusivo del referido autor, cuyos planteamientos resultan demasiado aventureros para algunos, sino también para Ferrajoli<sup>14</sup> que también de-

<sup>13</sup> Zagrebelsky Gustavo “El derecho dúctil” Editorial Totta. Traducción de Marina Gascón Octava Edición. Madrid 2008, p. 121 y 122: “El derecho como disciplina práctica está necesariamente anclado a la realidad. Contrariamente a lo que a primera vista podría parecer, los principios no determinan el ordenamiento sólo a través de derivaciones deductivas que imiten torpemente a las ciencias lógico-formales. Ex principiis derivaciones podría valer si se reconociese únicamente su primera dimensión, la de normas que condicionan el desarrollo de todas las demás normas. Bajo esta perspectiva podrían encontrarse de acuerdo -quizás significativamente- tanto las doctrinas positivistas como las del iusnaturalismo puramente racionalista. Pero estaríamos ante una perspectiva parcial que ignora la otra y más alta dimensión de los principios como criterios de valor de la realidad. La concepción del derecho «por principios» tiene, por tanto, los pies en la tierra y no la cabeza en las nubes. La tierra es el punto de partida del desarrollo del ordenamiento, pero también el punto al que éste debe retornar. Naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso con su función, se preocupa de su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios confieren a la misma. Así pues, las consecuencias prácticas del derecho no son en modo alguno un aspecto posterior, independiente y carente de influencia sobre el propio derecho, sino que son un elemento cualificativo del mismo”. No se trata en absoluto de asignar a lo «fáctico» una prioridad sobre lo «normativo», sino de mantener una concepción del derecho que permita que estos dos momentos no sean irrelevantes el uno para el otro, como, por el contrario, sucede en el positivismo. La importancia de esta temática resulta evidente en todos los problemas relativos a la validez de las normas jurídicas. Si el derecho debe volver a la realidad, es decir, si debe operar en cada caso concreto conforme al valor que los principios asignan a la realidad, no se puede controlar la validez de una norma teniendo en cuenta exclusivamente lo que ésta dice. No basta considerar el «derecho de los libros», es preciso tener en cuenta el «derecho en acción»; no basta una «validez lógica» es necesaria una «validez práctica». ¿Cuántas veces el significado en abstracto de una norma es diferente de su significado en el caso concreto?, ¿cuántas veces las condiciones reales de funcionamiento de una norma tuercen su sentido, en ocasiones invirtiendo la intención del legislador? Siempre que se produce esta desviación, el «derecho viviente», o sea, el derecho que efectivamente rige no es el que está escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento.

<sup>14</sup> FERRAJOLI Luigi “Garantismo: Debate sobre el Derecho y la Democracia”. Segunda Edición. Traducción de Andrea Greppi. Editorial Trotta. 2009. p. 92-93: “En esta perspectiva, sin embargo, como ya he dicho en el S 4.1, el juicio constitucional, aunque basado en la ponderación entre varios principios constitucionales, no es distinto, en el plano epistemológico, de cualquier otro juicio jurisprudencial. Se trata en todo caso de un juicio vinculado a la «verificación» de sus presupuestos, aunque sea en el sentido aproximado y relativo que es propio de toda determinación jurisprudencial. Podemos incluso admitir que el juicio constitucional de ponderación implica generalmente pero no siempre (basta pensar en la indeterminación de muchísimos tipos penales) un espacio mayor de discrecionalidad que el juicio ordinario de subsunción. Pero este espacio es siempre una cuestión de grado, cuya medida, como he sostenido en diversas ocasiones, depende de la semántica del lenguaje de las normas o de los principios aplicados'. Si es verdad, como ha afirmado José Juan Moreso, que para el juez constitucional existe una pluralidad de «mundos constitucionalmente posibles», es igualmente cierto que también para el juez ordinario existe una pluralidad de mundos legislativamente posibles. En cualquier caso, también la jurisdicción, tanto ordinaria como constitucional, implica siempre, por la presencia de espacios inevitablemente abiertos a la discrecionalidad interpretativa y a la valoración probatoria, una específica esfera de lo decidible: la ligada precisamente a la decidibilidad de la verdad procesal, y en particular al carácter opinable de la

fiende en su trabajo sobre el garantismo la posibilidad de que se realice la interpretación y ponderación de los principios constitucionales para la resolución de casos por parte del juez.

Debe tenerse en cuenta que en esa visión, la constitución tiene un papel constitutivo del ordenamiento jurídico, ya que los principios fundamentales presentes en las disposiciones constitucionales no son susceptibles de ser interpretados de acuerdo con los métodos tradicionales del artículo 4<sup>15</sup> del Código Civil, sino que entra en juego la ponderación de los criterios éticos que le permitan al juzgador asumir una posición pragmática que se adapte a la realidad social, entendiendo que el Derecho en su aplicación a través de la sentencia no sólo va dirigido a las partes que integran la relación procesal, sino que incide a su vez en el contexto en el que pueda afectarse el interés general.

Un ejemplo claro lo sería la interpretación de los principios de libertad e igualdad cuando se enfrenta a una gran corporación contra los entes encargados de proteger la libre competencia; para quienes representan a la corporación, cualquier acto administrativo antimonopolio que le impida ejercer exclusivamente la explotación de un determinado rubro acarrearía una limitación a su libertad económica; no obstante, entra en juego la protección de los pequeños emprendedores para que éstos puedan incursionar en el mercado en igualdad de condiciones para colocar sus productos.

Es entonces cuando el juez, en este ejemplo, contencioso administrativo, se encuentra ante una labor eminentemente ética, en la que no sólo está decidiendo sobre la legalidad de un acto administrativo de efectos particulares, sino que entran en juego una serie de variables de carácter económico y social que deberían ser ponderadas al hacer la interpretación de los principios constitucionales invocados por las partes.

Para la resolución de los casos concretos se requeriría entonces construir conceptos operacionales de los principios constitucionales, quedando completamente descartado el método silogístico, y dando lugar a que el juez defina a los efectos de la resolución del caso cómo debe entenderse cada principio invocado.

Por ejemplo, en el caso planteado, el juez debe determinar en su decisión el alcance del concepto de libertad: ¿libertad para que una sola corporación pueda explotar un rubro, o libertad para que todos accedan al mercado? Claro está que para ello no solo debe analizarse el concepto de libertad sino también el de igualdad, para que a través de la ponderación de ambos pueda establecerse de modo concreto si el acto administrativo lesiona efectivamente el principio constitucional de la libertad en su vertiente económica, como sostendría la corporación recurrente, o si por el contrario, el acto administrativo estaría encaminado a tutelar la libertad de competencia en igualdad de condiciones como sostendría el ente administrativo recurrido.

Dado que la tutela de los principios constitucionales, es el fin de las potestades oficiosas reconocidas por el ordenamiento jurídico, debería entonces entenderse que la interpretación

---

verdad jurídica y al carácter probabilístico de la verdad fáctica. Obviamente, la jurisdicción dispone de una esfera de lo decidible mucho más estrecha que la que se abre a la legislación, al estar vinculada a la aplicación y no simplemente limitada por el respeto a las normas sobre su producción. Pero la presencia de una esfera de lo decidible va siempre unida al ejercicio del poder.”

<sup>15</sup> “Artículo 4.- A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho.” CÓDIGO CIVIL Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

que de los principios constitucionales se haga, tiene que ponderar necesariamente el impacto social de lo decidido, porque ya el juez no puede concebirse a sí mismo como un tercero imparcial y ajeno a los intereses en juego, cuando su decisión no puede ya ser un mero silogismo cualquiera que afecta solo a las partes que constituyen la relación procesal, sino que puede tener un impacto social de proporciones indeterminadas.

Es por ello que, con la constitucionalización, a su vez se produce un replanteamiento del positivismo jurídico y el iusnaturalismo, ya que este último resurge atenuado, pues el empleo de la noción de “Derechos Fundamentales” trae consigo unas pautas interpretativas propias del sistema axiológico que engendra la creación de las normas constitucionales, tal como lo dijera Ferrajoli<sup>16</sup>.

Para quien suscribe el presente artículo, cuando se observa al proceso desde el prisma garantista, y se hace lo propio desde la perspectiva activista, no se trata de observaciones radicalmente opuestas del mismo fenómeno, sino de distintas formas de ver un mismo objetivo del proceso: la justicia, que -como un personaje recurrente de las obras de teatro de Wagner- constituye el *leitmotiv*, es decir, la inspiración que motiva tanto los planteamientos de la corriente activista como los de la garantista en cuanto a la institución procesal, como diría Gordillo<sup>17</sup> “...*Es el discurso y no el mensaje lo que es diferente...*” ya que, si se le preguntara a un defensor de la corriente garantista, el proceso justo sería aquél donde se respetasen todas las garantías a los justiciables, y en caso de repetir la operación con un partidario de la tesis activista, coincidiría -con ciertos matices- en tal aserto.

No se trata aquí de fusionar ambas posiciones, sino más bien de armonizarlas en la aplicación de los preceptos constitucionales y legales, visto que en el foro venezolano los poderes del juez se han ido ampliando peligrosamente, en virtud de actuaciones de algunos administradores de justicia que se arrogan ciertas atribuciones en la resolución de controversias de carácter social<sup>18</sup>, o en las que consideran que la norma adjetiva aplicable no se ajusta a los principios constitucionales<sup>19</sup>, y por ello se hace necesario un planteamiento teórico crítico de la cuestión, en la búsqueda del punto medio entre el exceso y el defecto en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales.

<sup>16</sup> FERRAJOLI Luigi “*Garantismo: Debate sobre el Derecho y la Democracia*”. Segunda Edición. Traducción de Andrea Greppi. Editorial Trotta. 2009. p. 26: “Ésta es, precisamente, la novedad introducida por el constitucionalismo en el cuerpo mismo del derecho positivo y, por tanto, del positivismo jurídico. Una vez superado, con la aparición de las constituciones rígidas, el carácter unidimensional del derecho positivo y el carácter exclusivamente formal de la validez jurídica, la vieja tesis de la interdicción a los juristas de formular juicios críticos sobre la validez y la invalidez de las leyes se transforma en su contrario: es el propio positivismo jurídico el que impone a los juristas y a los jueces, a partir del reconocimiento de las leyes de los principios estipulados en las constituciones como normas de derecho positivo de grado superior, la formulación de juicios jurídicos acerca de la validez sustancial de las leyes (con los inevitables y siempre opinables juicios de valor implícitos) y, por tanto, la crítica del derecho que ellos consideren inválido por contradecir las normas constitucionales”.

<sup>17</sup> NIETO Alejandro, GORDILLO Agustín. “*las limitaciones del conocimiento jurídico*”. Editorial Trotta, España Madrid, 2003. p. 70.

<sup>18</sup> Caso de la sentencia de la Sala Constitucional del 14 de mayo de 2004, caso: Transporte Saet C.A., en la que se condenó a una sociedad mercantil que ni siquiera fue citada para ejercer su defensa en aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo corporativo” y el criterio de la unidad económica, pasando por encima de la garantía constitucional al debido proceso.

<sup>19</sup> Caso de la sentencia de la Sala Constitucional en sentencia N° 446 del 15 de mayo de 2014 en la que se confirmó una decisión dictada por un tribunal en la que se modificó el procedimiento aplicable a la tramitación del divorcio incoado con fundamento en la causal contenida en el artículo 185-A del Código Civil.



Claro está, que la búsqueda de la limitación al poder oficioso del juez no se traduce en una defensa a ultranza del principio dispositivo, en su expresión más recalcitrante, puesto que, al colocarse en ese lado de la acera, pueden quedar impunes con su aplicación rigurosa conductas tan censurables como el fraude procesal cometido, por ejemplo, en una demanda instaurada entre dos sujetos concertados para perjudicar a un tercero.

Es por ello que el juzgador debe encontrar en la ley algunos medios que le permitan ir más allá de las apariencias construidas por las partes, claro está, sin que ello comporte el desconocimiento de las garantías de quienes se puedan ver en desventaja ante la iniciativa oficiosa del juez.

Como bien apunta Barberio<sup>20</sup>: “*Ni jueces de palo por un lado, ni la Santa Inquisición por el otro. Este contraste, así sugerido, es harina que ni siquiera tiene costal*”. La concesión de poderes al órgano jurisdiccional no puede en ningún caso erigirse como la negación de los derechos fundamentales de los justiciables.

La aspiración de estas líneas es, si se quiere, bastante ambiciosa, pues consiste en realizar un aporte que contribuya en el debate, para replantear teóricamente el alcance y los límites del ejercicio de las potestades oficiosas conferidas a los jueces, para encontrar el justo equilibrio entre la “búsqueda de la verdad” y las garantías establecidas en la constitución y las leyes, en favor de las partes integrantes del conflicto sustancial debatido.

Para avanzar en la concreción de esta tarea armonizadora, se procederá a examinar brevemente los rasgos del activismo judicial y del garantismo, con el objeto de sintetizarlo en lo que se ha venido a denominar en el presente trabajo como “activismo garantista” sin pretender con esto dar por zanjadas las polémicas que se han suscitado al respecto, pues no se intenta inventar el agua tibia, ya Picó<sup>21</sup> hace más de quince años hizo un valioso aporte en procura de la búsqueda del equilibrio entre las garantías de los justiciables y la administración de una justicia eficaz.

## I. GENERALIDADES SOBRE EL ACTIVISMO Y EL GARANTISMO

Antes de hacer una propuesta que parecería un sincretismo herético, a los ojos de los más ortodoxos procesalistas de una y otra corriente, es menester hacer un somero examen de

<sup>20</sup> BARBERIO Sergio José. “La Imparcialidad Judicial” en: *Activismo y garantismo procesal*, 1ª ed. Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 21.

<sup>21</sup> Picó I Junoy Joan “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado” Ponencia presentada al “Congreso Internacional de Derecho Procesal” celebrado en Lima del 29 al 31 de octubre de 2003, y publicada en *Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional*, Lima, 2003, pp. 55-66; también en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2004, núm. 4, pp. 253-270. Y en su versión italiana cfr. *Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato*, en *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, T. I, edit. Giuffrè, Milano, 2005, pp. 213 a 230. “Por ello, el objetivo de este trabajo es someter a crítica estos nuevos planteamientos, excesivamente ideologizados, para llegar a una solución o postura intermedia entre ambas posiciones doctrinales, logrando así su equilibrio, pues la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibles desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que se pretende es lograr la tutela judicial más justa posible, y no puede olvidarse que la “Justicia” también es un valor supremo en la mayoría de los textos constitucionales, ya venga proclamada expresamente o bien lo sea de forma implícita. Por ello, debemos esforzarnos en buscar una postura intermedia, que sin conculcar ninguna garantía constitucional de las partes logre la máxima eficacia del proceso”.



los rasgos característicos de estas posiciones dogmáticas del quehacer jurisdiccional, a fin de dar luces sobre la viabilidad de su conciliación.

Cuando se hace referencia al activismo judicial, el estudio del fenómeno jurisdiccional se hace desde la perspectiva del juez como director del proceso dotado de diversas facultades para contribuir en la solución del conflicto, pero no se trata de algo totalmente novedoso, pues como indica Maraniello<sup>22</sup> tiene su antecedente en las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, donde en la Partida Tercera Ley 11 Título IV, se le imponía al juez “saber la verdad del pleito por cuantas maneras pudiese” y refiere el mismo autor que: “La locución “activismo judicial” fue posiblemente, usada por vez primera por la Suprema Corte de EEUU, alrededor de 1952 cuando se autoproclamo “activista”<sup>23</sup>”

Sin embargo, no han faltado opiniones contrarias a la posibilidad de actuación oficiosa de los jueces, tildándola de autoritaria, resultando particularmente ofensiva la definición de activismo que hace Lozada<sup>24</sup> al definirlo:

*“el activismo judicial es una forma de comportamiento jurisdiccional arbitrario que consiste en tomar decisiones caracterizadas por dos rasgos: i) son idóneas para realizar valores constitucionales sustantivos (paradigmáticamente, los derechos fundamentales), a costa de ii) interferir injustificadamente en una línea de actuación, actual o potencial, reservada de manera definitiva —es decir, no meramente prima facie— a la legislación o a la administración en virtud de valores constitucionales formales (como la seguridad jurídica, el principio democrático o la división de poderes)”.*

Como puede observarse, el referido autor señala como rasgo característico del activismo judicial a la arbitrariedad, y si bien es cierto que cualquier potestad estatal es susceptible de ser ejercida arbitrariamente, no es menos cierto que el ejercicio del poder público en cualquiera de sus ramas debe y puede ser objeto de control, pues la actividad jurisdiccional no escapa del sistema de pesos y contrapesos que señalaba ya hace más de dos siglos Montesquieu en “*El Espíritu de las Leyes*”.

En la definición presentada por Lozada se destaca la “interferencia” del funcionario judicial, como algo negativo, como si éste estuviese llamado a permanecer ajeno de lo que acontece en el proceso, y se alude a que al proceder oficiosamente el juez invade el ámbito de actuación de la función legislativa o administrativa del poder público, constituye una visión completamente sesgada, pues parte de una presunción de mala fe, como si la única posibilidad de ejercicio de las potestades conferidas a los jueces fuese el abuso, lo cual es exagerado, pues no existe un juez dotado de discrecionalidad absoluta para proceder según su libre voluntad, y en este sentido acertadamente apunta Ramos<sup>25</sup> el proceso se desenvuelve en un

<sup>22</sup> MARANIELLO Patricio “El Activismo Judicial Una Herramienta De Protección Constitucional” Conferencia dada en la provincia de Formosa, organizado por la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación, el día viernes 31 de octubre de 2008. Publicado en <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/El-activismo-judicial-actualizado.pdf> consultado el 12/10/2021

<sup>23</sup> MARANIELLO Patricio “El Activismo Judicial una Herramienta de Protección Constitucional”...

<sup>24</sup> LOZADA Ali “Activismo Judicial y Derechos Sociales: Un Enfoque Postpositivista” DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) pp. 211-226 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38431.pdf>. p. 212

<sup>25</sup> RAMOS Méndez Francisco. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. José M. Bosch, Editor, S.A. 4ª Edición Barcelona 1990, p. 330 A 331 “Según se ha señalado, el devenir de los actos procesales no es libre y espontáneo, sino reglado y organizado en cauces predeterminados. Precisamente son las normas de procedimiento, las que someten a disciplina al proceso: señalan los cauces a utilizar,

marco normativo reglado que rige cada una de las etapas en que se desarrollan tanto la actividad de las partes como la actividad del juez, y como se ha venido insistiendo, hay que buscar el equilibrio, pues como señala el mismo autor, el excesivo culto a la norma procedimental, desvinculada de sus fines prácticos, es lo que da lugar al formalismo ritual, a la indebida preponderancia de la forma sobre el fondo, que no contribuye al alcance efectivo del valor justicia tantas veces mencionado.

Además, es necesario recalcar que los poderes conferidos al juez tienen a su vez la contrapartida de los deberes y responsabilidades civiles, administrativas y penales que acarrea el ejercicio de la función pública, en el caso venezolano prevista en el artículo 25<sup>26</sup> de la Constitución de 1999; no hay tal cosa como un “superpoder” que blinde a los jueces contra las acciones a que puedan dar lugar sus actuaciones, en caso de resultar lesivas de derechos fundamentales, y en este mismo orden de ideas resulta pertinente citar lo afirmado por Peyrano<sup>27</sup> “Entonces, el ocasional y aislado mal uso de las atribuciones que el activismo confía en los jueces no puede constituir un argumento válido para descartar las excelencias de dicha concesión”.

Llegar al extremo de equiparar a una potestad con su ejercicio abusivo, sería como prohibir la circulación de todos los vehículos automotores, ante la eventual posibilidad de que se produzca el arrollamiento de algunos peatones; es una exageración completamente absurda que no contribuye en lo absoluto a la resolución de los conflictos sociales que está llamado a resolver el poder judicial como vertiente del poder público, llamada a garantizar la paz social.

Puesto que la preocupación por la posibilidad de ejercicio arbitrario de la actividad jurisdiccional oficiosa está latente, es menester resaltar la importancia de la creación y operatividad

---

establecen el orden de las actuaciones, miden en unidades de tiempo su duración. Todas estas reglas son técnicas, es decir, vienen concebidas en función de la mayor utilidad para el proceso. De aquí que la experiencia aconseja cambiarlas cuando su utilización deviene estéril o disipa los fines del proceso. Estas reglas son también jurídicas, en cuanto que preestablecidas por normas jurídicas que prescriben su observancia, precisamente como garantía. Son en definitiva, “las reglas del juego” a que hay que someterse en el campo procesal. Ahora bien, como norma general, la regla de procedimiento no puede sustantivarse, es decir, convertirse en fin propio por sí misma. Ello conduce al formalismo, defecto que debe ser firmemente rechazado por convertir en fin lo que no es más que un medio. Está claro que el proceso, dado su carácter reglado no puede prescindir de las formas y que incluso éstas, en determinados casos, se convierten en presupuestos necesarios de un determinado acto procesal. De aquí que uno de los conflictos más graves que se plantea cada día en la mecánica del procedimiento es el de lograr el justo equilibrio en la utilización de sus normas, sin atropellar las garantías que suponen, pero también sin exagerar su interpretación literal. Las normas de procedimiento preordenan en principio cualquiera de las expectativas o posibilidades que puedan surgir en un proceso, según el aprovechamiento o utilización que efectúen las partes o el juez, es decir, respetando su libertad de elección. Esto significa que cualquier actividad procesal se ha de desenvolver a través de una norma de procedimiento: la vía de hecho y la fuerza repugnan en una forma organizada de tutela como es el proceso. Ello significa también que la actividad procesal desenvuelta al margen de las normas de procedimiento es ineficaz, en diversa medida según el vicio de que adolezca”.

<sup>26</sup> “Artículo 25 Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.”

<sup>27</sup> PEYRANO Jorge W. “Palabras de Apertura Sobre el Activismo Judicial” en: *Activismo y garantismo procesal* - 1a ed. -Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 9 y ss.

de mecanismos de control que deben existir sobre la actividad jurisdiccional para evitar los excesos, pues como lo refiere Parés<sup>28</sup> pueden producirse arbitrariedades cuando el juez, por ejemplo, en el ámbito del contencioso administrativo, emplea sus poderes para sustituir a la administración, subsanando sus errores o supliendo sus omisiones, lo cual es absolutamente censurable, pero se insiste, la conducta abusiva no está ligada *per se* con las potestades conferidas al órgano jurisdiccional, sino que está estrechamente vinculada con su desenvolvimiento en la práctica, con la calidad ética de los operadores de justicia llamados a ejercerlas dentro del marco de la legalidad, por lo que la desviación de poder -como vicio que es y que no se niega que puede ocurrir- debe y puede ser controlada mediante los procedimientos disciplinarios, administrativos e incluso penales que puedan activarse, para prevenir y sancionar las conductas que contravengan los principios y garantías constitucionales de los justiciables, y por ello deben extremarse los esfuerzos para delimitar adecuadamente no solo las potestades sino las responsabilidades y las consecuencias accesorias que acarree el abuso de las mismas.

Precisado lo anterior, queda clara la distinción entre lo que es el activismo judicial, como conjunto de facultades legalmente atribuidas a los órganos de administración de justicia para actuar oficiosamente en el marco de las previsiones constitucionales y legales, y lo que no es el activismo: arbitrariedad desbordada de los jueces que abusan de su posición; y ello es preciso dejarlo bien demarcado pues si lo que se pretende es la administración de una justicia “*gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles*” como lo dispone el artículo 26 de la Constitución de 1999, ella no sería posible sin la concurrencia de un juez que tenga facultades de dirección oficiosa del proceso para contrarrestar el formalismo ritual que ha venido caracterizando el desenvolvimiento del proceso civil, instituido bajo el influjo del principio dispositivo, pues si bien es cierto que las relaciones sustanciales debatidas pueden corresponder a la esfera privada de los particulares, la jurisdicción sigue siendo una manifestación de la autoridad del estado en la cual está involucrado el interés público.

Asumida la delimitación apuntada del activismo judicial, surge un amplio margen de posibilidades de acción del juez en el proceso, pues como señala Peyrano<sup>29</sup> se incorporan

<sup>28</sup> PARÉS Alfredo. La resurrección parcial de la fallecida máxima según la cual sustituir a la administración es administrar. Sobre los límites al poder de sustitución del Juez administrativo, sus tentaciones y otros problemas de fondo mucho más graves / En: *Revista de Derecho Público*. Editorial Jurídica Venezolana, 135 (julio-septiembre) Caracas (2013), p. 20-21: “Quizá, nos enfocamos tanto en la tutela de la esfera jurídico-subjetiva, a través de la protección judicial -porque asumimos siempre a los jueces como garantes de nuestros derechos-, que no vimos la posibilidad de que en ciertas ocasiones -sobre todo en momentos aciagos para el Derecho administrativo y la independencia judicial, como los que en nuestro país vivimos actualmente- la propia justicia administrativa sea precisamente quien se erija como la violadora de esos derechos. Esto es, que tengamos que enfrentarnos a una justicia administrativa que se malentende a sí misma como protectora de la Administración pública y que, por tanto, pretende subsanar los errores cometidos por aquella y se abstiene de controlarla, aun ante la violación de derechos subjetivos. Es por este motivo por el que hemos querido resucitar -insistimos, solo parcial y muy parcialmente- la máxima tantas veces aludida, conforme con la cual los jueces no pueden administrar, ni tampoco pueden sustituirse a la Administración. Esta resurrección parcial tiene por único objeto servir como límite al poder de un Juez que se quiere disfrazar de administrador, no ya para tutelar los derechos subjetivos del particular vulnerados por la Administración, sino para remendar o subsanar lo que era competencia inicial -y exclusiva- de aquella y que ejerció violentando derechos subjetivos del ciudadano”.

<sup>29</sup> PEYRANO Jorge W. “*Palabras de Apertura Sobre el Activismo Judicial*” en: *Activismo y garantismo procesal* - 1a ed. -Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 7 y ss.

nociones como las de las medidas autosatisfactivas, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, la reposición *in extremis*, la medida cautelar innovativa, además de la creación jurisprudencial de soluciones a la medida del caso concreto, muchas veces fuera de regulación, que posteriormente suelen acogerse como soluciones definitivas para casos semejantes en el foro judicial, y sobre las cuales el citado autor añade que se crea una especie de “Derecho Procesal Civil de las posibilidades ilimitadas” el cual delimita el autor de la siguiente manera:

*“con el uso de dicha expresión, intentamos significar que el grueso de las invenciones procesales recientemente acuñadas no respeta estrictamente los lineamientos de un sistema dado o inevitablemente se conforman a un molde teórico previo. No son, muchas veces, la derivación racional de un a priori constituido por tal o cual armazón intelectual de conceptos, principios y valores, sino más bien respuestas puntuales -frecuentemente desconectadas entre sí y de difícil inserción en algún sistema procesal conocido- a necesidades acuciantes y rebeldes a una discusión morosa y de cariz meramente teórico”<sup>30</sup>.*

En contraste, y no por ello menos importante, quienes suscriben la tesis garantista ven el proceso desde la perspectiva de los justiciables, quienes aspiran a una solución imparcial del conflicto de intereses en un proceso en el que se respeten todas las garantías, y esa búsqueda del respeto de los principios constitucionales, se refleja no sólo en el ámbito jurídico sino también en el ámbito político, como señala Ferrajoli<sup>31</sup> al establecer mecanismos que impidan la reforma de disposiciones constitucionales de naturaleza adjetiva y sustantiva consideradas como fundamentales, para evitar que se desvirtúen al ser desarrolladas legislativamente o al ser interpretadas en la resolución de casos concretos.

Otros aspectos reseñados por los defensores del garantismo, denominados también como revisionistas, por su posición contraria a la concesión de facultades oficiosas al juez civil, son los señalados por Picó<sup>32</sup> al exponer:

<sup>30</sup> PEYRANO, Jorge W. “El derecho procesal de las posibilidades ilimitadas o el fin de los sistemas”, en *Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales*, Rosario, Juris, 2003, t. 2, p. 223. (Citado por PEYRANO J.; *op. cit.*, página 8)

<sup>31</sup> FERRAJOLI Luigi. “*Garantismo: Debate sobre el Derecho y la Democracia*”. Segunda Edición. Traducción de Andrea Greppi. Editorial Trotta. 2009. p. 102 “Ya he mencionado en el § 5.2 los límites de contenido impuestos por ejemplo por la Constitución italiana y la española a la libertad de manifestación de pensamiento y al derecho de huelga. Añado ahora que los derechos fundamentales establecidos por las leyes ordinarias en materia de trabajo o por el código de procedimiento penal en materia de libertad personal son obviamente modificables mediante leyes ordinarias, si no se encuentran amparadas por específicas disposiciones constitucionales. A su vez, los derechos fundamentales establecidos en una constitución, si no existen normas constitucionales que establecen una rigidez absoluta o un grado de rigidez mayor que el previsto para las restantes normas constitucionales, son modificables a través de los procedimientos normales de revisión constitucional. Una cuestión completamente distinta, de política del derecho, es la de los diferentes grados de rigidez que consideremos justo, deseable o en definitiva oportuno asociar a las diferentes clases de normas constitucionales. Indudablemente, una teoría política de las constituciones bien podría (y a mi entender debería) proponer una diferenciación de los procedimientos más o menos agravados de revisión, en función del valor político asociado a las diferentes normas -procedimentales y sustanciales- contenidos en ellas. Pero es obvio que ésta no es en absoluto una tesis de teoría del derecho, sino una tesis de filosofía política y al mismo tiempo un deseo o una propuesta política, la de quien sostiene (como yo mismo he hecho en diversas ocasiones) que al menos esos derechos fundamentales que consideramos vitales deban ser amparados por una rigidez absoluta, como ya sucede, por lo demás, en muchos ordenamientos”.

<sup>32</sup> PICÓ I Junoy Joan. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado” Ponencia presentada al “Congreso Internacional de Derecho Procesal” celebrado en Lima del

*Las ideas expuestas sobre el juez civil totalmente pasivo, como mero resolutor de controversias, responden a un triple planteamiento que debemos analizar críticamente por separado: en primer lugar, partiendo de unos determinados datos históricos, se pretende evitar el modelo normativo de juez previsto en los códigos procesales de los estados europeos fascistas o totalitarios de la primera mitad del siglo XX, al considerarse que son jueces que necesariamente participan de la misma característica autoritaria o fascista. En segundo lugar, se entiende que el juez no debe tener iniciativas materiales en la medida en que estamos ante un proceso civil, en el que se discute un interés puramente privado, por lo que debe dejarse a la "suerte" de las partes. Y en tercer lugar, se menciona la clásica objeción de la imparcialidad del juez y su infracción con la participación activa del mismo dentro del proceso.*

Siguiendo el planteamiento reseñado, puede deducirse que los partidarios de esta corriente consideran fundamentalmente, que los principios democráticos y las garantías de la imparcialidad y la igualdad de las partes, se ven en serio peligro ante las potestades oficiosas de las que los jueces podrían abusar, por lo cual -teniendo como desiderátum los valores democráticos- ven en el activismo judicial al fantasma del autoritarismo, que se manifestaría en el proceso a través de la solidaridad del juez respecto de una de las partes, por ejemplo, al acordar una medida autosatisfactiva sin permitir a la parte accionada la previa contradicción de los alegatos y pruebas aportados por la actora.

Como se desprende de los párrafos que anteceden, aunque sin ahondar mucho, puede verse que se trata de dos posiciones verdaderamente distintas, y como se apuntó con anterioridad, el presente artículo quizás se asemeje un poco a aquel llamado a la paz que hiciera Mafalda desde su sillita, con la diferencia de que no es un la búsqueda de algo tan utópico como la paz mundial, sino un acercamiento de los aspectos de ambas corrientes que puedan ser armonizados; he allí la razón por la que se excluyen de este estudio las medidas autosatisfactivas que si bien son emblemáticas de la corriente del activismo judicial, constituyen un punto de imposible armonización de ambos planteamientos teóricos.

## II. GARANTISMO Y ACTIVISMO: "DIÁLOGO DE SORDOS"

Suele suceder en las ciencias sociales, y en cualquier disciplina donde exista posibilidad de expresión del pensamiento, que surgen planteamientos antagónicos cuyos representantes defienden a ultranza con la pasión que caracterizaría al autor de una obra filosófica de la Grecia antigua.

El presente trabajo está inspirado, en gran medida, en las ideas vertidas por Alejandro Nieto y Agustín Gordillo<sup>33</sup> en un maravilloso trabajo denominado "las limitaciones del conocimiento jurídico" en donde, gracias a una buena tertulia entre catedráticos, se discierne lo efímero que puede llegar a ser el conocimiento jurídico visto desde las parcelas particulares encerradas en algún método, destacando a su vez la riqueza que se puede extraer de un intercambio abierto de las perspectivas de cada uno.

---

29 al 31 de octubre de 2003, y publicada en *Derecho Procesal Civil*. Congreso Internacional, Lima, 2003, pp. 55-66; también en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2004, núm. 4, pp. 253-270. Y en su versión italiana cfr. Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato, en "Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia", T. I, edit. Giuffrè, Milano, 2005, pp. 213 a 230.

<sup>33</sup> V. NIETO Alejandro, GORDILLO Agustín. Op Cit. p. 14 "...En verdad que en el planeta jurídico no hay un solo metro cuadrado de paz y concordia en el que podamos detenernos un momento a descansar. No hay lugar para la razón convincente de Descartes. El ruido no deja oír las razones o, más precisamente todavía, son las razones las que producen el ruido que nos aturde..."

En este sentido, hay unas ideas allí plasmadas que merecen la pena ser consideradas, y en criterio de quien suscribe serían indispensables para abrir la mente al aparente antagonismo dogmático que se pretende plantear en estas páginas dado que:

*los juristas no solemos dialogar en paz sino diputando a voces. Estamos tan acostumbrados a los duelos forenses y a las controversias académicas que siempre hay un a favor y un en contra. ¿Qué puede pasar entonces si dos profesores amigos reflexionan juntos y no enfrentados?*<sup>34</sup>

De modo pues, que de esa interrogante puede colegirse que la búsqueda de conocimiento, en un ámbito reflexivo, sirve de puente entre diversos planteamientos para alcanzar, si bien no un concierto absoluto, una visión integral que resulte más productiva a los fines de la concreción de aquellos aspectos que puedan tener en común.

Como en toda disciplina cuya actividad redunde en la creación de conocimiento, en el Derecho siempre se encontrarán posiciones antagónicas, otras más o menos matizadas bajo la denominación, para algunos odiosa, de teorías eclécticas; no obstante, lo cual, puede llegarse a un cierto grado de consenso si los partidarios de las tesis correspondientes ceden terreno a sus contrarios en aquellos puntos en que puedan ser conciliables.

Por ello bien señala Nieva<sup>35</sup> que en la materia de lo que denomina como Ciencia Jurisdiccional, pareciera existir un “diálogo de sordos” donde cada quien defiende su punto de vista, sin advertir los puntos convergentes de sus planteamientos con los de los demás juristas, lo cual en este caso dificulta el replanteamiento de los postulados teóricos para el logro del objetivo común de ambas posiciones doctrinales, que como se ha venido aseverando, no es otro que la justicia, aunque algunos desdeñen de ella por considerarla un concepto indeterminado.

Cabría entonces replantearse los roles que juegan las partes y el juez en la relación jurídico-procesal, que sufre una especie de mutación por el influjo de las facultades oficiosas de las que se encuentra revestido el juez -antes tercero ajeno a la actividad de impulso, situado en el vértice superior del triángulo- ocupando ahora de manera simultánea un rol paralelo al de las partes respecto de la sustanciación de la causa, “perturbando” el equilibrio procesal que garantizaría la igualdad de las partes, por lo que partiendo de tal situación que podría ser desfavorable para los intervinientes, se debería proveer a los procedimientos de mecanismos que refuercen el derecho al control y contradicción de las pruebas, así como de las demás actuaciones oficiosas del juez que pudiesen traducirse en la vulneración de las garantías de los justiciables.

### III. EL “ACTIVISMO GARANTISTA” COMO UNA ALTERNATIVA

Antes de proseguir debe advertirse que en el presente caso, al tratarse de dos formas de concebir el fenómeno procesal con sus correspondientes partidarios, puede no ser fácil digerir el planteamiento de una síntesis, que arroje una visión como se la denomina acá, de un

<sup>34</sup> V. NIETO Alejandro, GORDILLO Agustín. Op Cit. p. 9.

<sup>35</sup> NIEVA Fenoll Jordi “*Jurisdicción y Proceso*”. 1ª Edición. Madrid, España. Editorial Marcial Pons. 2009. p. 13 “Existen una serie de puntos clave de la Ciencia jurisdiccional en los que la doctrina, por más que debate, no consigue ponerse de acuerdo. Con frecuencia se trata de un diálogo de sordos, porque pese a que unos y otros autores se lean entre sí, pocas veces se observa que un autor haya convencido a otro con su teoría, y mucho menos si se trata de uno de esos puntos clave a los que me estoy refiriendo. Desde luego, ello podría explicarse a través de diferentes factores puramente psicológicos y sociológicos que tienen la rivalidad por base. Pero en cualquier caso, es de todos conocido lo mucho que cuesta en los «ambientes científicos» -que no en la ciencia- modificar una conclusión”



“Activismo-Garantista”. Pero para facilitar la comprensión de lo que se pretende hacer, se puede pensar en la leche deslactosada, que no es un producto lácteo al cual se le suprime la lactosa sino que se le adiciona lactasa, que es una sustancia que permite al cuerpo humano la digestión de la lactosa presente en la leche completa.

Ese ejemplo alimenticio, permite ilustrar la idea de que el “Activismo-Garantista” que se pretende plantear, no consiste en suprimir las facultades oficiosas conferidas al juez, sino más bien proporcionar a las partes los mecanismos que permitan controlar esa actividad o mitigar las lesiones que de su ejercicio puedan derivarse.

Se acoge como “tesis-base” por así decirlo, al activismo judicial porque se reconoce la importancia que tiene la actividad oficiosa del juez como representante del Estado, que en cuanto tal no debería ser un mero espectador catatónico de la actividad de las partes, sino que debería desempeñar un rol de dirección del proceso, claro está, debidamente limitada por las garantías constitucionales de las partes, las cuales está obligado a salvaguardar.

En este sentido, se considera oportuno resaltar que ninguna atribución otorgada para el ejercicio del poder público es absoluta, y por ello quienes defienden la posición garantista, en lugar de oponerse férreamente a la concesión legislativa de poderes oficiosos a los jueces, podrían ir a la par, generando propuestas que coadyuven a limitar el ejercicio de esas potestades.

Leer las siguientes líneas solo tomará un momento, y ¿qué tan perjudicial podría ser? No lo suficiente para menguar nada del conocimiento del lector. Es por ello que se invita a echar una ojeada libre de prejuicios a una no tan novedosa proposición teórica, que pretende matizar algunos aspectos y constituir un modesto aporte, de la siguiente manera:

#### 1. *Imparcialidad del Juzgador*

En los ordenamientos procesales civiles contemporáneos hay una serie de rasgos comunes, que si bien es cierto son matizados con las particularidades de cada estado, se erigen como principios fundamentales que Taruffo<sup>36</sup> designa como “núcleo esencial” que involucra al juez, a las partes y al proceso, destacándose la imparcialidad e independencia de los jueces.

Constituye un punto álgido el de la imparcialidad del juzgador que ejerza las potestades oficiosas que le acuerda la ley, ya que resulta cuestionable la motivación con la que procede - máxime cuando su actividad favorece a la parte que va resultando perdidosa- y podría llegar a considerarse que, por ejemplo, al acordar una diligencia probatoria, podría existir una especie de prejuzgamiento que condicionaría lo decidido en la sentencia definitiva.

Es por ello que juega un papel importante en la búsqueda del equilibrio, la creación de medios procesales dirigidos a asegurar la imparcialidad, o a atacar las manifestaciones de parcialidad, que pudiesen llegar a manifestarse en el devenir del proceso.

La relevancia de la imparcialidad ha sido delimitada por Goldschmidt<sup>37</sup> al apuntar que:

<sup>36</sup> TARUFFO Michele. “Páginas Sobre Justicia Civil”, Marcial Pons. p. 65 “existe un núcleo esencial de principios irrenunciables que gobiernan la administración de la justicia civil en los ordenamientos evolucionados, y que tienen que ver con el juez, que debe ser independiente e imparcial; con las partes, que deben ver asegurado su acceso a la tutela jurisdiccional y el derecho a defenderse; y con el procedimiento, que debe ser rápido, simple, accesible y eficiente para el ejercicio de los derechos”.

<sup>37</sup> GOLDSCHMIDT Werner. “La Imparcialidad Como Principio Básico del Proceso (La Parcialidad y La Parcialidad)” En memoria del 28 de junio de 1940, fecha del fallecimiento de James Golds-



*La justicia se basa en la imparcialidad de las personas que intervienen legalmente en la resolución de la causa. Excepto las partes en sentido material, respecto a las cuales la parcialidad es condición esencial, todas las demás personas deben ser tan imparciales como sea posible y en razón directa de su influencia legal sobre el contenido de la resolución. Por ello, hace falta más imparcialidad en el juzgador que en el fiscal o en el perito*

En este sentido, el referido autor destaca la importancia de las normas que regulan la recusación y la abstención –en nuestro ordenamiento denominada inhibición– además de las que disponen lo relativo a la carrera de jueces y fiscales, por lo cual es menester acotar que deben establecerse ciertas pautas que permitan garantizar a las partes que ante cualquier manifestación de parcialidad por parte del órgano jurisdiccional se pueda obtener el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

A tales efectos se han sugerido una serie de mecanismos tanto en el ámbito normativo como en el ámbito administrativo que pueden coadyuvar a la preservación de la imparcialidad o a remediar las posibles desviaciones que hacia la parcialidad pudiesen ocurrir en el marco del proceso, entre los que Barberio<sup>38</sup> señala:

- *“Respeto absoluto por la independencia (inamovilidad, intangibilidad de los sueldos, proflixaxis política, etc.).*
- *Régimen de recusaciones y excusaciones (además, confiabilidad y ánimo en las partes).*
- *Prolijo sistema de incompatibilidades.*
- *Prevaricato: art. 269 C.P.: (resolución contraria a la ley por él citada o por las partes fundado en hechos o resoluciones falsos- doloso). Ante parcialidad deliberada.*
- *Cohecho: art. 256 C.P. (hacer o dejar de hacer algo relativo a su función); art. 257: Del Juez (dádiva o promesa para no resolver o resolver de determinada manera).*
- *Códigos y reglamentos de ética judicial (probidad, decoro y circunspección).*
- *Consejo de la Magistratura 14. Antes (en la selección) y después (en el desempeño).*
- *Concursos adecuados, justos y plurales. No de ocasión.*
- *Formación y capacitación constante.*
- *Cumplimiento del deber de ciencia.*
- *Deber de motivar suficientemente las sentencias.”*

En este mismo orden de ideas, en el foro venezolano lo relativo al aspecto administrativo de la carrera judicial tiene rango constitucional, y en la Carta Magna de 1999 se dispuso en su artículo 255 lo siguiente:

*“El ingreso a la carrera judicial y el ascenso de los jueces o juezas se hará por concursos de oposición públicos que aseguren la idoneidad y excelencia de los o las participantes y serán seleccionados o seleccionadas por los jurados de los circuitos judiciales, en la forma y condiciones que establezca la ley. El nombramiento y juramento de los jueces o juezas corresponde al Tribunal Supremo de Justicia. La ley garantizará la participación ciudadana en el procedimiento de selección y designación de los jueces o juezas. Los jueces o juezas só-*

---

chmidt en Montevideo. [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la\\_imparcialidad.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf)

<sup>38</sup> BARBERIO Sergio José. *“La Imparcialidad Judicial”* en: *Activismo y garantismo procesal*, 1ª ed. Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 16 y ss.

*lo podrán ser removidos o suspendidos de sus cargos mediante los procedimientos expresamente previstos en la ley. La ley propenderá a la profesionalización de los jueces o juezas y las universidades colaborarán en este propósito, organizando en los estudios universitarios de Derecho la especialización judicial correspondiente. Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.*

Del referido texto se desprende que es un mandato constitucional que la carrera judicial esté enmarcada en el debido proceso, tanto en el ingreso -que debe ser por concurso de oposición- para garantizar la idoneidad de la magistratura, como también en lo relacionado con la separación del cargo, pues la voluntad del constituyente fue que una vez obtenido el cargo en el poder judicial, se obtuviese la estabilidad garantizada por la debida sustanciación de procedimientos legalmente establecidos para la remoción o suspensión del cargo.

En refuerzo de lo anterior, resulta pertinente acotar que estos mecanismos apuntados pueden ser útiles, pero no debe perderse de vista que la mayoría de ellos atienden a temas propios de la administración del poder judicial, y por consiguiente, los cambios que se requieran en éste ámbito están sujetos a la voluntad del poder político.

Otro aspecto que contribuye a reforzar la protección de la debida imparcialidad que debe manifestar el juzgador, es la existencia de elementos reglados en las normas que le confieren las potestades oficiosas, y en este sentido Picó<sup>39</sup> hace referencia a que en la legislación española la iniciativa probatoria del juez no es espontánea, y al efecto señala:

*Finalmente, la pasividad del juez dentro del proceso suele argumentarse en la necesidad de proteger su debida imparcialidad. Sin embargo, atendiendo a los límites que anteriormente se han indicado sobre la iniciativa probatoria del juez, y en concreto, la imposibilidad de ordenar medios de prueba sobre fuentes probatorias que no consten en los autos, se evita que el juez pueda actuar inquisitivamente, buscando pruebas más allá de las libremente introducidas por las partes. Este límite se recoge correctamente en el art. 429.1.II LEC, cuando exige que la iniciativa probatoria del juez se ciña "a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos.*

En el caso venezolano, el control de la actividad oficiosa de los jueces también puede hacerse de acuerdo con la referida pauta exegética, extrayendo los elementos reglados presentes en las normas atributivas de las competencias discrecionales, tales como, por ejemplo, el artículo 450 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que contiene los principios que rigen el procedimiento ordinario para la protección de estos sujetos de derecho, y en su literal h dispone:

*"h) Iniciativa y límites de la decisión. El juez o jueza sólo puede iniciar el proceso previa solicitud de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice y en sus decisiones debe atenerse a lo alegado y probado en autos."*<sup>40</sup>

La precitada norma es un ejemplo de cómo la potestad oficiosa concedida a los jueces de protección de niños, niñas y adolescentes, debe ser desplegada dentro de los márgenes de la legalidad y debe circunscribirse a los límites dentro de los cuales haya sido planteada la controversia, por lo que ese impulso oficioso del proceso no es absoluto ni arbitrario, y lejos de constituir una amenaza para la imparcialidad, se erige como un mecanismo de garantía de

<sup>39</sup> PICÓ I Junoy Joan. Op. Cit. p. 125

<sup>40</sup> Ley Orgánica Para La Protección De Niños, Niñas y Adolescentes Gaceta Oficial N° 5.859 Extraordinaria de fecha 10/12/2007

tutela jurisdiccional efectiva pues el juez puede acordar medidas de protección inmediatas encaminadas a la restitución de situaciones de lesión o amenaza de los derechos de los niños, niñas o adolescentes involucrados.

Adicionalmente, respecto de la imparcialidad también debe considerarse el aspecto de la interpretación que de las normas puede hacer el juzgador en el marco de los preceptos constitucionales y legales que contienen preceptos y conceptos jurídicos indeterminados.

Al respecto, Meroi<sup>41</sup> señala:

*“La segunda mitad del siglo XX ha dado a luz un nuevo paradigma jurídico que, entre otras denominaciones, se ha dado en llamar “estado constitucional de derecho” (contraponiéndolo al “estado legal de derecho”) o “neoconstitucionalismo”. Conforme a este paradigma, la Constitución ya no es una mera carta de organización del poder y la declaración de unas libertades básicas sino, antes bien, una norma directamente operativa que contiene el reconocimiento de garantías -positivas y negativas- exigibles jurisdiccionalmente. A su vez, muchas de esas garantías tienen una estructura normativa abierta e indeterminada que impone a quien debe aplicarlas una tarea que excede, ciertamente, la de interpretar una norma. En tales condiciones, y más allá de los juicios de valor que este paradigma suscite, cabe preguntarse cómo juega la tradicional regla iura novit curia. ¿Cuál es el derecho que el juez conoce? ¿Cómo juegan sus preferencias valorativas a la hora de integrar la norma? ¿Cómo se resguarda la imparcialidad? ¿Qué rol compete a las partes en esa determinación normativa? Desde nuestra perspectiva, y dadas las condiciones de la juridicidad actual, es presupuesto de la imparcialidad de la decisión, la posibilidad del más amplio debate entre las partes respecto de la premisa normativa. Es menester reformular la regla iura novit curia permitiendo el contradictorio en la determinación de la regula iuris.”*

La perspectiva desde la cual plantea la referida autora el debate sobre la aplicación e interpretación de las normas, resulta muy interesante porque cuestiona esa ficción jurídica de que “el juez conoce el derecho” que tanto daño puede hacer si es llevada al extremo de la arbitrariedad, por lo que esa posibilidad de cuestionarla es perfectamente válida, habida cuenta de que tanto la potestad de control difuso como la interpretación y aplicación del derecho por principios según las premisas del precitado Zagrebelsky, conllevan la creación de un mandato integrador de los conceptos abstractos para dotarlos de contenido concreto para la resolución de situaciones particulares y como manifestación del poder jurisdiccional que es, debería poder ser objeto de control no solo a través del ejercicio de los medios de impugnación, sino como también resalta Meroi<sup>42</sup>:

*Precisamente dentro de estas “reglas del juego” está el “contradictorio”, resignificado en el diseño de un procedimiento que posibilite la refutación de las hipótesis principales y secundarias, que estimule la comparación, que atenúe los riesgos de prejuicios, que favorezca la formación de un juicio ponderado, etc.*

En el marco de este planteamiento, surge entonces la necesidad de reforzar el contradictorio, que ya no solo se debe producir y garantizar respecto de las partes consideradas entre sí, sino entre las partes y el juez, que al incorporar nuevas pautas de interpretación para la solución de la controversia debe garantizar la posibilidad de que los intervinientes puedan manifestar lo que a bien tengan señalar, por ejemplo, en una audiencia de sentencia en la cual

<sup>41</sup> MEROI Andrea. “La Imparcialidad Judicial” en: *Activismo y garantismo procesal*, 1ª ed. – Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 28-29

<sup>42</sup> MEROI Andrea. “La Imparcialidad Judicial” en: *Activismo y garantismo procesal*, 1ª ed. – Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 28

a diferencia de las audiencias como la prevista en el artículo 158<sup>43</sup> de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo donde se expone el dispositivo, se pueda producir un debate argumentativo que verse sobre las pautas dogmática-jurídicas en las cuales el juzgador basará la sentencia, a fin de cumplir la función dialéctica del proceso.

Abordado como ha sido el punto de la imparcialidad y ya al margen de cualquier consideración de orden jurídico, e incluso al margen de la existencia de facultades instructorias, debe tenerse en cuenta que la existencia de vicios éticos y morales en los representantes del Poder Judicial será siempre un elemento que afecte la imparcialidad de los actos decisorios, por lo cual, se insiste en que, atribuir la parcialidad de las providencias judiciales a la sola concesión de las referidas facultades oficiosas es un silogismo, cuando no errado, inexacto, y esto se refuerza con lo que también señala Barbiero<sup>44</sup> cuando expresa que:

*es como el caso de un mal cirujano y su bisturí. Ante el peligro -excepcional- somos partidarios de elegir cuidadosamente, proteger, vigilar, instruir o, cuando haga falta, apartar al cirujano; pero no de privar del bisturí a la cirugía.*

Acotado lo anterior, y una vez establecido que no hay una correspondencia absoluta entre la parcialidad y las potestades oficiosas, se considera oportuno señalar que como mecanismo expedito acordado en favor de las partes ante la posible actuación parcializada del órgano jurisdiccional deben impulsarse reformas legislativas, encaminadas a conceder refuerzo de los mecanismos antes apuntados, además de una mayor flexibilidad para las diligencias de apartamiento, que permita proponerlas en cualquier estado y grado del proceso sin limitaciones, sustrayendo la causa del conocimiento del juez de manera inmediata, con una tramitación expedita, acompañada de la exigencia de la debida fundamentación de la denuncia efectuada por la parte que se vea perjudicada, a fin de evitar el empleo malicioso de dicho mecanismo por las partes, para garantizar el equilibrio que debe existir en todo proceso judicial.

## 2. Actividad Probatoria de Oficio

Ahora bien, para el examen de las potestades probatorias oficiosas a la luz de las garantías constitucionales debe, en primer lugar, hacerse referencia a los principios fundamentales que debe respetar el órgano que se disponga a ejercer la referida actividad oficiosa, los cuales serían el derecho a la defensa, manifestado en la prohibición de indefensión, y la garantía del contradictorio, además de la consecuente impugnabilidad de toda providencia instructoria oficiosa, para colocar contrapeso en el platillo de la balanza correspondiente a los justiciables, que se enfrentan a esa actividad del juez en un plano de desigualdad.

<sup>43</sup> “Artículo 158 Concluida la evacuación de las pruebas, el Juez se retirará de la audiencia por un tiempo que no excederá de sesenta (60) minutos. Mientras tanto, las partes permanecerán en la Sala de Audiencias. De regreso en la Sala de Audiencias, el Juez de juicio pronunciará su sentencia oralmente, expresando el dispositivo del fallo y una síntesis precisa y lacónica de los motivos de hecho y de derecho, la cual reducirá de inmediato, en cuanto a su dispositiva, a forma escrita. Si el Juez de juicio no decide la causa inmediatamente, después de concluido el debate oral, éste deberá repetirse de nuevo, para lo cual se fijará nueva oportunidad. En casos excepcionales, por la complejidad del asunto debatido, por causas ajenas a su voluntad o de fuerza mayor, el Juez de Juicio podrá diferir, por una sola vez, la oportunidad para dictar la sentencia, por un lapso no mayor de cinco (5) días hábiles, después de evacuadas las pruebas. En todo caso, deberá, por auto expreso, determinar la fecha para la cual se difirió el acto para sentenciar, a los fines de la comparecencia obligatoria de las partes a este acto.

Parágrafo Único: Constituye causal de destitución el hecho de que el Juez de juicio no decida la causa dentro de la oportunidad establecida en esta Ley.” Ley Orgánica Procesal del Trabajo Gaceta Oficial N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002.

<sup>44</sup> V. BARBERIO Sergio José. Op Cit. p. 20.

Debe destacarse que la actividad probatoria oficiosa, o para mejor proveer, no debe suplir la negligencia de la parte a quien incumba probar, infringiendo el deber de mantener a las partes en plano de igualdad, sino que, en defensa de tales potestades, debe distinguirse lo que sería el acervo probatorio, debidamente incorporado a los autos por las partes, de lo que sería el grado de convicción del juez respecto de esos elementos probatorios, ya que solo podría emplearlas en caso de que no resulte del todo claro para el jurisdicente si dichas pruebas son suficientes para acreditar la existencia o inexistencia de los hechos alegados, con lo cual se colige que no puede el juzgador en ningún caso suplir la falta absoluta de pruebas.

En este sentido, resulta pertinente traer a colación lo establecido en el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil venezolano, que establece:

*“Concluido el lapso probatorio, el Juez podrá de oficio ordenar la práctica de las siguientes diligencias: 1° Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u oscuro. 2° Exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso que se juzgue necesario. 3° La comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes. 4° Que se practique inspección judicial en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro. 5° Que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos. El auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso de apelación. Cumplidas las diligencias, se oirán las observaciones de las partes en el acto de Informes”.*

Haciendo la misma operación realizada anteriormente con la norma contenida en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se pueden analizar los elementos reglados de la potestad oficiosa conferida al juez civil para la aportación probatoria, y en este sentido se destaca en primer lugar que el precitado artículo indica que el juez “podrá” ordenar la práctica de diligencias y ello debe ser concatenado a su vez con lo dispuesto en el artículo 23 del mismo Código que establece: *“Cuando la ley dice: “El Juez o Tribunal puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.”* Con lo cual se sigue que la práctica de las diligencias oficiosas no es la regla, sino la excepción, es una facultad que puede ser ejercida eventualmente si el juez considera que las circunstancias del caso concreto aconsejan su ejercicio.

Asimismo, es de hacer notar que la actividad oficiosa no es, en este caso, sustitutiva de la actividad de las partes, porque se materializa después de concluido el lapso probatorio, cuando ya han sido determinados a su vez por la conducta de las partes -que pueden convenir parcialmente en algunos hechos- cuáles son los hechos que deben ser probados, y es sobre la base de esos hechos controvertidos e incorporados a los autos que el juez puede despejar puntos dudosos a través de las diligencias para mejor proveer. Ahora bien, las críticas respecto de la inapelabilidad de esta clase de decisiones se harán más adelante.

Por otra parte, en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 71 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo dispone:

*“Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la evacuación de medios probatorios adicionales, que considere convenientes. El auto en que se ordenen estas diligencias fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso alguno.”*

La precitada norma resulta más amplia que la del Código de Procedimiento Civil en la concesión de la potestad de iniciativa probatoria oficiosa, pero nuevamente, yendo a sus elementos reglados, se destaca el deber de motivación de la decisión que las ordene, lo cual constituye un mecanismo de control por parte de los justiciables, ya que no bastará que el juez señale que los medios ofrecidos no le crean convicción, sino que deberá justificar en su motivación por qué considera necesaria la incorporación de otras pruebas, pero dispone igual que el artículo anterior, la inapelabilidad de la providencia judicial.

Habida cuenta de ciertos aspectos que pueden ser revisados en el acogimiento legislativo de las referidas potestades, para armonizarlos con los principios constitucionales, tomando cierto tinte garantista, se procede a hacer ciertas observaciones que podrían configurar el planteamiento del tantas veces aquí mencionado activismo-garantista, pues la iniciativa probatoria del juez debe ser encauzada para alcanzar la concreción del valor justicia, con el debido acatamiento de los derechos fundamentales de los justiciables. Por ello se tomaron en cuenta los tres puntos siguientes: la prohibición constitucional de indefensión y la consecuente garantía del contradictorio; la impugnabilidad de los proveimientos oficiosos y la inexistencia de providencias inimpugnables, aspectos que se desarrollarán a continuación.

### 3. *De la Prohibición constitucional de indefensión y consecuente garantía del contradictorio*

Cabe destacar que, dentro de las garantías procesales inherentes al debido proceso, presentes en nuestro texto constitucional se encuentra el derecho a la defensa contemplado en el numeral 1 del artículo 49 que comprende el derecho de todo ciudadano a acceder a los medios y a la pruebas para ejercer su defensa, lo cual conlleva implícitamente la prohibición de indefensión.

En este sentido, cabe destacar que en la Constitución española de 1978 se hace mención expresa de la prohibición de indefensión al contemplarse en el numeral 1 del artículo 24 que:

*Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*<sup>45</sup>.

Sobre este particular, Garberí señala como rasgo atinente a los fundamentos constitucionales del derecho procesal, por un lado, el derecho a no padecer indefensión, y por otro la obligación judicial de impedir la indefensión, que como él mismo sostiene constituye “*una auténtica obligación que pesa sobre los órganos judiciales de promover la defensa o, si se prefiere, de impedir la producción de indefensión*”<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978 Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978 Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978 <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

<sup>46</sup> GARBERÍ José. “*Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del derecho procesal*” 1ª Edición. Madrid, España. Civitas Ediciones. 2009. p. 225: “De esta obligación también se ha hecho eco La jurisprudencia constitucional, al afirmar que la prohibición de indefensión “requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses” (SSTC 13/2006, de 16 de enero, 65/2007, de 27 de marzo).”



En esta misma orientación garantista, Picó<sup>47</sup> señala que el Tribunal Constitucional español define la indefensión como “*la prohibición o limitación del derecho de defensa que se produce en virtud de actos de los órganos jurisdiccionales que suponen una mengua o privación del derecho de alegar o probar, contradictoriamente, y en situación de igualdad*”.

Con lo cual, siguiendo el tema que ocupa este trabajo, se colige que el juzgador incluso cuando realiza actividad jurisdiccional de impulso, o de aportación probatoria, está vinculado a la obligación de garantizar a los particulares la oportunidad procesal, y el acceso a los medios para ejercer la oportuna defensa de los derechos e intereses que pudieren sufrir las consecuencias derivables de dichas actuaciones; en cuyo caso el órgano jurisdiccional sería -una vez iniciado el proceso con el aseguramiento de las garantías de comparecencia, y debida notificación de los actos a las partes- el único responsable, ya sea con su actuación o por omisión, de la indefensión que pueda causarse a los intervinientes en el proceso, motivo por el cual la garantía del derecho a la defensa no puede ser conculcada en la etapa del proceso en la cual el juez incorpora elementos probatorios, respecto de los cuales las partes deben poder ejercer el correspondiente control y contradicción en su evacuación, e incluso yendo más allá, puede decirse que los justiciables incluso deberían poder objetar la admisibilidad de determinados medios de prueba, pudiendo defenderse de esa iniciativa probatoria tal como lo hacen respecto de la promoción efectuada por la contraparte.

#### 4. *De la Impugnabilidad de las Providencias Oficiosas/ Inexistencia de Providencias Inimpugnables*

De lo expuesto en relación con el ejercicio del derecho a la defensa, se colige la importancia que tiene también la incorporación de medios de impugnación expeditos que permitan la revisión de la providencia gravosa de manera inmediata, ya que diferir la resolución sobre su lesividad hasta el momento del examen de la sentencia definitiva podría resultar tardío para la reparación del gravamen causado.

Por ejemplo, si el juzgador oficiosamente acuerda la evacuación de una prueba que resulta onerosa para alguna de las partes y ésta no goza de la posibilidad de recurrir de inmediato, no habría reparación alguna de ese gravamen cuando ya ha sido evacuada la prueba y ha sido dictada la sentencia.

Como bien apunta Montero Aroca<sup>48</sup>:

*“El fundamento de los recursos radica en el reconocimiento de la falibilidad humana y en la conveniencia de que, bien el propio juez o tribunal pueda reconsiderar y rectificar una decisión a la que se considera por la parte desacertada antes de que se convierta en firme”.*

Proveer al juez de la facultad de acordar diligencias probatorias de oficio, constituye un voto de confianza por parte del legislador que no puede convertirse en un cheque en blanco, es decir, que dicha actividad debe estar sujeta a control por parte de quienes intervienen en el proceso de manera inmediata, a fin de evitar que una facultad conferida con el propósito de lograr una decisión más fundamentada del caso –entendiendo que lo que se procura es la búsqueda del esclarecimiento de puntos dudosos para una mejor resolución- se convierta por el contrario, en un mecanismo abusivo que pudiese conllevar una innecesaria dilación del proceso en el supuesto de haberse producido por las partes una actividad probatoria suficiente en el lapso destinado para ello.

<sup>47</sup> PICO I Junoy Joan. “Las Garantías Constitucionales del Proceso”, p. 95.

<sup>48</sup> MONTERO Aroca Juan. “Tratado de los Recursos en el Proceso Civil”, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, p. 38.



Si bien es cierto que el derecho de acceso a la doble instancia se concibe como derecho fundamental solo respecto de la materia penal, como bien señala Picatoste<sup>49</sup> no es menos cierto que en el caso de procesos no penales, en los cuales las partes se encuentren en total desventaja frente a una actuación del juzgador, debe ponderarse esa situación de desigualdad para evitar la indefensión, y a tal efecto el remedio procesal idóneo sería concederle recursividad inmediata a las partes.

Es por lo antes expuesto, que para un sistema activista-garantista, como el que se propone en este trabajo, resulta de vital importancia que no existan providencias oficiosas que sean inimpugnables de manera inmediata, ya que, como se ha venido apuntando, la posibilidad de revisión de las decisiones judiciales constituye el contrapeso del lado de la balanza del justiciable, frente a las potestades otorgadas al juzgador, con lo cual se procura por un lado garantizar la calidad de la decisión, y por el otro, evitar el empleo arbitrario de dichas facultades por parte del juez, motivo por el cual sería necesario que en el foro venezolano se impulsaran proyectos de reformas legislativas encaminadas a reforzar las garantías de los justiciables, permitiendo la impugnación directa de las actuaciones oficiosas de los jueces, especialmente en materia probatoria, y deslastrando a las leyes de ese vestigio de autoritarismo que parece asomarse en los textos legislativos al señalar que las potestades oficiosas del juez son inapelables, obstaculizando la reparación de los eventuales daños que pudiesen sufrir las partes.

##### 5. *Cargas Probatorias Dinámicas*

Para abordar el aspecto heurístico del proceso debe establecerse, entre otras cosas, ¿quién debe probar? es decir, a quién corresponde incorporar los elementos demostrativos de los hechos o excepciones alegadas con el propósito de obtener una sentencia favorable, pues el principio general que rige en el proceso civil contenido en el artículo 509 del código de Procedimiento Civil, prevé la carga que tienen cada una de las partes de incorporar al proceso las pruebas de sus respectivas alegaciones.

En este sentido, la noción de carga debe ser delineada para comprender mejor su alcance; Goldschmidt<sup>50</sup> la define como “imperativo del propio interés” pero ese carácter imperioso fue matizado por otros autores al observar que le es facultativo a la parte el accionar de uno u otro modo o incluso el no hacer nada en lo absoluto, y es así como posteriormente Rosemberg dirige el asunto de la carga hacia el sentido práctico del asunto, como lo apunta Calvino<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> PICATOSTE Julio. *Los Recursos y Otros Medios de Impugnación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Bosch, p. 32 “Pero por más que nos parezca un derecho alumbrado en profundos sentimientos de defensa y anhelo de justicia, solo podemos hablar de un anclaje constitucional del derecho al recurso cuando del procedimiento penal se trata, mas no respecto del proceso civil; solo en el primer caso el legislador habrá de prever, necesariamente y en todo caso, un sistema de recursos. Y ello es así porque su implantación no obedece solo a razones de política legislativa, sino a exigencias de orden constitucional”.

<sup>50</sup> GOLDSCHMIDT, J. (1936). *Derecho procesal Civil*, trad. de la 2ª ed. alemana por Leonardo Prieto Castro, Labor, Barcelona. p.203 citado por Calvino Gustavo “La Carga Procesal y el Dinamismo de la Norma Procedimental” *Revista VOX JURIS*, Lima (Perú) 34 (2):, 2017, p. 134. [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiVm\\_uM6snzAhXjSzABHc5LCtAQFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fdia.net..unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F6222552.pdf&usg=AOvVaw3dbU96rPcl8f5Rqt7p4V87](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiVm_uM6snzAhXjSzABHc5LCtAQFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fdia.net..unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F6222552.pdf&usg=AOvVaw3dbU96rPcl8f5Rqt7p4V87).

<sup>51</sup> ROSEMBERG Leo (1956). *La carga de la prueba*, trad. de la 3ª ed. alemana por Ernesto Krotoschin, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires citado por Calvino Gustavo “La Carga Procesal y el Dinamismo de la Norma Procedimental”... op cit. p. 135.

*Se desprende de estas ideas que Rosenberg no comulga con quienes consideran la carga procesal como un imperativo, pues la explica como una actividad movida por una necesidad práctica -y no jurídica- de ganar el pleito que no le genera a otro sujeto ningún derecho correlativo de exigir su cumplimiento.*

La delimitación realizada adquiere especial relevancia, pues partiendo de esa concepción de la carga procesal, y particularmente en el ámbito de la prueba, es la parte interesada en hacer valer sus alegatos quien eventualmente realiza por su propia voluntad o desiste, si así lo desea, de la promoción o evacuación de una prueba, si lo estima adecuado.

Otro aspecto a destacar es el resaltado por Devis<sup>52</sup> que señala su carácter de regla de juicio, de la siguiente forma:

*Carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.*

Lo dicho sirve de marco para comprender la magnitud del enfrentamiento entre defensores de la posición activista y de los de la garantista, pues basta con asomar el tema de las cargas probatorias dinámicas, que no se circunscribe precisamente al concepto de “carga” en el sentido en que se ha descrito anteriormente, y además constituye una subversión de las reglas positivas establecidas sobre la carga de la prueba, haciendo que en lugar de ser cada una de las respectivas partes la encargada de la demostración de sus alegaciones, le corresponda la actividad probatoria a la parte que según el criterio del juez, al momento de sentenciar, se encuentre en mejor situación de probar, y en este sentido Valentin<sup>53</sup> destaca lo siguiente:

*“Esta particular carga probatoria no estaría «determinada apriorísticamente» y en forma abstracta y genérica por la ley, sino que sería determinada por el tribunal a posteriori y en cada proceso concreto; no sería estática sino dinámica, yendo y viniendo según cual sea la parte que esté en mejores condiciones de aportar los medios probatorios”.*

Siendo la carga de la prueba una posibilidad de acción que la parte tiene facultativamente, y siendo además la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba, una herramienta de la cual echa mano el órgano jurisdiccional para determinar en caso dudoso a quién corresponde sufrir las consecuencias de no haber probado, resulta contradictorio que a través de la noción de “carga” paradójicamente se condene a una parte a quien de acuerdo con la reglas del juego no le correspondía realizar actividad probatoria, y por eso siguiendo este hilo conductor Alvarado<sup>54</sup> complementa lo señalado manifestando:

*En otras palabras y recurrentemente: cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó, convirtiendo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el desarrollo del certamen, no sólo es actitud tramposa, sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que*

<sup>52</sup> DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. 5ª edición. Víctor P. De Zavalía - Editor. Buenos Aires. 1981. p. 426.

<sup>53</sup> VALENTIN Gabriel “Análisis Crítico de La Llamada Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas” en *La Fe del Hombre en si Mismo o la Lucha por la Libertad a Través del Proceso* - El Mundo Procesal Rinde Homenaje al Maestro: Adolfo Alvarado Velloso”, p. 724.

<sup>54</sup> ALVARADO. “El Garantismo Procesal” en: *Activismo y garantismo procesal* - 1ª ed. -Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 94-95.

*ostente el juez actuante! Reitero conceptos para fijarlos en el lector: como se ha visto hasta aquí, el tema en tratamiento relativo a la incumbencia confirmatoria -que habitualmente se estudia con el nombre de carga de la prueba- no es en sí mismo un tema propio de la confirmación procesal, sino que es, en esencia, una clara regla de juzgamiento dirigida al juez para que sepa a qué atenerse cuando carece de elementos de confirmación acerca de los hechos litigiosos sobre los cuales debe fallar. Y como es obvio, tal regla no sólo debe ser precisa sino de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto.*

En esa caracterización se destaca el hecho de aplicarse la inversión de la carga de la prueba cuando ha concluido la posibilidad de que las partes puedan realizar actividad probatoria alguna, motivo por el cual es comprensible que sus detractores alcen la voz para manifestar su más rotundo rechazo, pues si bien el juez puede en resguardo de la tutela constitucional y en aplicación de los principios constitucionales ir más allá de la mera letra de la ley, no le es dable subvertir el proceso y condenar a una parte por el incumplimiento de una carga que era imposible que pudiese siquiera imaginar que tenía, pues como se dijo, la distribución de esa carga probatoria la hace el juzgador al momento de sentenciar.

Ahora bien, quedando claro que la inversión de la carga de la prueba constituye una subversión procesal que conlleva a la vulneración de las garantías de la parte condenada, valdría la pena detenerse a analizar el propósito con el cual se realiza esa inversión de la actividad probatoria, teniendo en cuenta no sólo las nociones jurídicas abstractas que se conjugan para dar origen al proceso, dejando a un lado el rigor formal de las normas clásicas sobre la distribución de la carga probatoria, ya que en ciertos casos el juez debe atender también a elementos metajurídicos y extraprocesales, que le permitan acercarse a la realidad de los hechos debatidos, en su contexto. En este orden de ideas, el autor Santana<sup>55</sup> señala:

*Es de apuntar que existen factores sociales, políticos o económicos que presionan para distorsionar o impedir el aporte probatorio (...) En estos y otros casos alegados y a su vez comprobados o derivados de la sana y normal apreciación por el Juez, en uso de sus experiencias, debe conducirse a la apreciación de las dificultades y darle un valor que tome en cuenta estos factores, lo cual va a afectar la consideración de cada prueba.*

Si bien es cierto que el referido autor hace alusión a la apreciación judicial de las pruebas, no es menos cierto que los factores metajurídicos pueden ser tenidos en cuenta para la determinación de los sujetos procesales a quienes incumba la aportación probatoria en determinados casos.

Un ejemplo de lo que sería la influencia del factor socio-económico, lo constituye la circunstancia de que sea necesaria la incorporación de una prueba de experticia actuarial, dado el caso, pues conlleva dificultades tanto por la escasez de profesionales instruidos en la materia como por el elevado costo que ello implicaría para una persona natural enfrentada a una compañía de seguros, la cual puede tener esos expertos a su alcance, por lo que resultaría conveniente que esas dificultades pudiesen ser sopesadas por el juez.

En este sentido es que surge la tesis de la carga probatoria dinámica, que como apunta Vargas<sup>56</sup> fue perfilada en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal (celebrado en Argentina), donde se declaró entre otras cosas que:

<sup>55</sup> SANTANA Mujica Miguel. "Pruebas". Caracas. Paredes Editores, 1983, p. 150.

<sup>56</sup> VARGAS Abraham Luis. "Cargas Probatorias Dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos" en Activismo y garantismo procesal, 1ª ed. -Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. Texto extraído

*Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquélla arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñida a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquélla consistente en hacer recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba allegada por la parte que se encuentre en mejor situación para producirla porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio”.*

No constituye mayor dificultad para la autora de este trabajo aceptar que en ciertas materias el juzgador podría coadyuvar a la disminución de las brechas fácticas existentes entre las partes, para garantizar el equilibrio (bien sea por factores sociales, económicos, o de cualquier otra índole).

Sin embargo, deben tomarse en cuenta algunas críticas formuladas a la tesis de las cargas dinámicas de la prueba, para lograr que se respeten las debidas garantías de las partes, y para que paradójicamente no se dé paso a la desigualdad jurídica que se pretende evitar, poniendo en cabeza de la parte que tendría la mayor facilidad probatoria unas consecuencias derivadas de la falta de aportación de pruebas, de las cuales previamente no ha sido informada por el órgano jurisdiccional.

Dentro de las críticas que manifiesta Terrasa<sup>57</sup> señala que la aplicación de la regla tiene lugar en el acto jurisdiccional conclusivo, es decir, una vez precluida toda oportunidad para la parte de ejercer cualquier actividad, ya sea de contradicción o de aportación probatoria –en el supuesto en que la parte conviniere en incorporar las pruebas que se le exijan– crítica que se acoge y de la cual considera quien suscribe, podría resolverse mediante la correspondiente apertura de un lapso para que la parte agraviada pueda realizar contradicción o aportación probatoria, si fuere el caso, tal como se señaló anteriormente respecto de la audiencia de sentencia, y a los efectos de la apertura de la incidencia del debate sobre las pruebas.

Refiere el precitado autor<sup>58</sup>, crítico de esta doctrina, que las razones esgrimidas por el órgano jurisdiccional, como sería la de “mayor facilidad” para justificar la modificación de la distribución de la carga probatoria entrarían en el terreno de la “intuición subjetiva del juzgador” lo cual a su criterio sería fuente de arbitrariedad. Dicha crítica no es compartida por quien suscribe, ya que no se puede generalizar ni hacer juicios apriorísticos sobre las razones esgrimidas en cada caso para la aplicación de esa tesis, más aún cuando es deber de los jueces emitir pronunciamientos razonados y fundados, como manifestación de la tutela judicial efectiva, y el incumplimiento de ese deber no es intrínseco a la aplicación de la tesis de las cargas dinámica probatorias.

Es por lo expuesto, que considera quien suscribe que esa operación que realiza el juzgador de reasignar la tarea probatoria no puede ser arropada bajo el concepto de “carga” que

---

del extenso publicado en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas>

<sup>57</sup> TERRASA Eduardo. “Cargas Probatorias Dinámicas” en: *Activismo y garantismo procesal*, 1ª ed. – Córdoba, Argentina. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 61 y ss.

<sup>58</sup> V. TERRASA Eduardo. Op. Cit. p. 61 y ss.

está sustancialmente ligado al interés propio de cada parte, motivo por el cual no resulta exigible por los terceros la realización de conducta alguna, a diferencia de lo que acontece en el terreno de los deberes jurídicos.

En este sentido, se sigue que el fundamento con el cual el juez, en el caso venezolano, podría requerir a alguna de las partes la incorporación de algún medio probatorio deviene de los deberes de lealtad y probidad contenido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, y el deber de colaboración contenido en el artículo 505 del mismo texto adjetivo civil.

El mentado deber de lealtad y probidad que deben observar las partes y sus apoderados comprende a su vez el deber de manifestar los hechos conforme a la verdad, y la norma rectora en este sentido sería el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

*Artículo 170° Las partes, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar en el proceso con lealtad y prioridad. En tal virtud, deberán:*

*1° Exponer los hechos de acuerdo a la verdad;*

*2° No interponer pretensiones ni alegar defensas, ni promover incidentes, cuando tengan conciencia de su manifiesta falta de fundamentos;*

*3° No promover pruebas, ni realizar, ni hacer realizar, actos inútiles o innecesarios a la defensa del derecho que sostengan. Parágrafo Único.- Las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe son responsables por los daños y perjuicios que causaren. Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando:*

*1° Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas;*

*2° Maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa;*

*3° Obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso.*

Tal deber de lealtad y probidad tiene dos caras, una que se manifiesta en un quehacer positivo, es decir, en la exposición de los hechos alegados de acuerdo con la verdad, y la otra que se manifiesta en modo de prohibición de alterar u omitir hechos esenciales a la causa, y éste segundo aspecto es el que adquiere mayor fuerza a los efectos del requerimiento que de pruebas adicionales haga el juzgador, pues al estar vedadas las partes para alterar u omitir los hechos que son decisivos para la resolución de la controversia, tienen en contrapartida el deber de cooperar en su esclarecimiento.

Y en refuerzo de lo anterior, se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico el deber de colaboración de las partes, en el artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, que dispone a su vez la posibilidad de extraer indicios de la conducta desplegada por la parte que no contribuya a la aportación de los medios requeridos, y al respecto la norma reza textualmente:

*Si para la realización de inspecciones, reproducciones, reconstrucciones y experiencias fuere menester la colaboración material de una de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el Juez le intimará a que la preste. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar en la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto.*

*Si la prueba debiere realizarse sobre la persona humana, y hubiere negativa injustificada de ésta a colaborar en la prueba, el Juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo sacar de la negativa a colaborar en la prueba las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje.*

Otra manifestación del deber de colaboración lo constituye la norma que establece la exhibición de documentos, contenida en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

*La parte que deba servirse de un documento que, según su manifestación, se halle en poder de su adversario podrá pedir su exhibición. A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento, o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del mismo y un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario. El Tribunal intimará al adversario la exhibición o entrega del documento dentro de un plazo que le señalará bajo apercibimiento.*

*Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento. Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder del adversario resultare contradictoria, el Juez resolverá en la sentencia definitiva, pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitro le aconsejen.*

De la precitada disposición normativa se colige, que en nuestro ordenamiento jurídico no siempre quien alega tiene sobre sus hombros la totalidad del peso de la actividad probatoria, pero, se insiste, ello no constituye traslado ni inversión de la carga probatoria, pues la parte que desee solicitar que se intime a la contraria a exhibir documentos deberá acreditar ante el juez elementos que le hagan presumir que realmente la prueba se encuentra en poder de su adversario.

Asimismo, se desprende de las normas adjetivas citadas que la actividad probatoria puede ir más allá de la norma de distribución de la carga de la prueba contenida en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, aunque no se trata de una inversión propiamente de la carga de la prueba sino de un deber de colaboración en la materialización de pruebas previamente admitidas, como lo señala Valentin<sup>59</sup>:

*Dicho de otra manera, la ley no dice que la parte que esté en mejores condiciones de probar tenga que aportar la prueba; dice que, si la prueba es admitida y ordenada por el tribunal, la parte debe colaborar para su efectivo diligenciamiento (por ejemplo, permitiendo el acceso al lugar a inspeccionar). Si se dan los supuestos excepcionales de la norma y si la parte no colabora en ese diligenciamiento, pueden ocurrir las consecuencias negativas que se mencionan.*

Ante esta situación se propone de plano, en aras de la búsqueda de soluciones teóricas y prácticas del asunto, que como ofrenda de paz para zanjar las disputas, se abandone por completo el concepto de “carga dinámica” y se reemplace por el de “redistribución de la actividad probatoria” que permite abordar mejor esa posibilidad de que el juez por iniciativa propia requiera (no determine a posteriori) la práctica de una actividad probatoria a la parte que pueda encontrarse en mejor situación, para aportar pruebas de los hechos que considere sea necesario esclarecer, aunque estas no estén dirigidas a la demostración de sus alegatos.

Si bien es cierto que hay situaciones en las cuales la parte actora no tiene facilidad de acceso a determinados medios de prueba, también hay que sopesar el derecho a la defensa y a no autoinculparse, consustancial a la parte demandada, pues habría que ver si al requerirse la práctica de esas pruebas no se estaría buscando por vía mediata la obtención de una confesión judicial, que si bien en el plano del proceso civil no suele invocarse, no es menos cierto que

<sup>59</sup> VALENTIN Gabriel Op. Cit. p. 732.



en algunos casos civiles pudiesen ventilarse supuestos de hecho vinculados a responsabilidad penal, en cuyo caso podría excepcionarse la parte cuya actividad probatoria es requerida, con fundamento en la previsión constitucional contenida en el numeral 5 del artículo 49 de nuestra Carta Magna.

Al respecto, dentro del marco de las garantías que deben informar el proceso, lo que aquí se propone no sólo es un cambio de denominación de esa facultad oficiosa en el plano teórico, que se quede solo en un aporte al estudio del derecho procesal, sino que adicionalmente en el ámbito normativo se sugiere también el diseño de una incidencia en la cual el juez, motivadamente, indique a las partes los hechos que considera pueden ser probados mejor por alguna de ellas, y se dictamine el lapso prudencial, ajustado a la complejidad del caso, para su incorporación, a fin de que esa actividad probatoria sea desarrollada con apego estricto al principio de contradicción, respetando el derecho a la defensa y a la igualdad de las partes.

#### 6. *Redistribución de la Actividad Probatoria: Propuesta de Apertura de Incidencia*

Tal como se ha venido señalando, la actuación del juzgador no puede estar fuera de los límites constitucionales, es por ello que, si en procura de una aplicación teleológica de las normas sobre la actuación oficiosa del órgano jurisdiccional, se decide desaplicar las normas rígidas establecidas positivamente, acogiendo la tesis aquí denominada como redistribución de la actividad probatoria, debe garantizarse la igualdad de las partes y el debido proceso, para evitar a su vez el incurrir en parcialidad.

Si tuviese que plantearse una reforma legislativa, para incorporar a la arquitectura del procedimiento civil ordinario o cualquier otro procedimiento, esa facultad de “redistribución de la actividad probatoria” lo ideal sería que en aras del resguardo del debido proceso se dictara un auto motivado, inmediatamente después de concluido el lapso probatorio, en el cual el juez dictamine los hechos que en su criterio ameriten una tarea probatoria adicional, señalando con precisión los medios probatorios con indicación de su necesidad y pertinencia, y el lapso que se concede a las partes para su incorporación a los autos, y transcurrido dicho lapso, se fijaría una audiencia para el debate de esas pruebas para posteriormente dictar la sentencia. Tal pronunciamiento debería ser apelable, por las mismas razones esgrimidas en el particular b.2 del presente artículo.

En esa incidencia propuesta, se pone de manifiesto una vez más el rasgo oficioso del activismo, pero con el resguardo del debido proceso característico del garantismo, pues se permite que las partes cuenten con la oportunidad y medios para ejercer su defensa. Lo contrario sería autorizar al órgano jurisdiccional para generar indefensión.

El juzgador, por su saber causal previo puede vaticinar que si la sentencia es dictada privando a alguna de las partes (en este caso la que en su opinión tiene “facilidad probatoria”) de la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales, ello podría acarrear su posterior nulidad y la consecuente reposición de la causa, por lo cual, resulta cónsono con el desiderátum de una mejor administración de justicia, en obsequio de la economía procesal, el empleo de las potestades oficiosas para la apertura de una incidencia, tal como se ha planteado.

#### IV. CONCLUSIÓN

Como se ha venido apuntando a lo largo del presente escrito, la búsqueda de los elementos convergentes entre los planteamientos jurídicos puede ser de gran ayuda, no sólo para la teoría del proceso en sí misma, considerada en abstracto, sino para el funcionamiento del sistema de administración de justicia, en el cual sus operadores deben armonizar su actuación con los preceptos constitucionales, y muy particularmente, cuando se trata de atribuciones legales que les facultan para proceder de oficio.



Es por ello, que, resumiendo lo que se pretende plantear como alternativa, no basta con darle un voto de confianza a los jueces; debe garantizarse la imparcialidad del juzgador mediante diversos mecanismos diseñados con el objeto de su efectiva materialización, impulsando no solo reformas legislativas, que son necesarias, sino también a través de un reforzamiento de la formación ética de quienes integran el poder judicial, pues como se ha insistido, el abuso de poder no es inherente al poder conferido, sino a la calidad ética y moral de los sujetos dotados de él.

Por otra parte, en relación con la actividad probatoria oficiosa, ésta no debe ejercerse trastocando el derecho a la defensa, que como se apuntó conlleva a la prohibición constitucional de indefensión y la consecuente garantía del contradictorio, y esto se vería reforzado por la recursividad inmediata y la inexistencia de providencias inimpugnables, que dejen a las partes atadas al mero designio del juez hasta que sea examinada en segunda instancia la sentencia definitiva; y en cuanto a la aplicación de la tesis de las cargas dinámicas de la prueba, ya se ha apuntado la necesidad de abandonar la denominación de “carga” que ha sido empleada impropriamente, como se ha planteado, y adicionalmente se propuso para el ejercicio de esa redistribución de la actividad probatoria, el diseño de una incidencia que garantice el debido proceso de la parte cuya actividad probatoria se pretende provocar.

La propuesta realizada de un “Activismo-Garantista” no pretende constituirse en una gran novedad -tanto como el descubrimiento de la piedra filosofal- ni mucho menos, simplemente se presenta con el mismo ánimo con el que se exhibe una pieza escultórica en una vitrina, para que sea el observador quien decida si es de su agrado.

Quedó fuera de este trabajo el polémico asunto de las medidas autosatisfactivas, porque resulta imposible establecer concesión alguna entre una posición que defiende a ultranza su procedencia y otra que desearía que jamás hubiesen existido, lo cual pone de manifiesto lo apasionante que pueden ser las contiendas doctrinarias en el campo procesal, donde en ocasiones no hay lugar alguno para las posiciones conciliatorias.

Conviene tener siempre en cuenta que el propósito de toda potestad oficiosa debe ser la mejor administración de justicia, entendida ésta como la que resulte más apegada a la tutela efectiva de las garantías de los justiciables, en todo estado y grado del proceso.

En la medida en que todos los sujetos que intervienen en el proceso comprendan que el fin de las potestades oficiosas que se les han conferido a los jueces no es otro que servir de garantía a la mejor administración de justicia, su ejercicio constituirá verdadera expresión de un “Activismo-Garantista”.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO “El Garantismo Procesal” en: Activismo y garantismo procesal - 1ª ed. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina. 2009.

BARBERIO, Sergio José. “*La Imparcialidad Judicial*” en: Activismo y garantismo procesal - 1ª ed. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina. 2009

CALAMANDREI, Piero. “*Proceso y justicia*” Traducción de Santiago Sentís Melendo en: *Revista de Derecho Procesal*. Editor: Hugo Alsina. Argentina. 1952. p. 18

CUENCA, Humberto. *Derecho Procesal Civil*. Tomo 1, Universidad Central de Venezuela. Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 1981, p. 199

FARIAS, Rodríguez María “Control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes” *Revista de Derecho Constitucional*, Editorial Sherwood, N° 9, Caracas enero-diciembre 2004. p. 163.

FERRAJOLI, Luigi. “*Garantismo: Debate sobre el Derecho y la Democracia*”. Segunda Edición. Traducción de Andrea Greppi. Editorial Trotta. 2009.

GARBERÍ, José. “*Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del derecho procesal*” 1ª Edición. Civitas Ediciones. Madrid, España. 2009. (SSTC 13/2006, de 16 de enero, 65/2007, de 27 de marzo).”

GOLDSCHMIDT, Werner. “La Imparcialidad Como Principio Básico del Proceso (La Parcialidad y La Parcialidad)” En memoria del 28 de junio de 1940, fecha del fallecimiento de James Goldschmidt en Montevideo. [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la\\_imparcialidad.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_imparcialidad.pdf)

LOZADA, Ali. “Activismo Judicial y Derechos Sociales: Un Enfoque Postpositivista” DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) pp. 211-226 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38431.pdf>. p. 212.

MARANIELLO, Patricio. “El Activismo Judicial Una Herramienta De Protección Constitucional” Conferencia dada en la provincia de Formosa, organizado por la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Nación, el día viernes 31 de octubre de 2008. Publicado en <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/El-activismo-judicial-actualizado.pdf> consultado el 12/10/2021

MEROI, Andrea. *La Imparcialidad Judicial en: Activismo y garantismo procesal - 1ª ed.* –Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Argentina. 2009.

MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Derecho Procesal Civil-Tomo I “Jurisdicción y Acción”* Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA) Buenos Aires, 1970, p. 3 y 4.

NIETO, Alejandro, GORDILLO, Agustín. “*las limitaciones del conocimiento jurídico*” Madrid, España Editorial Trotta 2003. p. 70

NIEVA, Fenoll Jordi. “*Jurisdicción y Proceso*”. 1ª Edición. Madrid, Editorial Marcial Pons. España. 2009.

PARÉS, Alfredo. “La resurrección parcial de la fallecida máxima según la cual sustituir a la administración es administrar. Sobre los límites al poder de sustitución del Juez administrativo, sus tentaciones y otros problemas de fondo mucho más graves” / En: *Revista de Derecho Público*. Editorial Jurídica Venezolana, 135 (julio-septiembre) Caracas: (2013) p. 20-21.

PEYRANO, Jorge W. “*Palabras de Apertura Sobre el Activismo Judicial*” en: *Activismo y garantismo procesal - 1ª ed.* Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, –Córdoba, Argentina. 2009. p. 9 y ss.

PICO I Junoy Joan. “*El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado*”. Ponencia presentada al “Congreso Internacional de Derecho Procesal” celebrado en Lima del 29 al 31 de octubre de 2003, y publicada en *Derecho Procesal Civil*. Congreso Internacional, Lima, 2003, pp. 55-66; también en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 4, 2004, pp. 253-270. Y en su versión italiana cfr. “Ildiritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato”, en *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, T. I, edit. Giuffrè, Milano, 2005, pp. 213 a 230. p. 110

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. “*Derecho Procesal Civil*”. Tomo I. José M. Bosch, Editor, S.A. 4ª Edición, Barcelona 1990, p. 330 A 331.

RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio. “*Derecho, bien común, seguridad y justicia*” Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, *Revista de Filosofía* año 52 núm. 149 julio-diciembre 2020. Publicado en: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiXiemIpsPzAhWTRDABHWOZDjkQFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F7648033.pdf&usg=AOvVaw1j-J0v4prx63Cz60\\_GmYF](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiXiemIpsPzAhWTRDABHWOZDjkQFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F7648033.pdf&usg=AOvVaw1j-J0v4prx63Cz60_GmYF) Consultada el 11 de octubre de 2021.

SANTANA MUJICA, Miguel. “*Pruebas*”. Caracas. Paredes Editores, 1983, p. 150.

TERRASA, Eduardo. “*Cargas Probatorias Dinámicas*” en: *Activismo y garantismo procesal* - 1ª ed. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, -Córdoba, Argentina. 2009.

VARGAS, Abraham Luis. “*Cargas Probatorias Dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos*” en *Activismo y garantismo procesal* - 1ª ed. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, -Córdoba, Argentina. 2009. Texto extraído del extenso publicado en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas>.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Editorial Trotta. Traducción de Marina Gascón Octava Edición. Madrid 2008, p. 121 y 122.

# *Derechos y deberes de los pueblos y comunidades indígenas en Venezuela*

Rafael Badell Madrid

*Individuo de Número  
Academia de Ciencias Políticas y Sociales*

**Resumen:** *Nos referimos al derecho de los pueblos y comunidades indígenas en Venezuela desde las regulaciones iniciales en la primera Constitución de 1811 hasta el régimen constitucional de 1999, en el que se reconoció el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, así como los derechos a la demarcación de las tierras indígenas, al aprovechamiento de los recursos naturales, a la lengua propia, a la educación, a la actividad económica, a la propiedad intelectual colectiva, a la participación política, a la conservación y protección del ambiente y a la protección jurisdiccional y sus respectivas obligaciones, tales como el deber de salvaguardar la integridad y soberanía nacional. Así también comentamos a la regulación de estos derechos en el derecho comparado y en el ámbito internacional. Por último, hacemos algunas consideraciones sobre la violación de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en Venezuela.*

**Palabras Clave:** *Constitución, derechos de los pueblos indígenas, derecho internacional, legislación indígena.*

**Abstract:** *In this study, we will refer to the rights of indigenous peoples and communities in Venezuela, going from the initial regulations in the Constitution of 1811 to the constitutional system of 1999 that acknowledged the customary law of indigenous peoples, their right to demarcate indigenous lands, use natural resources, have their own language, their right to education, economic activity, collective intellectual property, participation in politics, environmental conservation and protection, and to jurisdictional protection; we shall also comment on the regulation of such rights in comparative law and in international settings. To conclude, we will make some considerations regarding the violation of the rights of indigenous peoples and communities in Venezuela.*

**Key words:** *Constitution, rights of indigenous peoples, international law, indigenous legislation.*

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

#### I. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

1. *Derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.* 2. *Derecho a la demarcación de las tierras indígenas (artículo 119 de la Constitución; 21 CADH).* 3. *Derecho al aprovechamiento de los recursos naturales (artículo 120 de la Constitución).* 4. *Derecho a la lengua propia (artículo 9 de la Constitución).* 5. *Derecho a la educación (artículo 121 de la Constitución; 26 CADH).* 6. *Derecho a la salud (artículo 122 de la Constitución).* 7. *Derechos económicos de los pueblos indígenas (artículo 123 de la Constitución; 26 CADH).* 8. *Derecho a la propiedad intelectual colectiva (artículo 124 de la Constitución).* 9. *Derecho a la participación*

*política (artículo 125 de la Constitución; 23 CADH). 10. Deber de salvaguardar la integridad y soberanía nacional. 11. Derecho a la conservación y a la protección del ambiente (artículo 127 de la Constitución; 21 CADH). 12. La protección jurisdiccional de los pueblos indígenas.*

#### BIBLIOGRAFÍA

#### INTRODUCCIÓN

Desde la época de la independencia se han consagrado en Venezuela diversos principios y normas para la protección e integración de los pueblos y comunidades indígenas. La Constitución Federal de Venezuela de 1811 contenía normas que regulaban los derechos del hombre en sociedad, los cuales debían reconocerse en toda la extensión del Estado. Particularmente, el artículo 200 de esa Constitución reconoció la ciudadanía de los indígenas y dispuso la obligación del gobierno -siguiendo los principios de igualdad y justicia- de brindarles educación, proporcionándoles escuelas, academias y colegios en donde aprendieran todo sobre los principios de religión, de la sana moral, de la política, de las ciencias y artes útiles y necesarias para el sostenimiento y prosperidad de los pueblos, como una manera de integración con los demás ciudadanos, pues, como determinaba la propia Constitución, los mismos gozaban de estos derechos por el hecho de ser hombres iguales a todos los de su especie.

En 1820 el Libertador Simón Bolívar dictó en Cúcuta un decreto en favor de los “indios”, su libertad y propiedad, con la finalidad de corregir los abusos cometidos contra los pueblos naturales durante la colonización española, estableciendo que *“se devolverá a los naturales, como propietarios legítimos, todas las tierras que formaban los resguardos según sus títulos, cualquiera sea el que aleguen para poseerlas los actuales tenedores”* (artículo 1)<sup>1</sup>.

Un año después, en 1821, una vez instalado el Congreso General de Colombia celebrado en la Villa del Rosario de Cúcuta -que funcionó entre el 6 de mayo y el 14 de octubre de ese año con la misión principal de sancionar la Constitución que regiría jurídicamente la República de Colombia- se dictó la Ley del 11 de octubre de 1821 por medio de la cual se suprimió el tributo a los indios, con el fin de igualarlos al resto de los ciudadanos de Colombia. Se dispuso que los indígenas estarían eximidos de pagar tributos sobre los resguardos y demás bienes que posean en comunidad, los cuales se les repartirían en pleno dominio y propiedad, promoviendo de esta forma la repartición individual de las tierras por cada familia indígenas tributaria de los resguardos<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Decreto del Libertador Simón Bolívar, dictado en Cúcuta en fecha 20 de mayo de 1820, citado por Luis Jesús Bello, “Los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela”, IWGIA, Documento N° 26, Copenhague, 1999, p. 38. Disponible en: [https://www.iwgia.org/images/publications/0352\\_derechos\\_venezuela.pdf](https://www.iwgia.org/images/publications/0352_derechos_venezuela.pdf)

<sup>2</sup> Ley sobre extinción de tributos de los indígenas de 1821, citado por Luis Jesús Bello, “Los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela”, ob. cit, p. 39. Para el estudio sobre la Constitución de la República de Colombia de 1821 y demás acontecimientos jurídicos y políticos importantes durante su vigencia véase: María Teresa Calderón Pérez (coord.) *Política y constitución en los tiempos de las independencias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017; Roger Pita Pico, “La legislación sobre la libertad de imprenta en Colombia en el período de Independencia y en la naciente República: Convergencias, debates y fluctuaciones”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, número 41, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2019; Daniel Gutiérrez Ardila, “La creación de la República de Colombia: de la práctica gubernativa al diseño constitucional (1819-1821)”, en María Teresa Calderón Pérez (coord.) *Política y constitución en los tiempos de las independencias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017; Mario Briceño Perozo, *Historia bolivariana*, Biblioteca de autores y temas mirandinos, Los Teques, 1983; Manuel Donis

Además, “se les eximió por el lapso de cinco años de pagar derechos parroquiales y cualquiera otra contribución civil sobre bienes que poseyesen en comunidad”<sup>3</sup>.

Más adelante, la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1864, otorgó a la legislatura nacional la atribución de “Establecer con la denominación de Territorios, el régimen especial con que deben existir temporalmente regiones despobladas o habitadas por indígenas no civilizados” (resaltados nuestros); tales territorios, dispuso la Constitución, dependerían inmediatamente del Ejecutivo de la Unión (artículo 43, numeral 22).

En 1882 se aprobó la Ley sobre reducción, civilización y resguardos indígenas, lo que supuso un retroceso en la protección de las comunidades indígenas que hasta el momento se había adoptado, pues dispuso -de manera perjudicial para los pueblos indígenas- la extinción de los resguardos de indígenas que se habían distribuido anteriormente, así como también de los privilegios y exenciones que habían establecido las Leyes de Indias en favor de la reducción y civilización de las comunidades. Asimismo, declaró anulado el derecho que tenían los descendientes de indígenas, para proceder a la división de sus resguardos.

Posteriormente, en 1885 se dictó una nueva Ley en materia de reducción, civilización y resguardos indígenas, que estableció que las comunidades indígenas continuarían como dueños reconocidos de sus respectivos resguardos y procederían a su división dentro del término de dos años que serían improrrogables, y en el caso de transcurrirse el vencimiento de dicho término en el que no se hubiese concluido el respectivo juicio, serían declarados “*ipso facto*” baldíos.<sup>4</sup>

En 1904 se dictó la Ley sobre Resguardos Indígenas que estableció que los terrenos de dichos resguardos se adjudicarían a sus actuales poseedores, de acuerdo a los límites que tenían ocupados y que, para adquirir el título de propiedad, estos poseedores debían acudir a la oficina de registro para protocolizar los documentos que legitimaban su posesión. No obs-

---

Ríos, “La provincia de Venezuela no acepta formar parte del Virreinato del Nuevo Reino de Granada (con adenda republicana)”, *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, número 400, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2017; Elías Pino Iturrieta, *La Cosiata. Páez, Bolívar y los venezolanos contra Colombia*, Editorial Alfa, Caracas, 2019; Armando Martínez Garnica e Inés Quintero Montiel, “La formación de los Estados republicanos en la Nueva Granada y Venezuela”, *Ayer*, número 74, Asociación de Historia Contemporánea y Marcial Pons-Ediciones de Historia, España, 2007; Marcela Echeverri, Francisco A. Ortega y Tomás Straka, “La invención de la república: la Gran Colombia”, en *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, volumen 45, número 2, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2018; Carlos Restrepo Piedrahita, “Las primeras constituciones políticas de Colombia y Venezuela”, *Ayer*, número 8, Asociación de Historia Contemporánea y Marcial Pons-Ediciones de Historia, España, 1992; Luis Antonio Restrepo Arango, *Proceso histórico de los derechos humanos en Colombia 1821-1885*, segunda edición, Ediciones Unaula, Medellín, 2011; Mauricio Plazas Vega, *Las ideas políticas de la independencia y la emancipación en la Nueva Granada*, Editorial Temis, Bogotá, 2019; José Gil Fortoul, *Historia Constitucional de Venezuela*, volumen I, Parra León Hermanos, Caracas, 1930; Allan Brewer-Carías, *La Constitución de la República de Colombia de 30 de agosto de 1821. Producto de la unión de los pueblos de Venezuela y de la Nueva Granada propuesta por Simón Bolívar. Sus antecedentes y condicionantes*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Academia Colombiana de Jurisprudencia - Editorial Jurídica Venezolana - Editorial Temis, Caracas/Bogotá, 2021 y Rafael Badell Madrid, “Consideraciones sobre la Constitución de Colombia de 1821”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 165, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.

<sup>3</sup> José Gil Fortoul, ob. cit., p. 461.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 40.

tante, la ley estableció que pasaban a formar parte del dominio y propiedad de la Nación los terrenos de las comunidades indígenas ya extinguidas y aquellos cuya posesión no podía justificarse con títulos auténticos o supletorios<sup>5</sup>.

Luego, la Constitución de 1909 se refirió a las comunidades indígenas, cuando autorizó que el Gobierno contratara la venida de misioneros que se establecieran en los puntos donde había “indígenas que civilizar” (artículo 80, numeral 18).

En 1910 se dictó la Ley de Tierras Baldías y Ejidos que incluyó dentro de los terrenos ejidos las tierras que correspondían a los resguardos de las extinguidas comunidades, cuyos poseedores no hubiesen llenado las formalidades exigidas por la ley de 1904 en un plazo de cinco años, a partir de la entrada en vigor de esta ley. Esta disposición se modificó con la ley de 1911, reduciendo el lapso a dos años para que los indígenas cumplieran las formalidades. Luego, se sancionó la Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 1936, que amplió las disposiciones de las leyes anteriores, al considerar que son terrenos ejidos los resguardos de las extinguidas comunidades indígenas, respetándose los derechos adquiridos por los poseedores individuales, conforme a la ley de 1904 y los derechos adquiridos por prescripción<sup>6</sup>.

En la Constitución de 1947 por primera vez se hizo referencia al principio de la incorporación de los indígenas a la vida de la Nación, haciendo mención a los indígenas como individuos y a la población indígena como comunidad que debía ser regulada por una legislación especial, tomando en cuenta las características culturales y las condiciones económicas de dicha población.

En 1960, se sancionó la Ley de Reforma Agraria<sup>7</sup>, que dispuso esencialmente los derechos sobre la tierra de los pueblos indígenas. Esta Ley estableció en su artículo 2 que “*Garantiza y reconoce a la población indígena que de hecho guarde el estado comunal o de la familia extensiva, sin menoscabo del derecho que le corresponda como venezolanos, de acuerdo con los apartes anteriores, el derecho de disfrutar de las tierras, bosques y aguas que ocupen o les pertenezcan en los lugares donde habitualmente moran sin perjuicio de su incorporación a la vida nacional conforme a esta u otras Leyes*”. Asimismo, la Ley de Reforma Agraria dispuso la reubicación de las comunidades indígenas, a cargo del Instituto Agrario Nacional (artículo 89); así como la competencia del Directorio del Instituto Agrario para promover la restitución de las tierras, bosques y aguas en beneficio de las familias indígenas (artículo 163, ordinal 3).

A partir de la Constitución de 1961 se reconocieron derechos individuales, sociales, políticos y económicos, con el fin de proteger a todos los ciudadanos. Dentro de los derechos sociales, la Constitución hizo referencia a los campesinos, como un grupo de ciudadanos especiales que recibirían una protección especial, y, como parte de este grupo incluyó a los indígenas. Al igual que la Constitución de 1947, la Constitución de 1961 hizo una doble referencia hacia los indígenas y comunidades indígenas.

De otra parte, el artículo 77 de la Constitución de 1961 estableció que “*el Estado propondrá a mejorar las condiciones de vida de la población campesina. La ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades de indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la nación*”.

---

<sup>5</sup> *Ídem.*

<sup>6</sup> *Ídem.*

<sup>7</sup> Ley de Reforma Agraria, publicada en Gaceta Oficial N° 611 Extraordinario del 19 marzo de 1960.



En interpretación del mencionado artículo 77 sobre el régimen de excepción en cuanto a la protección de las comunidades indígenas, la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 05 de diciembre de 1996, por medio de la cual decidió un recurso de nulidad de la Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas, interpuesto por un grupo de organizaciones indígenas acompañadas por la Oficina de Derechos Humanos del Vicariato Apostólico de Puerto Ayacucho, estimó que este régimen especial -como principio constitucional- prevalecía sobre otras normas constitucionales en virtud de su carácter excepcional y de la materia que regula.

Además, la Corte resaltó la importancia de garantizar los derechos de las comunidades indígenas en cuanto a la participación política y la efectiva de estas comunidades, señalando que: *“La participación ciudadana constituye una forma de expresión política que en el caso de las comunidades indígenas cobra una relevancia especial, en el contexto del régimen de excepción previsto en el artículo 77 de la Constitución de la República y en el ámbito de los derechos humanos de las minorías, específicamente, los indígenas... La Corte precisa que, mediante la participación ciudadana, la minoría indígena... identificable como grupo, ejerce, efectivamente, sus derechos relacionados con sus tradiciones y costumbres, características étnicas, religiosas o lingüísticas”*.

En 1998 se sancionó la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público<sup>8</sup>, que estableció que serían transferidos progresivamente al Estado los servicios que presta el poder nacional, atendiendo a la protección de las comunidades indígenas, su tradición cultural y la conservación de los derechos sobre su territorio (artículo 4 ordinal 4º).

Ese mismo año, el presidente envió al Congreso de la República el Convenio N° 169 de la OIT (Convenio N° 169) sobre pueblos indígenas y tribales para su discusión y ratificación, el cual fue aprobado tras dos discusiones<sup>9</sup>. Este Convenio N° 169 establece en el artículo 5 que los países que lo ratifiquen:

*“(a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;*

*(b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;*

*(c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo”*.

Durante la vigencia de la Constitución de 1961 se promulgaron muchos otros instrumentos normativos que regularon materias relativas a la protección de los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos: la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1988<sup>10</sup>; la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios de 1982<sup>11</sup>; la Constitución Estado Amazonas de 1993<sup>12</sup>; la Ley Orgánica de Educación<sup>13</sup> y la Ley Penal del Ambiente de 1992<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, publicada en Gaceta Oficial N° 4.153 Extraordinario del 28 de diciembre de 1989.

<sup>9</sup> Ratificada por Venezuela el 22 de mayo de 2002.

<sup>10</sup> Artículo 123, ordinal 3: *“Son terrenos ejidos (...) Los resguardos de las extinguidas comunidades indígenas no adquiridos legalmente por terceras personas”*.

<sup>11</sup> Artículo 31. *El Procurador Agrario Nacional, oída la opinión del Consejo de la Procuraduría Agraria, nombrará los Procuradores Agrarios, quienes actuarán en representación de los benefi-*

Teniendo como antecedente lo expresado, vamos a referirnos a los derechos y deberes de los pueblos y comunidades indígenas establecidos en la Constitución de 1999. Antes, de manera muy general, veremos la evolución del reconocimiento y tutela -tanto nacional como internacional- de esos derechos, entre los que se encuentran: el derecho a la lengua propia, consagrado en el artículo 9 de la Constitución; el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, reconocido en el artículo 119 de la Constitución; el derecho a la demarcación de las tierras indígenas igualmente consagrado en el artículo 119 de la Constitución y también en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); el derecho al aprovechamiento de los recursos naturales, dispuesto en el artículo 120 de la Constitución; el derecho a la educación regulado en los artículos 121 de la Constitución y 26 CADH; el derecho a la salud, consagrado en los artículos 122 de la Constitución y 26 de la CADH; los derechos económicos de los pueblos indígenas, reconocidos en el artículo 123 de la Constitución; el derecho a la propiedad intelectual colectiva, establecido en el artículo 124 de la Constitución; el derecho a la participación política a que se refiere los artículos 125 de la Constitución y 23 de la CADH; el deber de salvaguardar la integridad y soberanía nacional regulado en el artículo 126 de la Constitución, el derecho a la conservación y a la protección del ambiente, su conservación y aprovechamiento, dispuesto en el artículo 127 de la Constitución y en el artículo 21 de la CADH; y por último, al derecho a la tutela judicial de los pueblos indígenas establecido generalmente en el artículo 26 de la Constitución.

---

*ciarios de la Reforma Agraria, a título gratuito, de las comunidades indígenas y de los pequeños productores pesqueros, ante los Juzgados, Dependencias, Instituciones y demás órganos del Poder Público, o ante los particulares en los casos necesarios, en las materias relacionadas con la legislación agraria nacional. Artículo 35. Los Procuradores Agrarios son representantes legales, de pleno derecho, de las comunidades indígenas señaladas en la Ley de Reforma Agraria; por ello, los jueces al admitir demandas contra estas comunidades ordenarán la notificación del Procurador competente y oficiarán al Procurador Agrario Nacional. El acto de contestación de la demanda no podrá realizarse sin la presencia del Procurador notificado, o el que en su defecto designare el Procurador Agrario Nacional. En todo caso, el Juez podrá tomar las previsiones contempladas en el artículo 21 de la presente Ley.*

- <sup>12</sup> Artículo 12. *“Las Tierras ocupadas por los pueblos y comunidades indígenas son de interés social e inalienables, en tal sentido los órganos competentes del Estado procederán a delimitarlas de acuerdo a sus patrones de asentamiento para adjudicárselas en propiedad colectiva, según lo previsto en las leyes nacionales que rigen la materia”.*
- <sup>13</sup> Artículo 51: *“El Estado prestará atención especial a los indígenas y preservará los valores autóctonos socioculturales de sus comunidades, con el fin de vincularlos a la vida nacional, así como habilitarlos para el cumplimiento de sus deberes y disfrute de sus derechos ciudadanos sin discriminación alguna. A tal fin, se crearán los servicios educativos correspondientes. De igual modo, se diseñarán y ejecutarán programas destinados al logro de dichas finalidades”.*
- <sup>14</sup> Artículo 67: *“Hasta tanto se dicte la Ley del Régimen de Excepción para las comunidades indígenas que ordena el Artículo 77 de la Constitución de la República, quedan exentas de las sanciones previstas en esta Ley, los miembros de las comunidades y grupos étnicos indígenas, cuando los hechos tipificados en ella ocurriesen en los lugares donde han morado ancestralmente y hayan sido realizados según su modelo tradicional de subsistencia, ocupación del espacio y convivencia con el ecosistema. En ningún caso quedan exentas de la aplicación de las sanciones contempladas en esta Ley, las personas naturales y jurídicas que instiguen o se aprovechen de la buena fe de los indígenas para generar daños al ambiente. En caso de ser necesario, el juez podrá tomar las medidas preventivas adecuadas para garantizar la protección del ambiente y la relación armoniosa de las comunidades indígenas con el mismo. Parágrafo Único. En todo lo referente a las comunidades y grupos étnicos indígenas, el juez solicitará un informe socio - antropológico del órgano rector de la política indigenista del Estado y tomará en cuenta la opinión de la comunidad o grupo étnico afectado”.*

También formularemos algunas breves consideraciones de algunos casos de violación por parte del Estado de Venezuela de los derechos constitucionales de los pueblos y comunidades indígenas.

#### I. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La Constitución de 1999 estableció varias disposiciones en materia de derechos humanos; entre ellas incorporó un conjunto de normas sobre los derechos de los pueblos indígenas contemplados en el capítulo (VIII) denominado “De los Derechos de los Pueblos indígenas”.

La Constitución reconoció por primera vez la autonomía organizativa social, política y económica de los pueblos indígenas en el artículo 119, al establecer que el Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan, que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida.

Este artículo prevé el derecho consuetudinario indígena, denominado también derecho tradicional o derecho propio, el cual ha sido adoptado como un derecho colectivo de los pueblos originarios, asociado al derecho a la propia cultura, usos y costumbres, cosmovisión y valores.

Asimismo, la Constitución precisó que los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible, y por ende tienen el deber de salvaguardar la integridad y soberanía nacional (artículo 126). Además, destinó un conjunto de normas relativas al aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitat indígenas (artículo 120); a los valores culturales indígenas (artículo 121); al derecho de los pueblos indígenas a una salud integral (artículo 122); al derecho de los pueblos indígenas a mantener y promover sus propias prácticas económicas (artículo 123); y a la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnológicas e innovaciones de los pueblos indígenas (artículo 124); el derecho de los pueblos indígenas a la participación política (artículo 125) garantizando la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley (artículo 182); el derecho a la conservación del ambiente (artículo 127).

De igual manera, la Constitución atribuyó al Defensor del Pueblo competencias para la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías consagrados en la constitución y los tratados internacionales de derechos humanos (artículo 380), entre ellos la de velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección (281, numeral 8). Incluso, la Constitución limita la delegación en materia de derechos y garantías constitucionales, que son de reserva legal, es decir, que las regulaciones, restricciones y limitaciones a los derechos y garantías constitucionales solo pueden ser establecidas mediante ley formal; así, la constitución enumera las materias de competencia nacional como sobre la nacionalidad, y derechos civiles, políticos, sociales, culturales y educativos, económicos, de los pueblos indígenas y ambientales (artículo 156)<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Artículo 156. “*Es de la competencia del Poder Público Nacional: (...) 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos 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 indus-*”

El artículo 23 de la Constitución establece que los tratados, pactos y convenciones relativas a los derechos humanos, que han sido suscritos y ratificados por el Estado venezolano gozarán de jerarquía constitucional y, además, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables que las establecidas en la Constitución y en las leyes de la República, prevalecerán en el orden interno y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público, de manera que estos tratados internacionales tienen vinculación en todo el ordenamiento jurídico venezolano.

Los pueblos indígenas en Venezuela no solo cuentan con protección en el ordenamiento jurídico interno, sino que también reciben protección internacional, por ejemplo, por la CADH de 1969, la cual faculta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para proteger y promover estos derechos, así como el Convenio N° 169 de 1989.

Recordemos que, a nivel internacional, la protección de los derechos de los pueblos indígenas partió de los primeros esfuerzos de la OIT, la cual, desde 1920 comenzó a atender y exaltar la necesidad de reconocer y proteger las comunidades indígenas por parte de la comunidad internacional<sup>16</sup>.

Años más tarde, en 1957, la OIT sancionó el Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, que fue el primer instrumento internacional dictado con relación a estas comunidades. Más adelante, se sancionó la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1969<sup>17</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976<sup>18</sup>, ambos por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU); el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 como complemento del Convenio N° 107 de la OIT.

Posteriormente, se sancionó el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992<sup>19</sup> y la Declaración y el Programa de Acción de Viena en 1993<sup>20</sup>, realizado para reforzar la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Carta de las Naciones Unidas celebrada en la ciudad de Viena en 1993.

En la década de 1960, tuvo lugar los primeros movimientos en defensa de los derechos de los pueblos indígenas, cuando se constituyeron una serie de organizaciones no gubernamentales.

---

*trial; 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 notaría 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”.*

<sup>16</sup> Véase Naciones Unidas Derechos Humanos, “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos”, p. 10. Disponible en: [https://www.ohchr.org/documents/publications/undripmanualformhris\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/undripmanualformhris_sp.pdf)

<sup>17</sup> Adoptada la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, entrada en vigor el 4 de enero de 1969.

<sup>18</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 del 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor en 1976

<sup>19</sup> Firmada el 5 de junio de 1992 Secretaría General de la ONU, en Río de Janeiro, entrando en vigor 29 de diciembre de 1993.

<sup>20</sup> Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, el 25 de junio de 1993.

mentales, entre las cuales se destacaron organizaciones indígenas de ámbito internacional creadas para la protección de los derechos de los mismos frente a la discriminación y violación de los derechos humanos que padecen los pueblos indígenas<sup>21</sup>.

Más adelante, en 1970, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de las Naciones Unidas, elaboró un estudio amplio sobre la discriminación de los pueblos indígenas y elaboró unas recomendaciones para la adopción de medidas nacionales e internacionales con el objeto de erradicar tales discriminaciones, siendo este informe el primero en sentar las bases del vigente sistema internacional de derechos humanos de los pueblos indígenas que condujo a la creación del primer mecanismo de las Naciones Unidas en 1982: el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, el cual, desde sus orígenes, ha estado facultado para abordar las cuestiones relativas a los derechos de los pueblos indígenas<sup>22</sup>. En 1985, se creó el Fondo de las Naciones Unidas de contribuciones voluntarias para las poblaciones indígenas como iniciativa de protección para estas comunidades.<sup>23</sup>

Posteriormente, en 1993, el mencionado Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas de la ONU, preparó un proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en colaboración con organismos gubernamentales, no gubernamentales e indígenas, el cual fue presentado ante la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU en 1994 y posteriormente, luego de más de una década de revisión, fue aprobado en 2006 por la Comisión de Derechos Humanos.<sup>24</sup>

Finalmente, el 13 de septiembre de 2007, se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por la Asamblea General de la ONU, siendo hoy el instrumento internacional más amplio en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, que le otorga preminencia a los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el derecho internacional. Esta Declaración establece un marco universal de criterios mínimos para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo<sup>25</sup>.

A nivel regional, en América, la protección internacional de los derechos humanos ha tenido lugar desde 1948 con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la CADH de 1969. A partir de los años setenta del siglo pasado, la CIDH comenzó a recibir casos y denuncias relativas a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, la CIDH recibió el caso Tribu Guahibo, N° 1690 (Colombia) de 1970 en el que se denunciaba actos de persecución y tortura presuntamente cometidos por fuerzas del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y las fuerzas armadas de Colombia en contra de los indígenas Guahibos. En este caso se solicitó a la CIDH que se dirigiera al Gobierno de Colombia para que se ordenara cesar dichos actos de hostigamiento y juzgara a los responsables de los mismos.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Véase Naciones Unidas Derechos Humanos, “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos”, ob. cit., p. 4.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 4

<sup>23</sup> *Ídem*.

<sup>24</sup> *Ídem*.

<sup>25</sup> *Ídem*.

<sup>26</sup> CIDH, “caso 1690, comunidades Guahibos”, Colombia, 1972. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/indigenas/colombia.1690.htm>

En esta oportunidad, por primera vez, la CIDH se pronunció respecto de los derechos de los pueblos indígenas y señaló la obligación del Estado de defender las tierras y comunidades indígenas.

En 1985, la CIDH decidió el caso Tribu Yanomami N° 7615 (Brasil), sobre una petición interpuesta contra el Gobierno de Brasil por la violación de los derechos humanos de los indígenas Yanomami con motivo de la construcción de una autopista que atravesaba los territorios donde vivían los indígenas.

En este caso se alegó que Brasil no protegió el patrimonio cultural de este grupo indígena; autorizó la explotación de las riquezas del subsuelo de los territorios indígenas; permitió el ingreso masivo en el territorio indígena de personas transmisoras de enfermedades contagiosas; no proveyó la atención médica indispensable a las personas afectadas, y finalmente, desplazó a los indígenas de sus tierras. Ante esta situación la CIDH determinó: *“Que de los hechos expuestos precedentemente surge una responsabilidad del Estado brasileño por la omisión de haber adoptado oportuna y eficazmente medidas para proteger los derechos humanos de los Yanomami”*<sup>27</sup>.

En el año 1990 la CIDH creó la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para reforzar la protección de estos. Igualmente, a partir de 1990, se inició el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH sobre esta materia. La primera decisión de la Corte IDH sobre este tema fue el caso Aloboetoe y otros vs. Surinam en sentencia de 10 de septiembre de 1993, referida al derecho consuetudinario de las comunidades indígenas. En la decisión la Corte IDH reconoció la validez de la costumbre de la tribu Saramaca, en virtud de que el derecho local (Surinam) no era eficaz, señalando al respecto que: *“las leyes de Suriname sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. Además, los conflictos que ocurren en estas materias no son sometidos por los saramacas a los tribunales del Estado y la intervención de éstos en las materias mencionadas, respecta de los saramacas, es prácticamente inexistente”*.<sup>28</sup>

Más adelante, en 1997, la CIDH presentó al Consejo Permanente el proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en 1997<sup>29</sup>. En 2009, el Departamento de Derecho Internacional (DDI) de la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó un Programa de Acción sobre los Pueblos Indígenas en las Américas, con el objetivo de *“promover y fortalecer la participación de los pueblos indígenas en los distintos procesos internos e internacionales de toma de decisiones, sensibilizar a la sociedad en general sobre esta temática, capacitar a los representantes de los pueblos indígenas en diversas áreas que permitan el desarrollo integral de sus comunidades y transversalizar la temática indígena en los diversos proyectos y actividades de la Organización”*<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> CIDH, “caso N° 7615 Yanomami”, resolución N° 12/85, (Brasil) del 5 de marzo de 1985. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/brasil7615.htm>

<sup>28</sup> Corte IDH, “Caso Aloboetoe y otros Vs. Surinam”, sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 57.

<sup>29</sup> Véase La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) “Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos”, ob. cit., p. 25

<sup>30</sup> Véase Organización de los Estados Americanos, “Promoviendo los derechos de los Pueblos Indígenas de las Américas”. Disponible: [https://www.oas.org/es/sla/ddi/pueblos\\_indigenas.asp](https://www.oas.org/es/sla/ddi/pueblos_indigenas.asp)



Finalmente, el 14 de junio de 2016 la Asamblea General de la OEA sancionó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, mediante la cual se establecen y reconocen los derechos tanto individuales como colectivos de las comunidades indígenas.

Veamos, ahora sí, cuáles son estos derechos y deberes que el ordenamiento jurídico nacional como supranacional ha dispuesto para la protección de los pueblos y comunidades indígenas.

#### 1. *Derecho consuetudinario de los pueblos indígenas*

El derecho consuetudinario indígena, también denominado derecho tradicional, derecho propio o costumbre jurídica, está consagrado en el artículo 119 de la Constitución, en el que se dispone que el Estado venezolano reconoce la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que han ocupado ancestralmente.

Por su parte, el artículo 260 constitucional establece que las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afectan a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución, a la ley y al orden público, y además dispone que la ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

La Exposición de Motivos de la Constitución indica que la Constitución reconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas de seguir practicando sus sistemas normativos internos, para la regulación, sanción y restauración de la paz social. Este derecho a la justicia es un mecanismo de protección a los indígenas venezolanos, que históricamente han vivido en una sociedad que los excluyó y discriminó; en este caso no se trata de códigos o leyes escritas, sino de formas de justicia que han permitido a estos pueblos regularse internamente, enfrentar los conflictos y seguir manteniendo la cohesión colectiva mediante la aplicación de un sistema normativo reparatorio (Exposición de Motivos de la Constitución).

La Sala Constitución del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 2 de fecha 3 de febrero de 2012, estableció que: “*El derecho indígena está constituido por el conjunto de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, uso y costumbres, que cada pueblo indígena considere legítimo y obligatorio, que les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar, garantizar el orden público interno, establecer derecho y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno*”.

De otra parte, el artículo 8 del Convenio N° 169 prevé que, al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas, el Estado deberá tomar debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, así como dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por su parte, la Corte IDH, en sentencia de 31 de agosto de 2001, caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua” reconoció el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas al determinar que en aplicación del artículo 2 de la CADH, el Estado (Nicaragua) debía adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la comunidad indígena acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta. En este sentido la Corte IDH consideró



que “*el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro*”<sup>31</sup>.

2. *Derecho a la demarcación de las tierras indígenas (artículo 119 de la Constitución; 21 CADH)*

El artículo 119 de la Constitución establece que las tierras indígenas son inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles y corresponde al Estado, conjuntamente con los pueblos indígenas, la demarcación de dichas tierras, y además señala que una ley especial desarrollará los principios de dicha demarcación con el fin de asegurar la propiedad colectiva de las tierras a los pueblos y comunidades indígenas que los habitan. Esto incluso es explicado en la Exposición de Motivos de la Constitución donde se señala que se reconoce que actualmente habitan en Venezuela pueblos cuya existencia es ancestral.

En la norma constitucional citada hay tres aspectos fundamentales: (i) el consentimiento oficial de que existe una correlación entre las tierras y la continuidad de la vida indígena (ii) la responsabilidad o corresponsabilidad entre el Estado y el ejecutivo nacional en esas comunidades indígenas para la demarcación y la participación directa de ellos en esos procesos de demarcación y (iii) la consideración de que las tierras indígenas son propiedad colectiva, condición que no es modificable al calificarlas como inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles<sup>32</sup>.

El fundamento legal de la materia está en la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierra de los Pueblos Indígenas del 2011 que tiene por objeto “*regular la formulación, coordinación y ejecución de las políticas y planes relativos a la demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas a los fines de garantizar el derecho a las propiedades colectivas de sus tierras consagrados en la Constitución*” (artículo 1 de la Ley) y tendrá aplicación en las regiones indicadas como indígenas en todo el territorio nacional (artículo 13).

Por su parte, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades indígenas además de reproducir las normas constitucionales relativas al reconocimiento de estas tierras (artículo 119 de la Constitución), señala que serán de obligatoria observación las realidades culturales, ecológicas, geográficas, históricas y la toponimia indígena las cuales deberán reflejarse en los documentos correspondientes (artículo 23).

Además, los artículos del 33 al 47 de la Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas complementan la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierra de los Pueblos Indígenas, con un procedimiento administrativo especial que prevé la fases, requisitos y órganos competentes para llevar a cabo la demarcación que puede ser llevado a cabo por oficio o a solicitud de los pueblos indígenas o a través de las organizaciones indígenas previstas en la ley.

<sup>31</sup> Corte IDH, caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 151.

<sup>32</sup> Hortensia Caballero Arias, “La Demarcación de Tierras Indígenas en Venezuela”, *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, v.13 n.3 Caracas dic. 2007. Disponible en: [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1315-64112007000300013](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-64112007000300013)

El procedimiento de demarcación, previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, estará a cargo del ejecutivo nacional por el ministerio competente según lo previsto en la ley que rige la materia; la comisión nacional de demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas, y las comisiones regionales de demarcación con los entes que a tales fines sean creados que actuarán por órgano del ministerio con competencia en la materia. Asimismo, la participación de los pueblos a través de sus autoridades legítimas en la planificación y ejecución de las actividades de demarcación a los fines de facilitar entre otros aspectos el levantamiento topográfico cartográfico del hábitat y de las tierras indígenas a demarcar.

En el proceso de demarcación que establece la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, se debe dar especial importancia a los conocimientos ancestrales y tradicionales aportados por los ancianos y ancianas indígenas sobre la ocupación de tierra y del hábitat (artículo 33). Además, determina a las comisiones regionales de demarcación del hábitat y tierra el inicio del procedimiento, apertura y sustanciación del respectivo expediente (artículo 38); sin embargo, la decisión de expedir el título de propiedad colectiva sobre las tierras a cada pueblo o comunidad indígena corresponde a la Procuraduría General de la República (artículo 12 de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas y 47 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas); y una vez que se expide el título los interesados tienen un lapso de 15 días para su protocolización y registro del título de propiedad colectivas del hábitat y tierras indígena por ante un registro especial que se crea de conformidad con el artículo 7 de esta ley orgánica (artículo 47 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas)

El derecho de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas también se encuentra protegido en el marco internacional, específicamente en la CADH, la cual dispone en su artículo 21, numeral primero, que *“Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”*.

En aplicación e interpretación de este artículo, la Corte IDH en sentencia de 6 de febrero de 2020, caso “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina”, señaló que *“para materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas cobijados por el artículo 21 de la Convención, los Estados deben prever un mecanismo efectivo, mediante la adopción de medidas legislativas y administrativas necesarias”*<sup>33</sup>.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte IDH en reiteradas ocasiones ha expresado respecto a la demarcación de las tierras indígenas que *“los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a que existan mecanismos administrativos efectivos y expeditos para proteger, garantizar y promover sus derechos sobre los territorios indígenas, a través de los cuales se puedan llevar a cabo los procesos de reconocimiento, titulación, demarcación y delimitación de su propiedad territorial. Los procedimientos en mención deben cumplir las reglas del debido proceso legal consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana”*<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Corte IDH, caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, sentencia de 6 de febrero de 2020, párr. 116.

<sup>34</sup> Corte IDH, caso “Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil”, sentencia de 5 de febrero de 2018, párr. 130.

Frente a este panorama jurídico tan favorable, en la realidad, el proceso de demarcación de tierras indígenas en Venezuela ha sido lento, engorroso y accidentado. Como señala Hortensia Caballero<sup>35</sup>:

*“La problemática de la demarcación de tierras tiene que ver, por lo tanto, con ciertas paradojas legales y conceptuales. La primera es que se reconocen los derechos originarios de los indígenas sobre sus tierras, pero el subsuelo siempre le pertenecerá al Estado. La segunda, la demarcación debe realizarse conjuntamente entre el Ejecutivo nacional y los pueblos indígenas, pero en realidad es el Estado el que toma las decisiones y establece los parámetros para el ordenamiento territorial. La tercera, la legislación contempla el otorgamiento de títulos de propiedad colectiva a pueblos y comunidades indígenas. Sin embargo, hasta ahora el Estado no ha titulado grandes extensiones como propiedad colectiva de los pueblos, y sólo ha reconocido el uso y disfrute de las tierras y hábitats de algunas comunidades indígenas, las cuales son inalterables al considerarlas inalienables e inembargables.”*

*“lo cierto es que el proceso de demarcación ha sido poco transparente y espasmódico debido a problemas de organización, planificación y ejecución. De hecho, muchos de los títulos que han sido otorgados fueron producto de demarcaciones rápidas y poco consultadas con las comunidades indígenas (algunos profesionales las han calificado como “demarcaciones express”), y otras se realizaron a solicitud expresa del Presidente de la República por una relación afectiva que ha mantenido con algunas comunidades Cuiva de Apure.”*

Además, “los títulos que se han entregado han sido sólo a comunidades indígenas, ninguno ha sido otorgado a un pueblo indígena”; lo que, según considera Hortensia Caballero “pareciera indicar que, a pesar de las solicitudes de titulación por pueblo que han sido incluso aprobadas por la Comisión Nacional como la de los Barí de la Sierra de Perijá y la de los Yekuana-Sanema del Caura, el Estado no está en disposición de entregar grandes extensiones de tierra colectiva a grupos minoritarios”.<sup>36</sup>

De otra parte, hay que destacar que los títulos expedidos no son verdaderamente títulos de propiedad colectiva de tierras; se trata en realidad de documentos que reconocen y parcialmente conceden la posesión colectiva de esas tierras que ocupan los indígenas. En efecto, “el título que emite la Procuraduría General de la República textualmente declara que: “En nombre de la República Bolivariana de Venezuela se reconoce el hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupa” una determinada comunidad. La comunidad por su parte, según este documento, acepta el reconocimiento de los derechos originarios e históricos que hace el Estado venezolano, “a través del Gobierno Bolivariano impulsado por el ciudadano presidente de la República Bolivariana de Venezuela Hugo Chávez Frías, así como, de la propiedad colectiva de las tierras indígenas que se describen en este documento”.

<sup>35</sup> Hortensia Caballero Arias, “La Demarcación de Tierras Indígenas en Venezuela”, *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, v.13 n.3 Caracas dic. 2007. Disponible en: [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1315-64112007000300013](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-64112007000300013)

<sup>36</sup> “Como señala Mansutti (en prensa), se había previsto la entrega de estos títulos de propiedad por pueblo el 12 de octubre de 2006 (Día de la Resistencia Indígena), pero la celebración se transformó en duelo cuando el mismo Presidente negó la aprobación de los títulos al argumentar que era demasiada tierra para los indígenas. Existe en la demarcación de tierras, por lo tanto, una correspondencia directa entre la definición de Pueblo indígena y grandes extensiones de tierras que, a pesar de estar contemplada en las leyes, no resulta viable para el Estado venezolano”. *Ibidem*.

3. *Derecho al aprovechamiento de los recursos naturales (artículo 120 de la Constitución)*

El artículo 120 de la Constitución dispone que el aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado debe hacerse sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos, y además establece que dicho aprovechamiento está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Así también determina el artículo 120 que “*Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a esta Constitución y a la ley*”.

Aun cuando la Constitución señala que se trata del aprovechamiento que hace el Estado en los hábitats y tierras indígenas, esto se debe entender en sentido amplio, ya que no solo el Estado de manera directa aprovecha recursos naturales en los territorios indígenas; sino que generalmente son los particulares quienes explotan los recursos naturales con autorización del Estado<sup>37</sup>.

Por otra parte, la Constitución establece un principio fundamental según el cual el aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas solo puede hacerse cumpliendo el requisito obligatorio de la previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas.

Así, la Exposición de Motivos de la Constitución establece que “*Se garantiza la integridad de los hábitats indígenas y se consagra el aprovechamiento racional de los recursos naturales allí existentes*”, por su parte, “*Se reconoce el derecho de las comunidades indígenas a recibir información previa y a ser consultadas sobre actividades de aprovechamiento de los recursos naturales*”. Además, indica que “*Los beneficios que corresponden a los pueblos indígenas por concepto de este aprovechamiento por parte del Estado serán de carácter colectivo*”.

De otra parte, como bien ha establecido la Corte IDH, mediante decisión de fecha 25 de noviembre de 2015, caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam: “*(...) la conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales, y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, deben ser protegidos bajo el artículo 21 de la Convención. Esta protección tiene como fin el garantizar que los pueblos indígenas y tribales puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetados, garantizados y protegidos por los Estados. Así, los pueblos indígenas tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio, ya que sin ellos su supervivencia económica, social y cultural está en riesgo*”<sup>38</sup>.

Ahora bien, sobre el derecho a la previa información y consulta se establecen dos principios constitucionales fundamentales: en primer término, el principio de la garantía de la integridad de los hábitats indígenas, en el entendido de que cualquier aprovechamiento debe ser hecho bajo el criterio de garantizar la integridad cultural, social, y económica de los pueblos indígenas que los ocupan; y en segundo término, el principio de la racionalidad en el uso

<sup>37</sup> Luis Jesús Bello, “Derechos de los Pueblos Indígenas en el Nuevo Ordenamiento Jurídico Venezolano”, IWGIA, Venezuela, 2005, pp. 131-132. Disponible en: <https://www.iwgia.org/en/documents-and-publications/documents/74-iwgia-derechos-de-los-pueblos-indigenas-en-el-nuevo-ordenamiento-juridico-venezolano-2005-es/file.html>

<sup>38</sup> Corte IDH, caso “Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam”, sentencia fecha 25 de noviembre de 2015, párr. 164.

de los recursos naturales en los hábitats y tierras indígenas, ya que cualquier aprovechamiento debe ser ejecutado con criterios racionales y sin detrimento de los pueblos y comunidades indígenas respectivas<sup>39</sup>.

En el ámbito de la normativa internacional sobre derechos de los pueblos indígenas, el Convenio N° 169 regula, de manera clara y expresa, lo relativo al derecho de los pueblos y comunidades indígenas sobre los recursos naturales y el deber de los Estados de realizar procesos de consulta previa para lograr el consentimiento de los pueblos afectados. En este sentido, el Convenio N° 169 establece que los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente y comprenden el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de esos recursos (artículo 15.1).

Asimismo, el Convenio N° 169 prevé que los Estados deberán establecer procedimientos para consultar a los pueblos indígenas a fin de determinar si sus intereses se ven perjudicados, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos presentes en sus tierras. Además, dispone el Convenio N° 169 que los pueblos indígenas deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades y percibir indemnizaciones equitativas por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (artículo 15.2).

De otra parte, el Convenio N° 169 establece un deber general de consulta y participación sobre todas las medidas y actividades que puedan afectar a los pueblos indígenas (artículo 6.1). También se establece que las consultas llevadas a cabo en aplicación de ese Convenio N° 169 deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (artículo 6.2).

De manera que los gobiernos deberán consultar a los pueblos indígenas mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente y establecer los medios a través de los cuales los pueblos indígenas puedan participar libremente.<sup>40</sup>

Sobre este derecho, la Corte IDH señaló en sentencia de 27 de junio de 2012, caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador” que:

*“...para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones”<sup>41</sup>.*

---

<sup>39</sup> *Ídem.*

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>41</sup> Corte IDH, caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador”, de 27 de junio de 2012, párr. 157.

El derecho a la información y consulta previa a la explotación de recursos naturales presentes en los territorios donde habitan las comunidades y pueblos indígenas ha sido violado constantemente en Venezuela, sobre todo a partir de la creación y explotación del Arco Minero del Orinoco (AMO).

En efecto, el 24 de febrero de 2016 fue dictado por el ejecutivo nacional Decreto número 2.248 mediante el cual se creó la *Zona de Desarrollo Estratégico Nacional Arco Minero del Orinoco*<sup>42</sup> con fundamento del artículo 27 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regionalización Integral para el Desarrollo Socioproductivo de la Patria<sup>43</sup>, el cual dispone que:

*“El Presidente o la Presidenta de la República, en el decreto de creación de la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional, podrá crear incentivos económicos y fiscales de acuerdo a lo establecido en el Título II del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, a efectos de dinamizar la actividad económica objeto de la Zona Estratégica de Desarrollo que se trate, con la coordinación del ministerio del poder popular con competencia en materia de economía y finanzas. Igualmente se podrán decretar mecanismos especiales de simplificación de trámites donde las empresas y organizaciones dedicadas a la actividad económica, públicas o privadas, realizarán los trámites correspondientes a la obtención de permisos de forma sencilla, expedita y simplificada, en el marco legal respectivo. El Presidente o Presidenta de la República, en el decreto de creación podrá definir el régimen especial y extraordinario de contrataciones acorde a los objetivos de la Zona Estratégica de Desarrollo Nacional que se cree.”*

Ese Decreto creó el AMO, como zona de desarrollo estratégico nacional, que tiene como finalidad el estímulo sectorial de las actividades asociadas a los recursos minerales que posee el país (artículo 1). Además, destinó una superficie de 111.843,70 km<sup>2</sup> para la explotación y explotación minera del AMO la cual abarca los estados Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro (artículo 2). El Decreto tiene como objetivo incrementar el aprovechamiento de minerales en el AMO, estableciendo como uno de sus postulados el control social y la participación del Poder Popular (artículo 4). El Decreto además creó un Consejo de Gestión, instalado en el AMO, como máxima autoridad de coordinación del AMO, el cual trabajará en conjunto con los ministerios de las áreas involucradas (artículo 5); así como la designación de un coordinador de la zona de desarrollo estratégico del AMO (artículo 6), para la administración, fiscalización e inspección de las actividades mineras desarrolladas en esa zona (artículo 7), y demás normas en cuanto al plan de desarrollo y la actividades que se realizan en preservación del ambiente (artículo 9 y 10); sistema de sistemas de protección del AMO (artículo 13); régimen de contrataciones administrativas e incentivos tributarios y aduaneros (artículo 17 y siguientes).

Sin embargo, este Decreto es inconstitucional, por cuanto su ejecución ha afectado los derechos constitucionales propios de las comunidades indígenas (entre ellas los Pemones, los Yekuana, los Sanemá, los Panares, los Hotis, los Kariñas, y los Piaroas) que habitan en el territorio comprendido dentro del AMO, tales como el derecho de información y consulta sobre el aprovechamiento de los recursos naturales de los hábitats indígenas consagrado en el artículo 120 de la Constitución y en los artículos 11, 13, 54, y 59 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas en razón de la ubicación geográfica del AMO.

La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas establece en su artículo 11 el deber de consulta sobre las actividades o aprovechamientos realizados en su hábitat, y el artículo 13 de la misma ley dispone que el proyecto que se pretenda desarrollar deberá pre-

<sup>42</sup> Publicado en Gaceta Oficial número 40.855 del 24 de febrero de 2016.

<sup>43</sup> Publicado en Gaceta Oficial número 6.151 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014.



sentarse ante las comunidades indígenas para que estas puedan determinar si serán perjudicadas y adoptar los mecanismos necesarios para garantizar su protección.

Por su parte, el artículo 54 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas dispone que el aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado en el hábitat y tierras indígenas debe ser consultado previamente a las comunidades involucradas, las cuales deben ser informadas suficientemente sobre los proyectos que se estimen desarrollar. Asimismo, establece el artículo que la ejecución de estas actividades deberá establecerse las medidas necesarias para evitar su impacto sociocultural y ambiental, así como garantizar la sustentabilidad de los recursos naturales y el bienestar sobre los pueblos y comunidades indígenas y sus tierras.

La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, además prevé la consulta previa a las comunidades indígenas sobre la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, el cual es de carácter obligatorio, y de no cumplirse con la obligatoria consulta el acto que otorgue la concesión puede ser objeto de nulidad (artículo 59).

De esta forma, por mandato de la Constitución y de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, el Estado debe consultar previamente a las comunidades indígenas que puedan ser afectadas por el aprovechamiento de los recursos naturales, sin embargo, en el caso de la creación del AMO, dicha consulta no fue realizada y desde el inicio de la explotación de esta área se han visto afectados los derechos de las comunidades indígenas, quienes también se dedican al trabajo de explotación de minas desde hace décadas en sectores que no afectan su hábitat ni vegetación<sup>44</sup>.

#### 4. *Derecho a la lengua propia (artículo 9 de la Constitución)*

De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Constitución las lenguas indígenas tienen un valor primordial en sí mismas por ser el máximo instrumento intelectual de los pueblos que las usan, el más completo inventario de su cultura y la mejor imagen de su vida inmateral y espiritual.

La Constitución dispone en el artículo 9 que *“El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad”*.

Al respecto téngase en cuenta que la Exposición de Motivos de la Constitución señala que *“En oposición a las políticas indigenistas que hasta ahora imperaron en el país y que han significado la destrucción y desaparición de sus culturas, se consagra el derecho de cada pueblo indígena a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y preservar sus lugares sagrados y de culto. La valoración del patrimonio cultural y lingüístico de los pueblos indígenas concierne a todos los venezolanos; en consecuencia, el Estado velará por el mantenimiento, continuidad, enriquecimiento y reproducción del mismo”*.

De esta forma, por constituir un derecho de los pueblos indígenas y un patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad, además del castellano, los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República.

---

<sup>44</sup> Rafael Badell Madrid, “Inconstitucionalidad del “Decreto de la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional ‘Arco Minero del Orinoco’”, p. 11.



En tal virtud, los idiomas indígenas se emplearán en todos los procesos administrativos y judiciales en que sea necesario (véase igualmente Exposición de Motivos de la Constitución).

Mediante sentencia del 04 de octubre de 2000, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decidió sobre un amparo introducido por el pueblo indígena pemón, en el que se solicitaba la traducción del recurso y de todas las actuaciones del proceso del castellano al idioma pemón invocando el artículo 9 de la Constitución. En esta oportunidad, la Sala Constitucional reconoció el carácter oficial de los idiomas indígenas, pero decidió que no era necesaria la traducción desde el punto de vista práctico ya que el recurso introducido por los representantes indígenas fue presentado en castellano. En este sentido, la Sala Constitucional indicó que, si la demanda se hubiese presentado en idioma pemón, el Tribunal Supremo de Justicia se hubiese visto en la necesidad de traducirla, lo cual evidencia que la jurisprudencia constitucional venezolana ha reconocido no sólo la posibilidad de que los pueblos indígenas presenten escritos judiciales en idiomas indígenas, sino que los mismos tienen carácter oficial.<sup>45</sup>

##### 5. *Derecho a la educación (artículo 121 de la Constitución; 26 CADH)*

La Constitución consagra el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto, así como dispone la obligación del Estado de fomentar la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones (artículo 121), de manera que el Estado deberá garantizar a los indígenas, una educación en función de la preservación de sus culturas, lenguas y sistemas de organización propios acorde con sus propios métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.

En efecto, la Constitución reconoce que toda sociedad posee su propio sistema y procesos de socialización y de endoculturación mediante los cuales educan a sus miembros según sus costumbres y tradiciones, y en este orden impone el deber del Estado de reconocer y respetar los sistemas educativos de los indígenas y garantiza la atención educativa, mediante la modalidad de un régimen de educación intercultural bilingüe, que combina la educación formal con los sistemas educativos tradicionales indígenas e implica igualmente el uso de las lenguas maternas y el castellano (véase Exposición de Motivos de la Constitución).

Esta obligación también se encuentra establecida en el Convenio N° 169, el cual establece que deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos indígenas interesados, la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, en igualdad con el resto de la comunidad nacional (artículo 26); de igual manera se garantizarán los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y el Estado deberá asegurar la formación de miembros de los pueblos indígenas y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, y se deberá reconocer el derecho de los pueblos para crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos, y se deberán facilitar los recursos apropiados a tal fin (artículo 27).

---

<sup>45</sup> Sentencia del 04 de octubre de 2000 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, citada por Luis Jesús Bello, "Derechos de los pueblos indígenas en el nuevo ordenamiento jurídico venezolano", *ob. cit.*, p. 91-92.

De otra parte, en cuanto a la obligación y compromiso que tienen los Estados de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, consagrado en el artículo 26 de la CADH, la Corte IDH en sentencia de 24 de agosto de 2010, caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay”, estableció que, conforme a los estándares internacionales, los Estados deberán garantizar la accesibilidad a la educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma *“en particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada”*<sup>46</sup>.

En violación del derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la lengua propia y a la educación, así como de la obligación del Estado de promover y proteger dichos derechos, la sentencia N° 1.013 de fecha 25 de noviembre de 2016, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró nulo el acto legislativo de la Asamblea Nacional de fecha 08 de noviembre de 2016 mediante el cual se sancionó la Ley de Educación Intercultural Bilingüe Indígena.

En esta oportunidad, la Sala Constitucional, tras examinar la exposición de motivos de la mencionada Ley, determinó que no se había observado el procedimiento de formación de la Ley por la Asamblea Nacional, en particular, que se había omitido el estudio obligatorio de impacto económico para determinar la viabilidad de la legislación, *“en aras de preservar los principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio del régimen fiscal de la República, tomando en consideración las limitaciones financieras del país, el nivel prudente del tamaño de la economía y la condición de excepcionalidad económica decretada por el Ejecutivo Nacional”*.

En segundo lugar, la Sala decidió, con fundamento en los fallos números 808/2016, 814/2016 y 269/2016, que para el momento en que fue sancionada la Ley de Educación Intercultural Bilingüe Indígena, la Asamblea Nacional se encontraba en desacato, anulando de esta forma las potestades legislativas propias del parlamento.

En efecto, la Sala Constitucional utilizó como argumento para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de una ley, que el órgano legislativo se encontraba en desacato y señaló que en el proyecto normativo se obvió realizar la *“determinación de la fuente de financiamiento, la viabilidad económica-presupuestaria y la obligación del Parlamento de acordar con el Poder Ejecutivo antes de sancionar cualquier texto legal por el impacto económico que en sí mismo tiene en el presupuesto fiscal”*, así como determinar *“si el Tesoro Nacional cuenta con recursos para atender a la respectiva erogación”*, ambos como motivos “suficientes” para declarar su inconstitucionalidad.<sup>47</sup>

De manera que esta decisión muestra una clara violación a los artículos 121 de la Constitución y 26 de la CADH al anular una Ley que buscaba cubrir la obligación del Estado de fomentar la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe y de garantizar a los indígenas, una educación en función de la preserva-

<sup>46</sup> Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay”, sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 211.

<sup>47</sup> Acceso a la Justicia, “Sala Constitucional declara inconstitucional ley sobre educación indígena”. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/sala-constitucional-declara-inconstitucional-ley-sobre-educacion-indigena/>

ción de sus culturas, lenguas y sistemas de organización propios acorde con sus propios métodos culturales de enseñanza y aprendizaje (artículo 121), cuya obligación también está prevista en el artículo 26 de la CADH sobre el compromiso que tienen los Estados de adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación.

#### 6. *Derecho a la salud (artículo 122 de la Constitución)*

Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas y el Estado tiene la obligación de reconocer su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos (artículo 122 de la Constitución). En efecto, la Constitución reconoce, como parte de la valoración del patrimonio cultural indígena, las prácticas médicas tradicionales de los pueblos indígenas, las cuales hasta el presente han sido desconocidas y descalificadas.

De esta forma, la Exposición de Motivos de la Constitución señala que “*El Estado garantizará a los pueblos indígenas, mediante una perspectiva intercultural que permita la combinación de los dos saberes, la salud integral adaptando los servicios de salud a las especificidades y necesidades culturales de cada uno de los pueblos indígenas*”.

Asimismo, el Estado tendrá la obligación de mejoramiento de las condiciones de vida y del nivel de salud de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, así como el deber de elaborar planes que promuevan dicho mejoramiento (artículo 7.2 del Convenio N° 169).

El Estado deberá adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud (artículo 30 Convenio N° 169); deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos indígenas, los servicios de salud adecuados o proporcionar los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental; estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos indígenas y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales (artículo 25, numeral 1 y 2 del Convenio N° 169).

Respecto de este derecho a la salud la Corte IDH, en sentencia de 17 de junio de 2005, caso “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, en aplicación del artículo 26 de la CADH, estableció la obligación del Estado de adoptar medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando el derecho a una alimentación adecuada, acceso a agua limpia y a atención de salud<sup>48</sup>.

De otra parte, el artículo 111 de la Ley Orgánica de Comunidades y Pueblos Indígenas consagra el derecho a la medicina indígena en los siguientes términos:

*“Los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho al uso de su medicina tradicional y de sus prácticas terapéuticas para la protección, el fomento, la prevención y la restitución de su salud integral. Este reconocimiento no limita el derecho de acceso de los pueblos y comunidades indígenas a los demás servicios y programas del Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social, los cuales deberán prestarse en un plano de igualdad de oportunidades, equidad y calidad de servicio respecto al resto de la población nacional.”*

<sup>48</sup> Corte IDH, “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 175.

El Decreto que crea el AMO, al que ya nos hemos referido, es violatorio del derecho a la salud de los pueblos indígenas previsto en el artículo 122 de la Constitución y 111 de la Ley Orgánica de Comunidades y Pueblos Indígenas, en virtud de la exploración y explotación del área.

En efecto, téngase en cuenta que la minería artesanal llevada a cabo en el AMO utiliza motores hidráulicos y mercurio, el cual además de ocasionar daños y destrucción a los ecosistemas y hábitats de los indígenas, se ha determinado a través de análisis realizados por especialistas que ha deteriorado la calidad de las aguas de las cuales las comunidades indígenas se sirven para su uso y consumo.

Así también, con motivo de las actividades llevadas a cabo en el AMO, la vegetación ha sido mermada por la deforestación realizada para la extracción del oro debido a la afectación que sufre el ambiente, agua, fauna y flora el derecho que tienen las comunidades indígenas a su medicina autóctona se ve perjudicado ya que muchas de sus prácticas son realizadas con plantas que están siendo destruidas por el desarrollo minero, violando lo establecido en la Ley Orgánica de Comunidades y Pueblos Indígenas (artículo 111).<sup>49</sup>

El uso del mercurio ha afectado la salud de las comunidades indígenas por cuanto ocasiona directamente la contaminación mercurial, como uno de los principales problemas sanitarios encontrados en las zonas mineras ya que el mercurio es un metal pesado bioacumulativo (no sale del cuerpo humano, se integra en los tejidos en forma de metilmercurio), e indirectamente, otras enfermedades, tales como el paludismo, malaria, fiebre amarilla y la leishmaniasis<sup>50</sup>.

De manera que, a raíz de la explotación del AMO han proliferado enfermedades endémicas como el paludismo, enfermedades gastrointestinales, escabiosis, leishmaniasis, en las comunidades indígenas donde muchos de sus integrantes trabajan en la actividad minera<sup>51</sup>. Además, se ha determinado que dada la extensión del AMO las consecuencias al ecosistema y a la salud de los habitantes de las comunidades cercanas al proyecto en desarrollo aumentarán las enfermedades respiratorias, en la piel y estarán en riesgo de padecer cáncer por el contacto con agentes tóxicos como el cianuro<sup>52</sup>.

#### 7. *Derechos económicos de los pueblos indígenas (artículo 123 de la Constitución; 26 CADH)*

Los derechos económicos de los pueblos indígenas se encuentran consagrados en el artículo 123 de la Constitución, el cual establece que estas comunidades tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, solidaridad e intercambio, así como sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades, de manera que los pueblos indígenas podrán llevar

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>50</sup> Leopoldo Villegas, “Minería y salud en el arco minero”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Número 161, julio-diciembre, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

<sup>51</sup> SOSORINOCO, “Situación Actual 2020 de la Minería Aurífera en el Parque Nacional Canaima, Sitio de Patrimonio Mundial, Venezuela-Actualización del Informe del año 2018”. Disponible en: <https://sosorinoco.org/>

<sup>52</sup> PROVEA, Derechos humanos en el contexto del proyecto “ARCO MINERO DEL ORINOCO” en Venezuela, Audiencia ante la CIDH, noviembre 2016. Disponible en: <https://provea.org/wp-content/uploads/2016/12/DDHH-en-el-contexto-del-AMO-en-Venezuela.pdf>

adelante su propia economía, atendiendo a sus propios sistemas y características tradicionales de producción y a participar en los beneficios de los planes de desarrollo económico promovidos por los Estados.

De conformidad con la Exposición de Motivos de la Constitución, este derecho implica la prohibición del Estado de imponer a los pueblos indígenas planes y proyectos de desarrollo ajenos a sus intereses y necesidades. Asimismo, abarca este derecho económico de los pueblos indígenas la garantía de que el Estado asegure dentro de una perspectiva de desarrollo sustentable, con identidad y en articulación con la economía nacional, los recursos financieros, la capacitación y la asistencia técnica requerida, así como la participación en la economía del país.

La Sala Constitucional, en sentencia 20 de diciembre del 2000 consideró que *“el mejoramiento de dichas condiciones debe ser prioritario en el diseño y ejecución de los planes de desarrollo económico de los territorios donde ancestral y tradicionalmente habitan... En cambio, en el marco del principio del desarrollo sustentable, derivado del encabezamiento de la disposición prevista en el artículo 127 de la Constitución de la República, y referido, en lo que concierne a los pueblos indígenas, en el artículo 123 eiusdem, se trata de la necesaria integración entre medio ambiente y desarrollo, de forma que el proceso de desarrollo sea ecológicamente equilibrado”*.

De igual manera, el Convenio N° 169, establece que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades respecto al proceso de desarrollo que pueda incidir en sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos tendrán el derecho de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (artículo 7.1).

La CADH, respecto de los derechos económicos prevé que los Estados que son partes de esta Convención N° 169 se comprometerán a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (artículo 26 de la CADH).

Por su parte, la Corte IDH, en sentencia de 17 de junio de 2005, caso “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, sobre los derechos económicos de los pueblos indígenas ha sostenido que *“En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres...”*<sup>53</sup>.

Asimismo, la Corte IDH en sentencia de 27 de junio de 2012, caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador”, consideró que *“el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización”*<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 63.

<sup>54</sup> Corte IDH, caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador”, sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 217.

8. *Derecho a la propiedad intelectual colectiva (artículo 124 de la Constitución)*

El Estado venezolano deberá garantizar y proteger la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas, y toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. La propia Constitución prohíbe expresamente el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales (artículo 124).

9. *Derecho a la participación política (artículo 125 de la Constitución; 23 CADH)*

La participación política constituye un derecho que manifiesta la autonomía de los pueblos indígenas<sup>55</sup>. La Constitución consagra expresamente que los pueblos indígenas tienen el derecho a la participación política y que además el Estado debe garantizar la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena de conformidad con la ley (artículo 125). De manera que se les garantiza constitucionalmente su derecho de participación en la vida política del país en todas las instancias de los Poderes Públicos que integran el Estado. Como lo indica la Exposición de Motivos, al garantizarse el derecho de participación política, la población indígena estará presente “*en la elaboración de las distintas leyes y reglamentos del país, además de garantizarles su participación directa en las instancias de toma de decisiones de los poderes públicos que integran el Estado*”.

Por su parte, se acordará la elección de tres diputados o diputadas indígenas para la Asamblea Nacional de acuerdo a sus costumbres (artículo 186).

Este derecho la participación política también se encuentra consagrado en la CADH, en su artículo 23 que dispone que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La Corte IDH en sentencia de 23 de junio de 2005, caso “Yatama Vs. Nicaragua”, ha sostenido que “*Es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. Los hechos del presente caso se refieren principalmente a la participación política por medio de representantes libremente elegidos...*”<sup>56</sup>.

Asimismo, la Corte IDH ha entendido que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la CADH “*el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejer-*

<sup>55</sup> Ricardo Colmenares Olivar, “El derecho a la autonomía de los pueblos indígenas en Venezuela, Revista CENIPEC, 21, 2002, p. 187. Disponible en: <http://bdigital.ula.ve/storage/pdf/cenip/n21/articulo5.pdf>

<sup>56</sup> Corte IDH, caso “Yatama Vs. Nicaragua”, excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 195.



*cicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales*<sup>57</sup>.

Ahora bien, en Venezuela la violación a los derechos políticos de los pueblos indígenas ha ocurrido a propósito de varias decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, que han contrariado lo dispuesto en la Constitución y en la CADH.

Un primer ejemplo fue la sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia N° 260, de fecha 30 de diciembre de 2015, que dejó sin representación ante la Asamblea Nacional a todo el Estado Amazonas, incluyendo la Región Indígena Sur, fundamentado en una difusión pública, que la Sala Electoral estimó como hecho notorio comunicacional, atentando directamente contra el derecho al sufragio y a la representación de los electores involucrados, en virtud de una presunta violación de los derechos constitucionales al sufragio y la participación política de los electores del estado Amazonas en el proceso electoral realizado el 6 de diciembre de 2015 en dicha entidad territorial para elección de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional. La Sala Electoral declaró lo siguiente:

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

Otro ejemplo, son las sentencias números 68, 69 y 70, de fechas, 05, 10 y 12 de junio de 2020, respectivamente, mediante las cuales la Sala Constitucional declaró la omisión legislativa de la Asamblea Nacional, designó a los rectores principales y suplentes del Consejo Nacional Electoral (CNE) y ordenó a este órgano regular las materias relativas a la elección de los representantes indígenas en la Asamblea Nacional, desaplicando los artículos 14, 15, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182 y 186 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, relativos a la elección de representantes indígenas, por considerar que no se correspondían con los principios de la personalización del sufragio y la representación proporcional, consagrados en los artículos 63 y 186 de la Constitución<sup>58</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, los integrantes del CNE designados por la Sala Constitucional, en fecha 30 de junio de 2020, dictaron la Resolución número 200630-0024 que contiene el “Reglamento especial para regular la elección de la representación indígena en la Asamblea Nacional 2020”<sup>59</sup> (en lo sucesivo “El Reglamento”) el cual tiene por objeto “regular la elección de las y los integrantes de la Asamblea Nacional por los Pueblos y Comunidades Indígenas en ejercicio del derecho a la participación política, de conformidad con sus costumbres y prácticas ancestrales y lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley” (artículo 1).

<sup>57</sup> *Ibidem*, párr. 201.

<sup>58</sup> Véase Rafael Badell Madrid, “Consideraciones sobre la inconventionalidad e inconstitucionalidad de la eliminación del voto directo y secreto en el reglamento especial para regular la elección de la representación indígena en la Asamblea Nacional 2020”.

<sup>59</sup> Disponible en la página web del Consejo Nacional Electoral: [http://www4.cne.gob.ve/web/normativa\\_electoral/elecciones/2020/asamblea\\_nacional/documentos/reglamento\\_especial\\_para\\_regurar\\_la\\_elecci%C3%B3n\\_de\\_la\\_representaci%C3%B3n\\_ind%C3%ADgena\\_en\\_la\\_asamblea\\_nacional\\_2020.pdf](http://www4.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/elecciones/2020/asamblea_nacional/documentos/reglamento_especial_para_regurar_la_elecci%C3%B3n_de_la_representaci%C3%B3n_ind%C3%ADgena_en_la_asamblea_nacional_2020.pdf)



El Reglamento dispuso en el artículo 2 que el sistema de elección de los pueblos indígenas “*será bajo la modalidad nominal, y mediante elección por mayoría relativa de votos, expresados en asambleas populares conforme a sus usos, tradiciones y costumbres*”.

De otra parte, el Reglamento en su artículo 6 regula los requisitos para ser postulado como candidato indígena a la Asamblea Nacional, entre los cuales se hallan los siguientes:

1. Deben reunirse las condiciones para ser diputado, previstas en el artículo 188 de la Constitución, ser venezolano y mayor de veintiún (21) años.
2. Deberá ser una persona indígena, hablar su idioma.
3. Cumplir con al menos una de las siguientes condiciones:
  - Haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad.
  - Tener conocida trayectoria en la lucha en pro del reconocimiento de su identidad cultural.
  - Haber realizado acciones en beneficio de los pueblos y comunidades con un mínimo de tres años de funcionamiento.

Asimismo, el Reglamento determina que serán las organizaciones indígenas, de acuerdo con su ámbito territorial, quienes podrán postular un candidato, con su respectivo suplente, para un cargo de Representación Indígena a la Asamblea Nacional, por cada región o circunscripción electoral indígena, y demás establece que son las Asambleas Generales quienes elegirán los diputados indígenas (artículo 7).

Además, el artículo 16 del Reglamento establece que: “*Los voceros y voceras reunidos en Asambleas Generales, tendrán la potestad de elegir en total un Diputado o Diputada como Representación a la Asamblea Nacional por los Pueblos y Comunidades Indígenas, por región*”. Esas Asambleas Generales, “*como espacios de participación libre y directa*”, estarán conformadas por los voceros electos del seno de los pueblos y comunidades indígenas de las Asambleas Comunitarias, y se conformará una Asamblea General por cada entidad federal de la Circunscripción Indígena.

Sobre el acto de votación y escrutinio, el Reglamento establece que los voceros elegidos por las comunidades se instalarán y constituirán en cada entidad federal y sesionarán en Asamblea General, en el día fijado para el acto de votación por el CNE en el Cronograma especial correspondiente, en presencia de los Testigos de las Organizaciones Indígenas postulantes asistentes al acto y del Coordinador Electoral designado al efecto por el CNE (artículo 17).

El Reglamento señala que la forma de votación será a mano alzada, y se sujetará a lo dispuesto en el “Manual de Funcionamiento de las Asambleas Generales para la designación de los voceros para la elección de los diputados de la Representación Indígena a la Asamblea Nacional 2020”. En cada Asamblea General deberá levantarse un “Acta de Asamblea”, de acuerdo con el formato elaborado por el CNE, en la cual se dejará constancia de los resultados de la votación efectuada en dicha Asamblea General, indicando el escrutinio de votos emitidos a favor de los candidatos.

Sin embargo, cada una de estas disposiciones que conforman el Reglamento es inconstitucional e inconvencional por cuanto viola los derechos políticos de los pueblos y comunidades indígenas, por las siguientes razones:

En primer lugar, el Reglamento dispone que la población indígena no elegirá a sus representantes a la Asamblea Nacional directamente sino a través de voceros electos en Asambleas Comunitarias, quienes a su vez elegirán a los diputados indígenas en Asambleas Generales, y que además, las comunidades indígenas deberán elegir a sus voceros a través de las Asambleas Comunitarias y que estos voceros, convocados en una Asamblea General, serán quienes en definitiva elijan a los diputados a la Asamblea Nacional, estableciéndose un sistema electoral de dos fases que impide el ejercicio del derecho al sufragio mediante votación directa.

De otra parte, el Reglamento establece que los diputados sean elegidos por los voceros en las Asambleas Generales mediante una votación “a mano alzada”, es decir, de forma pública.

De manera que el Reglamento viola el principio de votación directa y secreta consagrados en los artículos 23.b de la CADH, y 63 de la Constitución. Además, viola propiamente los artículos 125 y 186 de la Constitución, sobre la obligación del Estado en garantizar la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena y la elección de tres diputados o diputadas indígenas para la Asamblea Nacional de acuerdo a sus costumbres.

En segundo lugar, el Reglamento establece un sistema de postulación a través de “organizaciones indígenas” que contraría la libre postulación dispuesta en el artículo 67 de la Constitución y por consecuencia, viola el derecho de participación política, consagrado en los artículos 62 de la Constitución y 23.a de la CADH.

De otra parte el Reglamento es inconstitucional por cuanto establece una serie de condiciones de elegibilidad para la representación indígena no contempladas en la ley, en violación de los artículos 186 y 188 de la Constitución, puesto que, el artículo 186 constitucional dispone expresamente que la elección de los diputados indígenas debe hacerse “*de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres*”, por lo que no podía un Reglamento regular los requisitos de elegibilidad de los candidatos a diputados de la representación indígena en la Asamblea Nacional.

En términos generales, el régimen electoral dispuesto en el Reglamento es violatorio del principio de igualdad, por cuanto establece un mecanismo de votación indirecto (de segundo grado) y público para las comunidades indígenas, siendo distinto y notoriamente más gravoso que el determinado para el resto de la representación parlamentaria del país, en violación de los artículos 24 CADH y 21 de la Constitución.

#### 10. *Deber de salvaguardar la integridad y soberanía nacional*

Entre los deberes de los pueblos y comunidades indígenas, la Constitución señala la obligación de salvaguardar la integridad y soberanía nacional. En efecto, dispone el artículo 126 de la Constitución que los pueblos indígenas, “*como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible, y en ese contexto, tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional*”, al igual que el resto de la población venezolana (artículo 130 de la Constitución).

El artículo 126 constitucional establece que “*El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional*”. Esto quiere decir, tal y como explica la Exposición de Motivos de la Constitución, que, el uso del término pueblo significa el reconocimiento de su identidad específica, de las características sociales, culturales y económicas que les son propias y que los diferencian del resto de la sociedad.

De acuerdo a la Constitución no puede interpretarse el término pueblo en el sentido que se le da y que es propio en el derecho internacional, este es el de “*aquella comunidad que ha llegado a gobernarse plenamente a sí misma, o sea un pueblo organizado en Estado, aunque surjan obstáculos pasajeros para su organización propia*”. Este concepto fundamental del derecho internacional público -como lo ha definido Verdross- ha sido recogido por la Carta de la ONU, cuyo preámbulo se inicia con las palabras “*Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas..., hemos decidido aunar nuestros esfuerzos...*”. Afirma Verdross al respecto que “Esta aplicación consciente de la expresión “pueblo” en lugar del término “estado” o también “potencia”, antes usuales no tiene una significación meramente ideológica, sino que sirve para subrayar que la Carta de la ONU, da derechos e impone obligaciones a los pueblos, y no a los gobiernos.”<sup>60</sup>

Asimismo, Clavero resalta la expresión de “pueblo” como sujeto colectivo de derecho internacional en la Convención de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “como sujetos figuran, desde el comienzo de dichas convenciones, de ambas, *all peoples*, todos los pueblos, titulares expresos de un derecho primero de libre determinación, *right of self-determination*, de autodeterminación<sup>61</sup>”.

En efecto, en derecho internacional lo característico del concepto de pueblo es la conjunción de tres elementos básicos:

*a) Su configuración como grupo social organizado agregativamente y diferenciado de otro tipo de agrupaciones sociales menores a las que puede comprender y en las que puede apoyarse (clases sociales, tribus, grupos étnicos, lingüísticos, religiosos, etc.)*

*b) El desarrollo de una conciencia política propia como núcleo ideológico de vinculación entre sus miembros, conciencia que suele generarse a partir de la constatación de la dependencia y alienación sufrida por los miembros del pueblo en beneficio de otra colectividad dominadora ajena a él.*

*c) La acción, en ocasiones armada y violenta, destinada a consagrar la existencia del pueblo a través de la creación o participación política plena en una estructura estatal independiente, es decir, su tendencia a convertirse en Estado.*<sup>62</sup>

De modo que sin la aclaratoria del término “pueblo” que hace -en sentido negativo- el artículo 126 de la Constitución, se podría producir en el ordenamiento jurídico venezolano un problema del reconocimiento de un “Estado dentro de un Estado”, por cuanto se reconocería que “*puede haber, en específico, en el país, un pueblo, con su organización política en sus propios territorios*”.

<sup>60</sup> Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*. Biblioteca Jurídica Aguilar, 5<sup>ta</sup> edición. Madrid, 1976. p. 107.

<sup>61</sup> Bartolomé Clavero, “Derecho indígena y cultura constitucional” en *América: Madrid: Siglo XXI*, España editores. Madrid, 1994, p. 70. Cit. en Linda Bustillos R. “Los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional: ¿titulares del principio de libre determinación de los pueblos?” en *Revista Venezolana de Ciencia Política*. N° 33. Enero-junio, Centro de Estudios Políticos y Sociales de América Latina (CEPSAL), Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, Mérida, 2008. p. 129. Disponible en: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/28608/articulo5.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Enrique%20Aramburu%2C%20define%20pueblo%20como,diferenciarlo%20del%20concepto%20de%20poblaci%C3%B3n>.

<sup>62</sup> R. Calduch, *Relaciones Internacionales*. Edit. Ediciones Ciencias Sociales. Madrid, 1991. P. 15. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-55159/lib1cap6.pdf>

En efecto, recordemos que los elementos pueblo, gobierno y territorio, son los componentes esenciales de todo Estado, lo que podría originar problemas respecto a la integridad territorial<sup>63</sup>.

11. *Derecho a la conservación y a la protección del ambiente (artículo 127 de la Constitución; 21 CADH)*

La Constitución reconoce en su Título III, Capítulo IX, los Derechos Ambientales, lo cual garantiza a través de sus disposiciones, el desarrollo sustentable como la vía para el respeto a la vida, la salud, un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. En este sentido, la Constitución consagra que es un derecho y un deber de cada generación la protección del ambiente en beneficio de sí misma y del futuro, y establece la obligación del Estado sobre la protección del ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica, así como la de garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley (artículo 127).

Asimismo, el Título VII, Capítulo II consagra los principios de seguridad de la Nación, señala la necesidad de proteger a los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial (artículo 327).

La Sala Constitucional en análisis del artículo 127 constitucional consideró que:

*“De la disposición que antecede cabe destacar el reconocimiento de que los elementos que integran el ambiente no son únicamente res extensa, sino que constituyen soporte de valores colectivos dignos de tutela constitucional, lo cual implica el establecimiento ex nunc de límites mucho más rigurosos a la acción humana sobre el ecosistema, puesto que el ambiente es, en definitiva, ambiente de vida...”*

*En las circunstancias expuestas, lo que corresponde es garantizar que las condiciones y medidas impuestas por dichas autoridades, y dirigidas a minimizar el impacto ambiental, sean debidamente cumplidas. La Sala proveerá a este respecto... En cambio, en el marco del principio del desarrollo sustentable, derivado del encabezamiento de la disposición prevista en el artículo 127 de la Constitución de la República, y referido, en lo que concierne a los pueblos indígenas, en el artículo 123 ejusdem, se trata de la necesaria integración entre medio ambiente y desarrollo, de forma que el proceso de desarrollo sea ecológicamente equilibrado”.*<sup>64</sup>

La obligación de los Estados de garantizar la preservación de un ambiente sano en sus territorios, también se encuentra consagrado en el Convenio N° 169, de manera que los gobiernos deberán tomar medidas en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan (artículo 7.3).

La Corte IDH en decisión de fecha 25 de noviembre de 2015, caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, determinó al respecto que: *“un área protegida, consiste no solamente*

<sup>63</sup> Allan Brewer-Carías, *La Constitución de 1999, Derecho Constitucional venezolano*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Jurídica Venezolana, 2004. p. 810.

<sup>64</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Decisión del 20 de diciembre del 2000. Citado en Luis Jesús Bello, “derechos de los pueblos indígenas en el nuevo ordenamiento jurídico venezolano”, IWGIA, Venezuela, 2005, P. 363. Disponible en: <https://www.iwgia.org/en/documents-and-publications/documents/74-iwgia-derechos-de-los-pueblos-indigenas-en-el-nuevo-ordenamiento-juridico-venezolano-2005-es/file.html>

*en la dimensión biológica, sino también en la sociocultural y que, por tanto, incorpora un enfoque interdisciplinario y participativo. En este sentido, los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación. Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Así, el derecho de los pueblos indígenas y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes*<sup>65</sup>.

Ahora bien, las actividades que se desarrollan en el AMO son violatorias del derecho a la conservación y a la protección del ambiente de los pueblos indígenas previstos en los artículos 127 y 128 de la Constitución, por cuanto degradan el ambiente, por la contaminación y deterioro a la atmósfera, agua, fondos marinos, suelo, comunidades biológicas, vegetales y animales, acelerando los procesos erosivos, produciendo alteración al cauce o flujo natural de las aguas y variación de los cuerpos del agua, además de la introducción de sustancias no biodegradables como el mercurio.

La creación del AMO ha permitido la firma de una serie de acuerdos con empresas nacionales e internacionales para la explotación de yacimientos minerales en cielo abierto, lo que ha originado una minería extractiva depredadora y un ecocidio<sup>66</sup>. Además, la ejecución del Decreto atenta contra las reservas de agua dulce no contaminadas, del país, ubicadas al sur del Río Orinoco; la biodiversidad de la Reserva Forestal de Imatáca, de El Caura, La Paragua y contra las zonas protectoras de la Cuenca del Río Caroní, los Tepuyes, y además atenta contra el hábitat de los pueblos indígenas y las Áreas bajo Régimen de Administración Especial, Áreas Protegidas o de Especial Importancia Ecológica. Áreas estas para cuya desafectación se requería la autorización de la Asamblea Nacional<sup>67</sup>.

De acuerdo a estudios de impacto ambiental realizados por distintas organizaciones, son diversos los daños que está realizando el AMO al Parque Nacional Canaima y sus alrededores: daños ecológicos, daños a la biodiversidad, daños escénicos (al paisaje) y socioeconómicos. Se dio a conocer el incremento de las zonas explotadas por la actividad minera en el Parque Nacional Canaima, dicho incremento tiene un impacto ambiental, especialmente en los ríos Kukenán y Caroní, evidenciándose en este último una contaminación de mercurio del 70% de su curso<sup>68</sup>.

Por otra parte, la decisión de crear el AMO se realizó incumpliendo las obligaciones constitucionales de realizar estudios de impacto ambiental y sociocultural en las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas, consagrada en el artículo 129 de la Constitución.

El artículo 55 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas<sup>69</sup> establece que *“Todo proyecto de desarrollo público, privado o mixto en hábitat y tierras indígenas, debe*

<sup>65</sup> Corte IDH, caso “Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam”, sentencia fecha 25 de noviembre de 2015, párr. 173.

<sup>66</sup> Román J. Duque Corredor, “La Amazonia: Gobernanza e institucionalidad como comunidad jurídica internacional”, En *Boletín de la academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Número 161, julio-diciembre, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

<sup>67</sup> Rafael Badell Madrid, “Inconstitucionalidad del “Decreto de la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional ‘Arco Minero del Orinoco’”, ob. Cit., p. 15.

<sup>68</sup> SOSORINOCO, “Situación Actual 2020 de la Minería Aurífera en el Parque Nacional Canaima, Sitio de Patrimonio Mundial, Venezuela-Actualización del Informe del año 2018”, ob. cit.

<sup>69</sup> Publicada en Gaceta Oficial número 5.833 Extraordinario del 22 de diciembre de 2006.

*contar, previo a su aprobación y ejecución por el órgano competente, con un estudio de impacto ambiental y sociocultural. Los pueblos y comunidades indígenas serán consultados en la etapa de elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental y sociocultural, pudiendo objetarlos cuando éstos afecten la integridad sociocultural y ambiental. Las observaciones serán incorporadas en la reformulación del estudio, previo al análisis respectivo. Para garantizar este derecho, los pueblos y comunidades indígenas podrán solicitar asistencia técnica y jurídica al ente rector de la política indígena del país, a las organizaciones indígenas o a cualquier otro órgano o ente del estado o privado con competencia en la materia”.*

Del mismo modo, los artículos 4.9 y 23.5 de la misma Ley, disponen que la gestión del ambiente comprende la evaluación de impacto ambiental y que todas las actividades capaces de degradar el ambiente deben ser evaluadas previamente a través de un estudio de impacto ambiental y socio cultural. Así como los lineamientos para la planificación del ambiente son la evaluación ambiental como herramienta de prevención y minimización de impactos al ambiente. El artículo 15 de la Ley de Minas<sup>70</sup> prevé que las actividades mineras deben efectuarse con acatamiento a la legislación ambiental y a las demás normativas que rigen la materia. Además, se prevé en el artículo 43 de la Ley Penal del Ambiente<sup>71</sup> el delito de otorgamiento de permisos o autorizaciones sin estudios de impacto ambiental por funcionarios públicos.

En efecto, ninguna de estas disposiciones fue considerada en los proyectos del AMO, puesto que para realizar cualquier tipo de proyecto de la magnitud del AMO debe realizarse un esquema de estudios de impacto ambiental, tomando en consideración los lineamientos establecidos en la Ley para el mejor desarrollo, aprovechamiento y menor impacto ecológico posible, sin embargo, en el AMO no se han cumplido con los mandatos constitucionales ni legales.<sup>72</sup>

La ejecución de los proyectos mineros además afecta gravemente los recursos hídricos en violación del artículo 304 de la Constitución, el cual establece que la ley establecerá las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, y aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio y el artículo 55 de la Ley Orgánica del Ambiente, que establece que el aprovechamiento de los recursos naturales y de la diversidad biológica debe hacerse de manera que garantice su sustentabilidad.

Ahora bien, el AMO está ocasionando la disminución de la calidad del agua, a través de su contaminación con sustancias y residuos propios de la explotación minera, lo cual afecta especialmente a las comunidades que viven en las adyacencias del AMO.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 63 de fecha 21 de febrero de 2019, ante la demanda de nulidad con solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos contra el Decreto N° 2248 que crea el AMO, declaró el desistimiento tácito de la demanda de nulidad interpuesta con medida cautelar de suspensión de efectos. De manera que se desechó la demanda interpuesta, en virtud de que los accionantes incumplieron con los formalismos de retirar el llamado cartel de emplazamiento dentro

---

<sup>70</sup> Publicada en Gaceta Oficial número 5.382 Extraordinario del 28 de septiembre de 1999.

<sup>71</sup> Publicada en Gaceta Oficial número 39.913 del 02 de mayo de 2012.

<sup>72</sup> Rafael Badell Madrid, “Inconstitucionalidad del “Decreto de la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional ‘Arco Minero del Orinoco’”, ob. cit., p. 19.



de los 3 días que establece la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo y después de publicarlo en los diarios de circulación nacional en los 8 días posteriores (artículo 81).

Esta última sentencia ha sido criticada, pues una vez dictado el decreto presidencial se han denunciado un conjunto de irregularidades por la violación a los derechos ambientales a los que hemos hecho referencia, por poner en peligro zonas cercanas a parques nacionales como Canaima o Roraima que hasta los momentos no han sido protegidos ni garantizados<sup>73</sup>.

En comunicado emitido el 09 de agosto de 2016, la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Amazonía Venezolana (COIAM) emitió un comunicado en el que advierte que debido a la creciente actividad minera ilegal que afecta a numerosos pueblos y comunidades indígenas de la región ha impactado en lo sociocultural, ambiental y en lo económico por la implementación de las políticas de extracción de minerales en la región sur del país.

De manera que, uno de los impactos más negativos de estas actividades es el abandono de las actividades tradicionales de los pueblos indígenas en sus territorios y su economía propia vinculada a la subsistencia, al introducirse patrones socio productivos ajenos a su dinámica sociocultural y a su identidad<sup>74</sup>,

De esta manera, artículo 123 de la Constitución sobre los derechos económicos de los pueblos indígenas, por cuanto impide que estas comunidades puedan mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas, sus actividades productivas tradicionales y su participación en la economía nacional.

#### 12. *La protección jurisdiccional de los pueblos indígenas*

En el ordenamiento jurídico venezolano coexisten dos sistemas normativos, pues además del régimen de derechos y garantías constitucionales común a todos los ciudadanos, cuenta con instituciones y sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas para solventar los conflictos. Si bien la Constitución consagra el principio de igualdad y no discriminación de todos los ciudadanos ante la ley (artículo 21), dicho principio se debe interpretar a la luz de la existencia de las comunidades indígenas, las cuales tienen una identidad cultural preexistente al Estado venezolano.

En este sentido, los miembros de los pueblos indígenas son personas humanas y tienen derecho a disfrutar de igual manera los derechos individuales y colectivos existentes en los textos internacionales de derechos humanos siguiendo los principios de igualdad y no discriminación., sin embargo, los indígenas poseen una identidad étnica y cultural distinta de los demás habitantes y, en consecuencia, tienen derechos distintos al resto de los ciudadanos. De manera, que no se atenta contra el principio de igualdad y no discriminación, sino que, se busca rescatar la identidad cultural de estos pueblos que se había abandonado desde la época de la conquista.

Así lo ha sostenido la Sala Constitucional, en cuanto que *“esa importancia que otorga la Constitución de 1999 a los pueblos indígenas, se produce en el entendido que es una realidad histórica incontrovertible que los primeros pobladores del territorio venezolano*

---

<sup>73</sup> Véase, Acceso a la Justicia, “Arco Minero del Orinoco”, publicado en 21 de febrero de 2019. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/arco-minero-del-orinoco/>

<sup>74</sup> PROVEA, Derechos humanos en el contexto del proyecto “ARCO MINERO DEL ORINOCO” en Venezuela, ob. cit.



*fueron los indígenas; así como también, el hecho de que estos pueblos han sido despojados y excluidos de manera sistemática de sus tierras por motivaciones económicas, lo que en la mayoría de los casos se ha traducido en pobreza y marginalidad (...)Es pues una deuda histórica que se busca superar en parte con la reivindicación de un conjunto de derechos consagrados en normas de ámbito nacional e internacional... ”<sup>75</sup>.*

De manera que esta discriminación positiva a favor de los miembros de las comunidades indígenas se establece en el numeral 2 del artículo 21 de la Constitución, señalando que “*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*”.

Asimismo, la Constitución en su artículo 49 consagra un conjunto de garantías sobre el debido proceso que son exigidas especialmente a favor los miembros de los pueblos indígenas como una defensa real y efectiva que garantiza su identidad cultural. En efecto, precisamente dadas las circunstancias especiales a las que están sometidos los indígenas, se prevén garantías igual de especiales como el derecho de estos miembros a un intérprete en el caso de que no hablen o no puedan comunicarse en el idioma castellano (artículo 49, numeral 3), pues la Constitución reconoce las lenguas de los distintos pueblos indígenas como idiomas oficiales en las respectivas entidades federales y/o municipios indígenas donde se encuentren asentados estas culturas (artículo 9); el derecho a la defensa y a la asistencia jurídica del procesado, lo cual implica la asistencia de un abogado público o privado que asuma la defensa técnica del caso durante el proceso<sup>76</sup>.

Ahora bien, en cuanto al derecho a ser juzgado por sus jueces naturales (artículo 49, numeral 4) debemos hacer referencia a la potestad jurisdiccional que tienen las autoridades naturales de los pueblos indígenas, pues el artículo 260 establece la jurisdicción especial indígena, como medio alternativo de justicia, mediante el cual las autoridades legítimas de dichos pueblos tendrán la potestad de resolver los conflictos entre sus integrantes dentro de sus territorios, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, así, dispone dicho artículo que “*Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional*”.

Con esta disposición se reconoce, en primer lugar, la jurisdicción indígena especial ejercida por las autoridades indígenas legítimas para ejercer funciones de justicia, de acuerdo con sus tradiciones, usos y costumbres, y tal competencia se extiende a los asuntos laborales, mercantiles y civiles existentes entre los indígenas. En segundo lugar, se reconoce el uso del derecho consuetudinario indígena y sus propios procedimientos para resolver conflictos<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia n° 723 de 20 de Mayo de 2011.

<sup>76</sup> Ricardo Colmenares Olívar, “El derecho consuetudinario indígena en Venezuela: Balance y perspectivas”, ob. cit, p. 90.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 93.

Así lo ha expresado la Sala Constitucional mediante sentencia, con carácter vinculante, referida al reconocimiento de la jurisdicción especial indígena, a los efectos de garantizar su cumplimiento, exigir aplicación, regularizar su coexistencia armónica con la jurisdicción ordinaria, puesto que la Constitución ha aceptado el carácter pluricultural que permite la incorporación del pluralismo jurídico o legal, que reconoce la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio:

*“...La propia Constitución hace énfasis en las reglas que se han de seguir para la armonización de los dos sistemas jurídicos: 1) el derecho originario indígena se aplica: a) dentro del hábitat, b) con base en sus tradiciones ancestrales, y c) a los integrantes de su comunidad; y 2) el alcance de derecho originario indígena se limita en el caso de contrariar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ley y el orden público. Con una aclaratoria adicional y es el derecho a la participación política de los pueblos indígenas consagrados en el artículo 125 constitucional; y en razón de la cual el Estado garantiza la participación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes en la entidades federales y locales con población indígena”<sup>78</sup>.*

Asimismo, se hace un reconocimiento de la jurisdicción especial indígena en el Convenio N° 169 de la OIT, en el que se establece que los gobiernos tendrán la obligación de respetar la importancia especial que tienen las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados con relación a sus tierras o territorios que ocupan o utilizan y los aspectos colectivos de su relación con los mismos (artículo 13), entendiéndose que este Convenio N° 169 es aplicable a los pueblos tribales cuyas condiciones sociales, culturales y económicas se distingan de otros sectores de la colectividad nacional que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o por una legislación especial (artículo 1, literal a).

#### BIBLIOGRAFÍA

ACCESO A LA JUSTICIA. “Sala Constitucional declara inconstitucional ley sobre educación indígena”. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/sala-constitucional-declara-inconstitucional-ley-sobre-educacion-indigena/>

BADELL MADRID, Rafael. “Consideraciones sobre la inconventionalidad e inconstitucionalidad de la eliminación del voto directo y secreto en el reglamento especial para regular la elección de la representación indígena en la Asamblea Nacional 2020”. En *Estudios sobre la ilegitimidad e inconstitucionalidad de las elecciones parlamentarias de 2020*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020.

\_\_\_\_\_. “Inconstitucionalidad del “Decreto de la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional ‘Arco Minero del Orinoco’”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 162, enero-marzo 2021, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.

\_\_\_\_\_. “Consideraciones sobre la Constitución de Colombia de 1821”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 165, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2021.

BELLO, Luis Jesús “Los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela”, IWGIA, Documento N° 26, Copenhague, 1999. Disponible en: [https://www.iwgia.org/images/publications/0352\\_derechos\\_venezuela.pdf](https://www.iwgia.org/images/publications/0352_derechos_venezuela.pdf)

<sup>78</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 02, 3 de Febrero de 2012.

\_\_\_\_\_. “Derechos de los Pueblos Indígenas en el Nuevo Ordenamiento Jurídico Venezolano, IWGIA, Venezuela, 2005. Disponible en: <https://www.iwgia.org/en/documents-and-publications/documents/74-iwgia-derechos-de-los-pueblos-indigenas-en-el-nuevo-ordenamiento-juridico-venezolano-2005-es/file.html>

BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999, Derecho Constitucional venezolano*. Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Jurídica Venezolana, 2004.

\_\_\_\_\_. *La Constitución de la República de Colombia de 30 de agosto de 1821. Producto de la unión de los pueblos de Venezuela y de la Nueva Granada propuesta por Simón Bolívar. Sus antecedentes y condicionantes*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Academia Colombiana de Jurisprudencia - Editorial Jurídica Venezolana - Editorial Temis, Caracas/Bogotá, 2021.

BRICEÑO PEROZO, Mario, *Historia bolivariana*, Biblioteca de autores y temas mirandinos, Los Teques, 1983.

BUSTILLOS R., Linda, “Los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional: ¿titulares del principio de libre determinación de los pueblos?” en *Revista Venezolana de Ciencia Política*. N° 33. Enero-junio, Centro de Estudios Políticos y Sociales de América Latina (CEPSAL), Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, Mérida, 2008. Disponible en: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/28608/articulo5.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Enrique%20Aramburu%2C%20defin%20pueblo%20como,diferenciarlo%20del%20concepto%20de%20poblaci%C3%B3n.>

CABALLERO ARIAS, Hortensia, “La Demarcación de Tierras Indígenas en Venezuela”, *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, v.13 n.3 Caracas dic. 2007. Disponible en: [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1315-64112007000300013](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-64112007000300013)

CALDERÓN PÉREZ, María Teresa (coord.) *Política y constitución en los tiempos de las independencias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017

CALDUCH, R., *Relaciones Internacionales*. Edit. Ediciones Ciencias Sociales. Madrid, 1991. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-55159/lib1cap6.pdf>

CLAVERO, Bartolomé, “Derecho indígena y cultura constitucional” en *América: Madrid: Siglo XXI*, España editores. Madrid, 1994.

COLMENARES OLÍVAR, Ricardo, “El derecho consuetudinario indígena en Venezuela: Balance y perspectivas”, *Revista IIDH* Vol. 41. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08062-3.pdf>

\_\_\_\_\_. “El derecho a la autonomía de los pueblos indígenas en Venezuela”, *Revista CENIPEC*, 21, 2002. Disponible en: <http://bdigital.ula.ve/storage/pdf/cenip/n21/articulo5.pdf>

DONÍS RÍOS, Manuel, “La provincia de Venezuela no acepta formar parte del Virreinato del Nuevo Reino de Granada (con adenda republicana)”, *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, número 400, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2017.

DUQUE CORREDOR, Román J., “La Amazonia: Gobernanza e institucionalidad como comunidad jurídica internacional”, En *Boletín de la academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Número 161, julio-diciembre, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

ECHEVERRI, Marcela, ORTEGA, Francisco A. y STRAKA, Tomás, “La invención de la república: la Gran Colombia”, en *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, volumen 45, número 2, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2018.

GIL FORTOUL, José, *Historia Constitucional de Venezuela*, volumen I, Parra León Hermanos, Caracas, 1930.

MARTÍNEZ GARNICA, Armando y QUINTERO MONTIEL, Inés, “La formación de los Estados republicanos en la Nueva Granada y Venezuela”, *Ayer*, número 74, Asociación de Historia Contemporánea y Marcial Pons-Ediciones de Historia, España, 2007.

MELANO, Sebastián, “Evolución histórica de los derechos de los pueblos originarios en el plano interamericano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, Número 5, 2016. Disponible en: [https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=85c256eb17c52a4ba7530819e843a223&hash\\_t=1d1dcb0b3c4c54aebce6e3ac1cfc3ed6](https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=85c256eb17c52a4ba7530819e843a223&hash_t=1d1dcb0b3c4c54aebce6e3ac1cfc3ed6)

PINO ITURRIETA, Elías, *La Cosiata. Páez, Bolívar y los venezolanos contra Colombia*, Editorial Alfa, Caracas, 2019.

PITA PICO, Roger, “La legislación sobre la libertad de imprenta en Colombia en el período de Independencia y en la naciente República: Convergencias, debates y fluctuaciones”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, número 41, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2019.

PLAZAS VEGA, Mauricio, *Las ideas políticas de la independencia y la emancipación en la Nueva Granada*, Editorial Temis, Bogotá, 2019.

PROVEA, Derechos humanos en el contexto del proyecto “ARCO MINERO DEL ORINOCO” en Venezuela, Audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), noviembre 2016. Disponible en: <https://provea.org/wp-content/uploads/2016/12/DDHH-en-el-contexto-del-AMO-en-Venezuela.pdf>

RESTREPO ARANGO, Luis Antonio, *Proceso histórico de los derechos humanos en Colombia 1821-1885*, segunda edición, Ediciones Unaula, Medellín, 2011.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, “Las primeras constituciones políticas de Colombia y Venezuela”, *Ayer*, número 8, Asociación de Historia Contemporánea y Marcial Pons-Ediciones de Historia, España, 1992

SOSORINOCO, “Situación Actual 2020 de la Minería Aurífera en el Parque Nacional Canaima, Sitio de Patrimonio Mundial, Venezuela-Actualización del Informe del año 2018”. Disponible en: <https://sosorinoco.org/>

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Biblioteca Jurídica Aguilar, 5<sup>ta</sup> edición. Madrid, 1976.

VILLEGAS, Leopoldo, “Minería y salud en el arco minero”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Número 161, julio-diciembre, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2020.

## Comentarios Monográficos

# LA INCONSTITUCIONAL INTERVENCIÓN POLÍTICA DE MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS POR LA ASAMBLEA NACIONAL

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de Derecho Administrativo en la U CV y la UCAB  
Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha  
Fellow, Growth Lab-Harvard Kennedy School*

**Resumen:** *La Asamblea Nacional ha adoptado varias decisiones que atentan contra la autonomía de las juntas ad-hoc y, en consecuencia, contravienen las reglas de gobierno corporativo de las filiales extranjeras de la Administración Pública Nacional. Ese es el caso de Monómeros, cuya gobernanza fue controlada por la Asamblea Nacional, en violación de la Constitución y el Estatuto de Transición. Esas decisiones se formalizaron en una Resolución inconstitucional que modificó el Estatuto para privar de competencias al presidente interino respecto de las juntas ad-hoc, competencias que usurpó la Asamblea Nacional.*

**Palabras Clave:** *Transición democrática, empresas estatales, filial extranjera, gobierno corporativo.*

**Abstract:** *The National Assembly has adopted several decisions that undermine the autonomy of the ad-hoc boards and, consequently, undermine the corporate governance rules of the foreign affiliates of the National Public Administration. That is the case of Monómeros, which governance was controlled by the National Assembly, in violation of the Constitution and the Transition Statute. Those decisions were formalized in an unconstitutional Resolution that modified the Statute to deprive the competencies of the interim president regarding the ad-hoc boards, competencies that the National Assembly usurped.*

**Key words:** *Democratic transition, state-owned enterprises, foreign affiliate, corporate governance.*

### INTRODUCCIÓN

El inédito andamiaje jurídico creado con ocasión al ejercicio de la Presidencia de la República por el presidente de la Asamblea Nacional desde el 10 de enero de 2019 tuvo dentro de sus objetivos la recuperación de activos externos de Venezuela y, en particular, de filiales extranjeras de la Administración Pública<sup>1</sup>. A tales efectos se dictó una Ley especial, el *Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (Estatuto), que reguló el ejercicio de la potestad administrativa de intervención de la Presidencia, a los fines de permitir al presidente de la

---

<sup>1</sup> Véase a Brewer-Carías, Allan R., *Transición a la democracia en Venezuela. Bases Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, 2019. Asimismo, *vid.* Badell Madrid, Rafael, “Consideraciones sobre el Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 158, 2019, pp. 818 y ss.

Asamblea Nacional -actuando como presidente encargado- intervenir antes de la Administración Pública con el solo propósito de designar a los administradores de filiales extranjeras, a través del ejercicio de los derechos de accionista. Esta potestad de intervención se tradujo en la creación de un órgano especial, la junta administradora ad-hoc<sup>2</sup>.

El Estatuto estableció reglas especiales de gobernanza para asegurar la autonomía funcional de las juntas administradoras ad-hoc. De acuerdo con la Constitución, la Presidencia de la República tiene la atribución exclusiva de designar a sus integrantes, pero bajo el control parlamentario de la Asamblea Nacional.<sup>3</sup> El control parlamentario -enmarcado en el artículo 187.3 de la Constitución- fue establecido con el propósito de salvaguardar la autonomía de los integrantes de las juntas, siguiendo el modelo de designación de los directores del Banco Central de Venezuela.

El Estatuto estableció reglas de gobernanzas basadas en la separación de funciones entre el presidente encargado y la Asamblea: mientras el primero ejerce la potestad administrativa de intervención para designar a los miembros de las juntas, la segunda ejerce el control sobre tal designación. Ninguna de las dos atribuciones puede emplearse para desconocer la autonomía de las juntas ni, mucho menos, para ejercer los derechos de accionista en asuntos corporativos de las filiales extranjeras. Aquí hay que recordar que la potestad de intervención y el control parlamentario solo tienen alcance territorial, y por ello, no pueden ejercerse extra-territorialmente, en relación con filiales extranjeras<sup>4</sup>.

Estas reglas, sin embargo, fueron violadas por la Asamblea Nacional al adoptar decisiones privativas del presidente encargado, que afectaron en especial la gobernanza de Monómeros Colombo-Venezolanos, S.A., filial extranjera de PEQUIVEN. La junta administradora de PEQUIVEN<sup>5</sup> perdió en los hechos atribuciones, cuando la Asamblea asumió el ejercicio de sus derechos de accionista, usurpando las atribuciones de la Presidencia. Más recientemente, esta distorsión en las reglas de gobernanza dio lugar a un Acuerdo que, violando la Constitución y el Estatuto, sustrae de la Presidencia de la República la designación de los miembros de las juntas administradoras. El resultado de todo lo anterior ha sido la desnaturalización de la figura del presidente encargado (o el Gobierno Interino), ante la implantación de un inconstitucional -e ineficiente- “gobierno parlamentario”.

---

<sup>2</sup> Tal y como explicamos en Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, pp. 187 y ss.

<sup>3</sup> En la reforma del Estatuto aprobada en 2022, se agregó el control parlamentario sobre la remoción de los integrantes de la junta. La reforma es innecesaria pues, en la práctica, la remoción se produce con ocasión a la designación de un nuevo miembro, designación sujeta al control de la Asamblea. Véase: Hernández G., José Ignacio, “La reforma del Estatuto aprobada en segunda discusión por la Asamblea Nacional y la continuidad del estatus del presidente encargado”, en Hernández G., José Ignacio (ed), *Estudios sobre la reforma del Estatuto de transición de 2022 y la continuidad constitucional*, IDEA-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022, pp. 229 y ss.

<sup>4</sup> Como hemos explicado en Hernández G., José Ignacio, “Las filiales extranjeras de empresas del Estado en el Derecho Administrativo venezolano. El caso de Citgo”, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 16, Caracas, 2020, pp. 733 y ss.

<sup>5</sup> La organización de la junta fue reformada mediante Decreto N° 3 de 10 de abril de 2019 publicado en la Gaceta Legislativa N 8 de 5 de junio de 2019, previa autorización de la Asamblea Nacional de 9 de abril de 2019. Posteriormente, el Decreto N° 3 fue reformado por el Decreto No. 34 (Gaceta Legislativa número 48, de 28 de mayo de 2021).



I. SOBRE EL PROGRESIVO DETERIORO DE LA GOBERNANZA SOBRE MONÓMERO COLOMBO-VENEZOLANOS S.A.

1. *Las atribuciones del presidente encargado sobre Monómeros Colombo-Venezolanos, S.A.*

De conformidad con los artículos 233 y 333 de la Constitución, las atribuciones constitucionales y legales de la Presidencia de la República son ejercidas por el presidente de la Asamblea Nacional en condición de presidente encargado, tal y como corrobora el Estatuto. Desde un punto de vista político, algunos han quisieron hacer ver que el Estatuto regula un “gobierno parlamentario”, en tanto las decisiones correspondientes a las atribuciones de la Presidencia serían ejercidas por la Asamblea Nacional. Sin embargo, desde un punto de vista estrictamente jurídico, tal afirmación carece de sustento. Las atribuciones de la Presidencia son ejercidas por el presidente encargado, de acuerdo con el sistema presidencialista de Gobierno recogido en la Constitución, y reiterado en el artículo 233 constitucional.

De esa manera, el fundamento constitucional del estatus del presidente encargado es el sistema presidencialista venezolano, con sujeción al control parlamentario, pero sin que ello implique que sea la Asamblea Nacional quien ejerza funciones ejecutivas. Estas sólidas bases constitucionales fueron claves para lograr el reconocimiento judicial del presidente encargado, en especial, por el Poder Judicial de Estados Unidos y del Reino Unido<sup>6</sup>. De acuerdo con esos precedentes jurisprudenciales, el reconocimiento recae sobre la Presidencia de la República, ejercida temporalmente por el presidente de la Asamblea Nacional. Pero ello no quiere decir que sea la Asamblea quien ejerza las funciones de la Presidencia.

Así, desde el punto de vista constitucional, la Presidencia de la República ejerce, de manera privativa, la política internacional, incluso por lo que respecta a la administración de la hacienda pública nacional<sup>7</sup>. Por lo tanto, la administración de los activos externos de Venezuela es competencia privativa de la Presidencia de la República, bajo el control de la Asamblea Nacional ejercido en los términos del artículo 183.3 constitucional. Estos activos externos -que forman parte de la hacienda pública nacional- comprenden tanto a activos financieros como activos no-financieros y, en especial, filiales extranjeras de la Administración Pública Nacional, o sea, sociedades mercantiles cuyo accionista mayoritario es algún órgano o ente de la Administración Pública Nacional.

Monómeros Colombo-Venezolanos, S.A. (Monómeros), es una sociedad mercantil domiciliada en Colombia, cuyo accionista mayoritario es Petroquímica de Venezuela, S.A. (PEQUIVEN), que es una empresa del Estado cuyo accionista es la República. De conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública, la Presidencia de la República -por órgano del Ministerio correspondiente- representa a la República como accionista de PEQUIVEN, mientras que los administradores de PEQUIVEN representan a ésta como accionista de control de Monómeros. Por ende, el control de la Presidencia de la República sobre Monómeros es indirecto, a través de PEQUIVEN<sup>8</sup>. De conformidad con la citada Ley, debe respetarse la autonomía funcional de PEQUIVEN lo que exige adecuadas reglas de gobernanza corporativa, bajo las cuales los administradores de Monómeros guardan un deber fiduciario para con su accionista, quien solo puede ejercer los derechos que le corresponden en la

<sup>6</sup> Véase en especial a Brewer-Carías, Allan y Hernández G., José Ignacio, *The Defense of the Rights and Interest of the Venezuelan State by the Interim Government Before Foreign Courts. 2019-2020*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021.

<sup>7</sup> Artículo 236.11, Constitución.

<sup>8</sup> Artículos 103 y siguientes, Ley Orgánica de la Administración Pública.



asamblea de accionistas. Por ello, ni la Presidencia de la República ni la Asamblea Nacional pueden interferir, directamente, sobre la gestión de Monómeros, todo lo cual responde a una sana regla de gobernanza corporativa<sup>9</sup>.

Por su parte, el control parlamentario de la Asamblea Nacional solo tiene alcance territorial y, por ende, se limita a la gestión de PEQUIVEN. Como recuerda Allan R. Brewer-Carías, este asunto fue resuelto en el Derecho Constitucional venezolano a propósito del proceso de internacionalización de PDVSA, al concluirse que las operaciones conducidas en el extranjero por las filiales externas no pueden someterse al control político de la Asamblea<sup>10</sup>. Como hemos explicado, las filiales extranjeras de la Administración Pública Nacional no pueden ser catalogadas como empresas del Estado bajo el Derecho venezolano, aun cuando los administradores designados por la Administración Pública Nacional en su filial extranjera pueden ser considerados funcionarios desde la perspectiva de la Ley contra la Corrupción<sup>11</sup>.

Por ello, Monómeros no es, para el Derecho Administrativo Venezolano, una empresa del Estado, a pesar de que sus administradores designados por PEQUIVEN sí tienen la condición de funcionarios y, por ende, el patrimonio de Monómeros puede ser considerado patrimonio público a los únicos efectos de la Ley contra la Corrupción. Pero en todo caso, desde el artículo 187.3 constitucional, la actividad comercial de Monómeros no se somete al control de la Asamblea Nacional.

Ahora bien, la relación entre PEQUIVEN y la Administración Pública Nacional Central fue modificada por el Estatuto, que como Ley especial, permitió a la Presidencia de la República ejercer la potestad de intervención a los fines de intervenir PEQUIVEN, con el solo propósito de ejercer su representación como accionista de Monómeros. Esta potestad de intervención fue ejercida al crearse, por decisión del presidente encargado, la junta administradora ad-hoc de PEQUIVEN. Para asegurar la autonomía en la selección de sus miembros, tal decisión se sometió al control previo de la Asamblea Nacional. Ese control -fundamentado en el artículo 187.3 constitucional- se limitó a autorizar (o denegar la autorización) de la designación de los miembros de la junta administradora ad-hoc, siempre asumiendo que la creación de esa junta es una potestad privativa de la Presidencia de la República.

Nada de lo anterior hubiese sido efectivo sin el reconocimiento del presidente de la Asamblea Nacional como presidente de Venezuela, tal y como hizo el Gobierno de Colombia el 23 de enero de 2019. Este reconocimiento no fue solo una decisión política, pues generó importantes consecuencias jurídicas, en tanto la representación de Venezuela pasó del Gobierno de Nicolás Maduro al presidente encargado<sup>12</sup>. Por ello, bajo el Derecho de Colombia, PEQUIVEN -como accionista de Monómeros- solo podía ser representada por funcionarios designados por el presidente encargado, esto es, la junta administradora ad-hoc. Esto permitió que, poco después del 23 de enero de 2019, la junta administradora ad-hoc de PEQUIVEN,

<sup>9</sup> *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*, OCDE, París, pp. 36 y ss.

<sup>10</sup> Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleos de Venezuela, S.A. y la industria petrolera nacionalizada 1974-2021*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2021, pp. 285 y ss.

<sup>11</sup> Los administradores de la filial extranjera cuyo accionista es un órgano o ente de la Administración Pública, pueden ser considerados funcionarios de acuerdo con la Ley contra la Corrupción. Vid.: Hernández G., José Ignacio, "Las filiales extranjeras de empresas del Estado en el Derecho Administrativo venezolano. El caso de Citgo", cit.

<sup>12</sup> Brewer-Carías, Allan y Hernández G., José Ignacio, *The Defense of the Rights and Interest of the Venezuelan State by the Interim Government Before Foreign Courts. 2019-2020*, cit.

en ejercicio de los derechos de accionista, designara a los administradores de Monómeros, desplazando a los administradores designados por el Gobierno de Maduro (que, debido a su relación con actos de corrupción y violaciones a derechos humanos, tenían limitaciones para ingresar a Colombia)<sup>13</sup>.

Ahora bien, en tanto el accionista mayoritario de Monómeros es PEQUIVEN, que es parte del Gobierno de Venezuela, Monómeros fue afectada por la política de medidas coactivas o sanciones impuesta por el Gobierno de Estados Unidos. Esto impedía a Monómeros realizar operaciones en Estados Unidos o con sujetos de Estados Unidos. De allí que fue necesario requerir y solicitar, por medio de la Embajada de Venezuela en Estados Unidos y la Oficina del Procurador Especial, una licencia individual que, una vez otorgada, excluyó a Monómeros de las sanciones<sup>14</sup>.

## 2. *La extralimitación de funciones de la Asamblea Nacional al designar al gerente comercial de Monómeros*

Las reglas de gobernanza corporativa derivadas del Estatuto fueron violadas por la Asamblea Nacional, cuando ésta decidió asumir las atribuciones para representar a PEQUIVEN, accionista de Monómeros. Ello, sin duda alguna, supuso una clara extralimitación de funciones -violatoria de los artículos 137 y 138 de la Constitución- pues como ya fue explicado, la atribución para ejercer la potestad de intervención administrativa sobre PEQUIVEN corresponde al presidente encargado, previo control de la Asamblea Nacional, a través de la creación de la junta administradora ad-hoc.

Esta extralimitación fue resultado de una crisis política entre algunas de las organizaciones representadas en la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional y el presidente encargado. Estas organizaciones, basadas en la inconstitucional tesis del gobierno parlamentario, consideraron que las atribuciones de la Presidencia de la República residían en la Asamblea, y que el presidente encargado -como presidente de la Asamblea- se limitaba a ejecutar esas decisiones. Esto quedó en evidencia en la comunicación de 26 de enero de 2021, suscrita por el presidente encargado, en la cual comunicó al ciudadano Guillermo Rodríguez Laprea, su designación como Gerente General de Monómeros, mediante “autorización” de la Comisión Delegada, invocando para ello el -entonces- artículo 20, literal A del Estatuto<sup>15</sup>. Esta designación fue inconstitucional e ilegal por varias razones.

En *primer* lugar, el Gerente Comercial es el administrador de esa sociedad, designado por su asamblea de accionistas, quien también designa a la junta directiva<sup>16</sup>. Esto es, que solo PEQUIVEN -representada por la junta administradora- puede designar al Gerente Comercial en asamblea de accionistas. Tanto la Asamblea Nacional (a través de la Comisión Delegada) como el presidente encargado violaron esta regla de gobernanza, al asumir directamente la designación del Gerente General. Como resultado, el Gerente General dejó de responder a la asamblea de accionistas y pasó a responder a la Comisión Delegada, que es un órgano político.

<sup>13</sup> Hernández G., José Ignacio, “¿Y qué va a pasar con Monómeros?”, *La Gran Aldea*, 30 de junio de 2022: <https://www.lagranaldea.com/2022/06/30/y-que-va-a-pasar-con-mono-meros/>

<sup>14</sup> Hernández G., José Ignacio, “¿Y qué va a pasar con Monómeros?”, *cit.*

<sup>15</sup> Gaceta Legislativa N° 40, 3 de febrero de 2021.

<sup>16</sup> Véase la información sobre gobierno corporativo en <https://www.monmeros.com.co/grupo-monmeros/organos-de-gobierno/>

En *segundo* lugar, la invocación del artículo 20, literal a del Estatuto es un falso supuesto de Derecho, pues esa norma solo regula la creación de la junta administradora ad-hoc bajo control de la Asamblea<sup>17</sup>. Esa norma no regula -ni podría haber regulado- la designación del Gerente General de Monómeros, pues esa es una decisión extraterritorial que solo puede ser decidida en una asamblea de accionistas en Colombia, en la cual PEQUIVEN solo puede estar representada por la junta administradora ad-hoc.

En *tercer* lugar, esa decisión violó el Decreto N° 17, que al organizar a la junta administradora ad-hoc de PEQUIVEN, claramente, le asignó los derechos de accionista para designar -en asamblea- al Gerente Comercial.

## II. EL DESCONOCIMIENTO DE LAS ATRIBUCIONES DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA POR LA ASAMBLEA NACIONAL, Y EL CONTROL POLÍTICO SOBRE MONÓMEROS

### 1. *La inconstitucional asignación de funciones ejecutivas al Consejo Político*

La violación a la Constitución y del Estatuto ante la designación del Gerente General de Monómeros directamente por la Asamblea Nacional, dio lugar a enfrentamientos internos en el seno de la Asamblea con acusaciones de malos manejos. A efectos de este estudio, solo interesa analizar cómo, a resultado de esta controversia, la Asamblea Nacional, en una nueva violación a la Constitución, decidió empoderar al -hoy extinto- Consejo Político para reestructurar Monómeros.

El 2 de noviembre de 2021 la Comisión Delegada de la Asamblea Nacional aprobó un Acuerdo en el cual adoptó un conjunto de acciones en relación con las supuestas irregularidades de la empresa Monómeros<sup>18</sup>. Así, luego de aprobar el informe de la Comisión especial creada para adelantar una investigación sobre Monómeros, el Acuerdo -punto octavo- exigió a tal Consejo presentar “*en los próximos diez (10) días continuos a la Asamblea Nacional un nuevo estatuto de la empresa Monomeros (sic)*”. Según el acuerdo noveno:

*“El Consejo Político debe contactar y contratar una consultora, de renombre internacional que, siguiendo los manuales de selección históricamente usados por Monomeros (sic), se encargue del proceso de evaluación recomendación, postulación y de todas las posiciones de primer orden de la empresa. Una vez la consultora presente su informe, la Asamblea Nacional, tendrá un máximo de 15 días para tomar las decisiones correspondientes”*

En la misma sesión, y según reflejaron los medios, la Comisión Delegada habría votado en contra del proyecto de Decreto N° 38, por el cual el presidente encargado fijó las reglas para la reestructuración de Monómeros<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Según esa norma, el Presidente encargado “*ejercerá las siguientes competencias sometidas al control autorizatorio de la Asamblea Nacional*” (...) designar “*Juntas Administradoras ad-hoc para asumir la dirección y administración de institutos públicos, institutos autónomos, fundaciones del Estado, asociaciones o sociedades civiles del Estado, empresas del Estado, incluyendo aquellas constituidas en el extranjero, y cualesquiera otros entes descentralizados, a los fines de designar a sus administradores y en general, adoptar las medidas necesarias para el control y protección de sus activos*”.

<sup>18</sup> Véase la noticia en: <https://presidenciave.com/parlamento/diputados-an-aprobaron-informe-y-acuerdo-presentado-por-la-comision-sobre-la-reestructuracion-de-monomeros/>

<sup>19</sup> Morales, Maru, “*Votación en la Delegada de la AN 2016-2021 sobre Monómeros evidenció pérdida del piso político del gobierno encargado*”, Crónica Uno, 2 de noviembre de 2021, tomado de: <https://cronica.uno/votacion-en-la-delegada-de-la-an-2016-2021-sobre-monomeros-evidencio-perdida-del-piso-politico-del-gobierno-encargado/>

El Acuerdo aprobado el 2 de noviembre de 2021 por la Comisión Delegada *viola diversas normas constitucionales y legales al encomendar al inexistente Consejo Político el ejercicio de atribuciones que corresponden, de manera exclusiva, al presidente encargado y a la junta administradora ad-hoc de PEQUIVEN*. Al incurrir en ese exceso de poder, el Acuerdo propuso un conjunto de acciones que en todo caso eran jurídicamente irrelevantes en Colombia y que, por ello, en nada contribuyeron a la reestructuración de Monómeros, que era el principal objetivo que, según el citado Acuerdo, debía atenderse.

Hay que comenzar recordando que la reforma del Estatuto, aprobada en diciembre de 2020, creó al Consejo Político. De acuerdo con el artículo 18, tal consejo es el “*órgano de coordinación, seguimiento y evaluación de la acción de la Presidencia encargada de la República Bolivariana de Venezuela. Sus actos estarán sometidos al control parlamentario establecido en el artículo 187, numeral 3, de la Constitución. La actuación del Consejo Político se orientará a la procura de elecciones libres, justas y verificables, al pleno restablecimiento del orden constitucional y de la separación de poderes, y al rescate del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia en la República Bolivariana de Venezuela*”. De conformidad con el artículo 19:

“La organización, competencias y régimen de funcionamiento del Consejo Político serán reglamentados por el Presidente encargado de la República mediante Decreto dictado de conformidad con los artículos 226 y 236, numerales 10 y 20, de la Constitución, en concordancia con el presente artículo, dentro de los treinta días continuos e inmediatos al 5 de enero de 2021. A través de dicho Decreto se fijarán los lineamientos de la reestructuración organizativa de la Presidencia encargada de la República y se deroga el Decreto N° 13 sobre la Creación del Centro de Gobierno de la Presidencia de la República, de fecha 28 de agosto de 2019”.

De los artículos citados se infiere que el Consejo Político sustituye al Centro de Gobierno como la organización que, inserta en el Poder Ejecutivo, coordina el proceso de toma de decisiones del presidente encargado a los fines de dar cumplimiento con el artículo 233 de la Constitución y con el propio Estatuto. Que tal Consejo es parte del Poder Ejecutivo se desprende, en especial, del artículo 18, que somete sus actuaciones al control parlamentario con base en el artículo 187.3 de la Constitución, que diferencia el Poder Legislativo del Poder Ejecutivo.

El Consejo Político fue criticado por la doctrina, debido a la imprecisión de sus atribuciones, en especial, en el marco de la separación entre las funciones del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo<sup>20</sup>. La propia denominación resulta cuestionable, pues los funcionarios no pueden actuar al servicio de parcialidades políticas, como disponen los artículos 141 y 145 de la Constitución<sup>21</sup>. En todo caso, el Consejo Político no ejercía las atribuciones de la Presidencia de la República, sino que coordinaba el proceso de toma de decisiones<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Aguiar, Asdrúbal, “La reforma del Estatuto para la transición en Venezuela y el mandato constitucional extendido de la Asamblea Nacional hasta el 2021”, en *La transición constitucional y su continuidad en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2021, pp. 87 y ss.

<sup>21</sup> La denominación del centro de gobierno, en contra, responde a una amplia literatura sobre la materia: Alessandro, Martín, et al., *El fortalecimiento del Centro de Gobierno en América Latina y el Caribe*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2013, pp. 3 y ss.

<sup>22</sup> La denominación da a entender que esa coordinación responde a razones políticas, lo que llevaría a partidos políticos a participar, en tal condición, en el proceso de toma de decisiones, que ya no responderían a razones técnicas -como lo impone la Constitución- sino a razones políticas.

Sin embargo, nunca se dictó el Decreto de creación del Consejo Político, ni sus miembros fueron designados, con lo cual, jurídicamente, tal órgano no podía ejercer ninguna atribución. Esta es otra muestra de la arbitrariedad de la Asamblea, pues decidió usurpar las funciones de la Presidencia a favor de un órgano inexistente.

Tomando en cuenta lo antes expuestos, puede concluirse que *los puntos octavo y noveno del Acuerdo aprobado el 2 de noviembre de 2021 violaron los artículos 136, 187 y 233 de la Constitución, así como los artículos 14, 16, 18, 19 y 20 del Estatuto*, al encomendar al Consejo Político el ejercicio de atribuciones que corresponden, de manera exclusiva, al presidente encargado y a la junta administradora ad-hoc de PEQUIVEN.

Así, y en *primer* lugar, mal podían asignarse atribuciones al Consejo Político cuando éste no había sido formalmente creado. Si ese Consejo existía informalmente, ello en modo alguno podía tener relevancia jurídica. Por lo anterior, el Acuerdo encomendó diversas tareas a un órgano jurídicamente inexistente.

En todo caso, y en *segundo* lugar, los estatutos de Monómeros son aprobados por su asamblea de accionistas, en concreto, a través de la representación que solo puede ejercer la junta administradora ad-hoc de PEQUIVEN. El Consejo Político no podía ejercer los derechos propios de esa asamblea de accionistas. Aquí se aprecia, además, una colisión con el Acuerdo de la Asamblea Nacional de 19 de marzo de 2019 y con el Decreto N° 17, que encomendó el ejercicio de los derechos de accionista de Monómeros a la junta administradora ad-hoc.

En *tercer* lugar, el Consejo Político -incluso de haber existido como órgano- no podía contratar la prestación de servicios profesionales, como le encomendó el Acuerdo al asignarle la contratación de una consultora. En efecto, la celebración de contratos requiere personalidad jurídica dentro del Poder Ejecutivo, con lo cual, en el ámbito del Estatuto, solo el presidente encargado y la junta administradora ad-hoc podrían contratar tal consultoría. El Consejo, como órgano de coordinación, no podía actuar como órgano contratante, mucho menos en ámbitos reservados a la junta administradora ad-hoc de PEQUIVEN, pues no tenía capacidad para contratar.

Finalmente, y en *cuarto* lugar, el Acuerdo no contempló ninguna acción específica para la reestructuración de Monómeros, más allá de una referencia, muy general, según la cual la Asamblea Nacional, una vez que la consultora que supuestamente contrataría el consejo político rindiese su informe, *“tendrá un máximo de 15 días para tomar las decisiones correspondientes”*. Las únicas decisiones que puede adoptar la Asamblea son las que derivan del control parlamentario sobre el presidente encargado y la junta administradora, en los términos del artículo 187.3 constitucional. Pero la Asamblea Nacional no puede adoptar ninguna acción jurídicamente relevante en relación con la reestructuración de Monómeros.

Como se observa, el Acuerdo es producto de la confusión de funciones del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, y de la clara extralimitación de funciones, al pretenderse transferir al inexistente Consejo Político el ejercicio de tareas privativas del presidente encargado y de la junta administradora ad-hoc. Al hacer ello, además, se colocó en riesgo la autonomía de tal junta y por ende, de Monómeros, en violación a las sanas reglas de gobernanza corporativa. Además de estas violaciones, lo cierto es que el Acuerdo no derivó en ninguna acción concreta sobre Monómeros.

El rumbo de acción correcto, en el ámbito del Estatuto y de los principios de Derechos Administrativo venezolano, ha debido ser la designación de una nueva junta administradora ad-hoc integrada de acuerdo con los principios de neutralidad y objetividad, encomendándole tareas específicas relacionadas con la reestructuración de su filial, Monómeros, bajo las ins-

trucciones del presidente encargado, y el control parlamentario de la Asamblea Nacional. La junta, en ejercicio de la representación legal de PEQUIVEN en Colombia, podría haber adoptado todas las decisiones necesarias para adelantar esa reestructuración<sup>23</sup>.

Más grave resulta todavía que la Asamblea haya decidido “improbar” el Decreto propuesto por el presidente encargado para reestructurar la junta administradora ad-hoc de PEQUIVEN. Ni la Constitución ni el Estatuto someten a control parlamentario los actos administrativos que el presidente encargado debe dictar para cumplir sus atribuciones en lo que respecta a los activos externos. El único control para entonces vigente era sobre la designación de miembros de la junta administradora.

En resumen, *el Acuerdo aprobado el 2 de noviembre de 2021 por la Comisión Delegada violó los artículos 136, 187 y 233 de la Constitución, así como los artículos 14, 16, 18, 19 y 20 del Estatuto*, al encomendar al inexistente consejo político el ejercicio de atribuciones que corresponden, de manera exclusiva, al presidente encargado y a la junta administradora ad-hoc de PEQUIVEN. Al incurrir en ese exceso de poder, el Acuerdo propuso un conjunto de acciones que en todo caso fueron jurídicamente irrelevantes en Colombia y que, por ello, en nada contribuyeron a la reestructuración de Monómeros, que era el principal objetivo que, según el citado Acuerdo, debería atenderse.

En todo caso, el Acuerdo nunca se ejecutó pues, entre otras razones, nunca se formalizó la creación del Consejo Político, que, a todo evento, fue eliminado en la reforma del Estatuto aprobada en enero de 2022<sup>24</sup>. Con lo cual, la crisis de gobernanza de Monómeros continuó, sin que el presidente encargado -en ejercicio de las atribuciones que le corresponden en el marco del artículo 233 constitucional- haya podido cumplir con sus funciones, ante la inconstitucional tesis asumida por la Asamblea Nacional, con el voto de la mayoría de sus miembros<sup>25</sup>.

## 2. *La inconstitucional creación del Consejo Nacional de Protección de Activos*

El 14 de junio de 2022 la Comisión Delegada de Asamblea Nacional, aprobó un acuerdo de “*seguimiento a la protección y defensa de los activos de la República en el extranjero recuperados por el Gobierno Encargado de Venezuela*”<sup>26</sup>. El Acuerdo introduce nuevas reglas sobre activos externos que violan el principio constitucional de separación de poderes, modifican ilegítimamente el Estatuto de Transición, y generan incertidumbre que afecta adversamente la gobernanza de los activos externos, en especial, frente a los acreedores legados.

Así, el propósito del Acuerdo es reforzar la eficiencia y transparencia en la gestión de activos externos bajo el control del Gobierno Interino, o sea, el presidente de la Asamblea Nacional actuando como presidente encargado bajo el artículo 233 de la Constitución y el

<sup>23</sup> El Acuerdo alude a la “*necesaria despolitización de la empresa, de modo que la misma no sea sometida a presiones políticas indebidas*”. Sin embargo, la inconstitucional concentración del proceso de toma de decisiones en instancias políticas -la Asamblea y el Consejo Político- no promueve ese objetivo. En realidad, y en el marco del Estatuto, lo procedente es que la reestructuración de Monómeros pasara por la reestructuración de los integrantes de la junta administradora ad-hoc de PEQUIVEN en los términos del citado Decreto N° 17, siempre en el marco del principio constitucional de objetividad.

<sup>24</sup> Hernández G., José Ignacio, “La reforma del Estatuto aprobada en segunda discusión por la Asamblea Nacional y la continuidad del estatus del presidente encargado”, cit.

<sup>25</sup> “Guaidó enfatiza que no se ha podido asegurar funcionamiento de Monómeros”, Tal Cual, 10 de junio de 2022, tomado de: <https://talcualdigital.com/guaido-enfatiza-que-no-se-ha-podido-asegurar-funcionamiento-de-monomeros/>

<sup>26</sup> Gaceta Legislativa N° 61, de 21 de junio de 2022.



Estatuto. Nada hay de objetable en ese objetivo, pero lo cierto es que, para alcanzarlo, no hacía falta dictar un Acuerdo. En realidad, bajo el Estatuto y las Leyes administrativas aplicables, el presidente encargado puede -y debe- reforzar la gestión transparente de esos activos en el marco del principio de rendición de cuentas.

El verdadero efecto derivado del Acuerdo es, en realidad, muy distinto. Así, el Acuerdo se aparta de las reglas de gobernanza sobre las filiales extranjeras definidas en el Estatuto y crea nuevas reglas, que reducen inconstitucionalmente las funciones de la Presidencia de la República sobre la hacienda pública nacional, y trasladan -inconstitucionalmente- parte de esas funciones a la Asamblea Nacional.

Este cambio es resultado de dos reglas creadas en el Acuerdo. Así, la primera de ellas es la creación de un órgano administrativo que asume la rectoría de los activos externos, el Consejo Nacional de Protección de Activos en el Extranjero “*adscrito a la Presidencia Encargada de la República, encargado de la gestión de los activos de la República y de otros entes del Estado Venezolanos recuperados en el extranjero, a fin de garantizar su administración de forma técnica, eficiente y transparente, de conformidad con los estándares internacionales que persiguen la correcta gobernanza de las Empresas Estatales y el manejo eficiente de los demás activos de la República.*” (acuerdo tercero).

Lo primero que debe observarse es que un Acuerdo no puede crear órganos administrativos, pues bajo la Ley Orgánica de la Administración Pública, la potestad organizativa corresponde a la Presidencia de la República<sup>27</sup>. Fuera de ese caso, sólo una Ley podría crear órganos, en especial, para modificar el Estatuto. Con lo cual, este es el primer vicio del Acuerdo: crea, de manera indebida, un órgano administrativo.<sup>28</sup>

Además, y lo que es incluso más importante, el Consejo es un órgano administrativo que sin embargo depende de la Asamblea Nacional, a pesar de estar “adscrito” a la Presidencia de la República.<sup>29</sup> En efecto, para la ejecución del Acuerdo, se creó “*una Comisión Especial de la Asamblea Nacional*”, que fue designada el 2 de agosto de 2022<sup>30</sup>. Esa Comisión es quien coordina todas las acciones para la designación de los tres integrantes del Consejo. Para ello, iniciará el procedimiento de selección para contratar a “*una empresa consultora en procesos de selección de talentos para designar los tres miembros del Consejo de Protección de Activos en el Extranjero*”. Esta empresa presentará al presidente encargado “*una quinaria de candidatos para cada posición*”. No obstante, la remisión de esa lista es una formalidad, pues la evaluación de los candidatos corresponde a la Comisión Delegada “*con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes*”.

Esto es, que es la Comisión Delegada quien decide sobre la designación de los integrantes del Consejo, de lo cual resulta que su adscripción a la Presidencia es una formalidad carente de sustancia: la Presidencia no ejerce control alguno sobre el Consejo, pues sus miem-

---

<sup>27</sup> Artículo 15.

<sup>28</sup> El Acuerdo es un acto parlamentario sin forma de Ley, que, por lo tanto, no puede modificar Leyes. Sin embargo, el Acuerdo crea nuevas reglas que alteran el régimen jurídico de los activos externos definido en el Estatuto.

<sup>29</sup> El Acuerdo emplea erradamente la expresión adscripción, pues ésta opera solo en relación con ministerios, no con la Presidencia de la República (artículo 118, Ley Orgánica de la Administración Pública).

<sup>30</sup> “Guaidó designa comisión especial de seguimiento a protección de activos en el extranjero”, Efecto Cocuyo, 2 de agosto de 2022, en: <https://efectococuyo.com/politica/guaido-comision-especial-seguimiento-proteccion-activos-extranjero/>



bros son designados -y por ende, removidos- por la Asamblea. Con lo cual, el Acuerdo elimina la función constitucional de la Presidencia de la República de dirigir a los órganos de la Administración Pública.<sup>31</sup>

Cabe en todo caso observar que la contratación de una empresa privada para designar funcionarios supone una indebida privatización de tareas administrativas.<sup>32</sup>

Ahora bien, las funciones del Consejo no fueron definidas con precisión en el Acuerdo. Según el acuerdo quinto, en todo caso, el Consejo es el órgano rector de los activos externos, y en concreto, de las juntas administradoras ad-hoc, pudiendo incluso participar en la designación y remoción sus miembros, en especial, para implementar la reorganización de esas juntas. Con lo cual, tal Consejo ejerce -inconstitucionalmente- el control de tutela, que es aquél que opera sobre entes administrativos descentralizados.<sup>33</sup>

Además, el Acuerdo regula el proceso de reorganización de las juntas, para lo cual el Consejo puede contratar auditorías, lo que, además, viola el marco jurídico del control fiscal (acuerdo sexto).<sup>34</sup> Esta reorganización deberá completarse en un lapso de 90 días, previéndose que “*la reestructuración de dichas juntas administradoras deberá decidirse por las 2/3 de la Comisión Delegada*”. (acuerdo noveno).

Para estos efectos, la Comisión Delegada deberá contratar a una firma especializada en contratación de profesionales, con el voto de las dos terceras partes. Esa empresa, en un lapso de sesenta días, deberá identificar “*a los candidatos que cuenten con el perfil adecuado para ocupar los puestos ejecutivos de las Juntas Administradoras Ad-hoc de las empresas que así lo requieran*” (acuerdo octavo). Para ello, la Comisión Delegada actuará en coordinación con el Consejo. Nótese cómo, de nuevo, se privatiza indebidamente la actividad administrativa relacionada con los funcionarios, en este caso, de las juntas.

Una vez confirmadas las nuevas juntas administradoras ad-hoc, éstas adelantarán “*un proceso de revisión y actualización de los estatutos de las empresas a las que haya lugar*” (acuerdo décimo), bajo la rectoría del Consejo.

Como se observa, la designación de los integrantes de las juntas ad-hoc (y también su remoción) fue sustraída del ámbito de competencias de la Presidencia de la República y transferida a la Asamblea Nacional, por órgano del Consejo. Ciertamente, el acuerdo quinto, en su numeral 1, prevé que el Consejo “*podrá proponer cambios en la composición de dichas juntas, los cuales serán valorados por el Gobierno Encargado y la Asamblea Nacional, de conformidad con lo previsto en los artículos 15 y 17 del Estatuto de la Transición*”. Esto pudiera ser interpretado en el sentido que el Consejo es un mero órgano consultivo, con lo cual la decisión sobre la designación y remoción de los miembros de las juntas administradoras ad-hoc corresponde a la Presidencia, en los términos del Estatuto.

<sup>31</sup> Artículo 236.2, Constitución.

<sup>32</sup> Más allá de su inconstitucional creación, lo cierto es que los miembros del Consejo son funcionarios, regidos como tal por el Derecho Público. Los procesos de selección de funcionarios con base en criterios de mérito responden a una actividad administrativa que no puede ser trasladada a terceros.

<sup>33</sup> Artículo 79, Ley Orgánica de la Administración Pública.

<sup>34</sup> El Acuerdo permite contratar a empresas privadas para conducir auditorías, siendo que las auditorías son una técnica de control fiscal, prevista en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, así como en la *Ley para la organización y funcionamiento del Consejo de Contraloría de la República Bolivariana de Venezuela*, que fue dictada por la Asamblea Nacional para regular el control fiscal en el ámbito del Gobierno Interino, y que el Acuerdo también viola.

Pero esta regla se contradice con el procedimiento ya comentado por medio del cual el Consejo dirige el proceso de reorganización de las juntas, correspondiendo a la Asamblea Nacional decidir sobre tal reorganización (acuerdo noveno).

Este procedimiento viola el principio constitucional de separación de poderes, pues la gestión de las juntas es una competencia privativa de la Presidencia de la República, al punto que esas juntas se dictan en ejercicio de la potestad de intervención administrativa de la Presidencia. Además, se concentran las funciones legislativas y ejecutivas en la Asamblea, imposibilitándose de esa manera el cumplimiento de las funciones de control, que requieren de la separación entre el Gobierno (sujeto controlado) y el Poder Legislativo (sujeto controlador). Por lo anterior, el Acuerdo crea procedimientos no contemplados en el Estatuto, que había sido reformado en enero de 2022, entre otros aspectos, para ampliar el control político de la Asamblea sobre las juntas ad-hoc.

Por las razones antes expuestas, el Acuerdo es una clara extralimitación de poderes de la Asamblea, que modifica las competencias constitucionales de la Presidencia de la República, concentra funciones en el Poder Legislativo y crea procedimientos que violan al Estatuto.

Además, este exceso de la Asamblea, al concentrar la función ejecutiva para la gestión de las juntas administradas ad-hoc, afecta sensiblemente principios de buena gobernanza, que supuestamente, justifican el Acuerdo. Esto es lo que, sucedido con Monómeros, la filial de PEQUIVEN cuya gobernanza ha sido afectada por la concentración de funciones en la Asamblea.<sup>35</sup>

Finalmente, el Acuerdo, lejos de avanzar en la protección de activos externos, deteriora esa protección al distorsionar las reglas de gobernanza. Aquí hay que acotar que a pesar de que el Acuerdo alude en general a los activos externos recuperados o bajo el control del Gobierno Interino (con la sola exclusión de los activos del BCV gestionados por la junta ad-hoc), en la práctica, solo aplica a dos activos: Monómeros y PDV Holding, Inc. y sus filiales.<sup>36</sup> Tales son, así, las únicas filiales extranjeras bajo el control del Gobierno Interino, con lo cual, y en la práctica, esas son las únicas filiales respecto de las cuales podrá adelantarse, con efecto útil, la reorganización inconstitucionalmente prevista en el Acuerdo.

En relación con PDV Holding, Inc., el Acuerdo modifica -inconstitucionalmente- las especiales reglas de gobernanza definidas en el Estatuto y que restablecieron la autonomía de PDVSA como accionista de control de Citgo<sup>37</sup>. Esta modificación puede alterar la defensa judicial de PDVSA y Citgo frente a la deuda legada, ante el riesgo de controles políticos sobre su actividad del día a día, controles que el Estatuto prohíbe.<sup>38</sup>

Incluso, la intención del Acuerdo es extender el control político de la Asamblea a las filiales extranjeras, como se desprende de su acuerdo primero<sup>39</sup>. Esto es otra violación a la

<sup>35</sup> Hernández G., José Ignacio, “¿Y qué va a pasar con Monómeros?”, cit.

<sup>36</sup> El Acuerdo rige a todas “las juntas administradoras ad-hoc y juntas directivas de las empresas del Estado y sus filiales”. Pero en realidad, solo se han recuperado dos filiales extranjeras, a saber, Monómeros (por la junta de PEQUIVEN) y PDV Holding, Inc. (por la junta de PDVSA). Las juntas administradoras ad-hoc de la Corporación Venezolana del Petróleo, la Corporación Venezolana de Guayana y la CVG nunca lograron controlar ninguna filial.

<sup>37</sup> Sobre esas reglas, véase nuestra explicación en Hernández G., José Ignacio, *Bases fundamentales de la transición en Venezuela*, cit.

<sup>38</sup> Artículo 36, Estatuto. Este artículo es inconstitucionalmente modificado por el Acuerdo.

<sup>39</sup> Que abarca a las juntas directivas de las empresas del Estado y sus filiales.

Constitución, pues las funciones de control de la Asamblea Nacional solo pueden ejercerse territorialmente, y no de manera extra-territorial, para controlar la actividad de filiales constituidas en el extranjero. Por lo anterior, es igualmente inconstitucional las funciones de control que el Acuerdo asigna al Consejo, para supervisar la actuación de las filiales extranjeras (acuerdo quinto, numeral 1).

El Acuerdo, además, parece responder a la errada percepción según la cual el único problema a resolver es determinar quién controla los activos externos. En realidad, esos activos son muy inferiores a la deuda pública externa, con lo cual el verdadero problema a solucionar es la gestión de la deuda pública legada, materia en la que el Acuerdo no solo no avanza, sino que, además, crea riesgos adicionales<sup>40</sup>.

En resumen, el Acuerdo es inconstitucional, pues (i) invade competencias privativas del Poder Ejecutivo relacionadas con la administración de la hacienda pública nacional; (ii) concentra las funciones legislativas y ejecutivas en la Asamblea; (iii) se aparta de las reglas de gobernanza de las juntas administradoras ad-hoc previstas en el Estatuto; (iv) modifica al Estatuto de manera indebida y, por último; (iv) eleva -innecesariamente- los riesgos de la estrategia de defensa judicial de los activos externos frente a las reclamaciones legadas, estrategia que hoy luce agotada. Además, el Acuerdo en nada contribuye a reforzar la transparencia y rendición de cuentas de las juntas, para lo cual no era necesario dictar inconstitucionales reglas, sino hacer cumplir las Leyes que regulan los principios de transparencia y rendición de cuenta.

Frente a este panorama, deben prevalecer los artículos 233 y 333 de la Constitución, en el sentido que el comentado Acuerdo no puede impedir al presidente encargado cumplir con los deberes de la Presidencia de la República, en especial, en lo que respecta a las juntas administradoras ad-hoc, sin más limitaciones que las que derivan del Estatuto.

---

<sup>40</sup> Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2022.

# TEOLOGÍA CONSTITUYENTE

Eduardo Jorge Prats

*Profesor de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra Santo Domingo*

**Resumen:** *Este artículo trata sobre la visión teológica del poder constituyente que ha conducido a un peligroso síndrome de patologías constitucionales, ignorando que el poder constituyente sólo es constitucionalmente admisible como poder de reforma, es decir, como poder constituido, encuadrado constitucionalmente.*

**Palabras Clave:** *Poder constituyente; Constitución. Reforma; Poder Constituyente originario.*

**Abstract:** *This article deals with the theological vision of the constituent power that has led to a dangerous syndrome of constitutional pathologies, ignoring that the constituent power is only constitutionally admissible as a power of reform, that is, as a constituted power, framed constitutionally*

**Key words:** *Constituent Power; Constitution. Reform; Original Constituent Power.*

Uno de los grandes aportes de Carl Schmitt al derecho constitucional fue demostrar que “todos los conceptos significativos de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados”, consecuencia de “haberse transferido de la teología a la teoría del Estado, al convertirse el Dios todopoderoso, por ejemplo, en el legislador omnipotente”, y por “su estructura sistemática, cuyo conocimiento es preciso para el análisis sociológico de dichos conceptos”.

Esta secularización, politización y juridificación de conceptos teológicos es ostensible cuando Bodin define la soberanía como “el poder absoluto y perpetuo de una República” y al soberano como el representante de Dios en la tierra. Y se ve también cuando Juan Donoso Cortés equipara la dictadura con el milagro, aunque, en verdad, como intuyó Schmitt, lo milagroso no era la dictadura misma, sino la ruptura de la continuidad jurídica causada por un estado de excepción.

Cuando Sieyès, inspirado en los atributos de la divinidad, define al poder constituyente como poder absoluto, originario, immanente, extraordinario, permanente, soberano, autónomo, ilimitado, unitario e indivisible, surgiría el más perverso, persistente y peligroso de todos los conceptos teológicos transformados en dogmas jurídicos, originándose una mitología constituyente alimentada por pensadores desde Schmitt hasta Toni Negri.

Pero lo cierto es que, una vez establecida una Constitución, el poder constituyente sólo es constitucionalmente admisible como poder de reforma, es decir, como poder constituido, encuadrado constitucionalmente y, en consecuencia, limitado y sujeto a expresarse respetando las formas constitucionales del procedimiento de reforma y sin vulnerar el contenido constitucionalmente intangible de la cláusula pétrea, o sea, la forma democrática, republicana, representativa y civil de gobierno. Estos límites jurídico-constitucionales al poder de reforma son perfectamente justiciables, como lo evidencian múltiples decisiones de cortes constitucionales del mundo entero.

No solo eso: el llamado “poder constituyente originario”, es decir, aquel que, fruto de una revolución o un golpe de estado, se manifiesta para establecer una nueva Constitución, aparece limitado por el derecho natural, los compromisos internacionales del Estado, el *ius cogens* y las normas supranacionales de derechos humanos que siguen siendo válidas mientras el Estado pertenece a un sistema regional e internacional de derechos humanos.

La visión teológica del poder constituyente profesada por representantes del poder profano y juristas conduce a un peligroso síndrome de patologías constitucionales: desde la validación jurisprudencial o vía referendo, a priori o a posteriori, de operaciones de “asambleas constituyentes” al margen de los procedimientos de reforma constitucionalmente establecidos; la presentación del poder de reforma como manifestación del supuestamente absoluto poder constituyente originario, escudándose en el nombre de “asamblea constituyente”, que es hermana de padre y madre de la asamblea revisora y es y solo puede ser poder constituido; y la autorización jurisprudencial a que el poder de reforma proceda a dar un “golpe de estado constituyente” y a gobernar en “dictadura constituyente” mediante ukases, usurpando así las funciones de los demás poderes constituidos representativos.

En un Estado constitucional de derecho, es inconstitucional activar un originario, irreductible, prejurídico y puramente fáctico poder constituyente, fuera del orden jurídico establecido y contrapuesto a los poderes constituidos, pues, aparte de los límites de este poder, hasta el propio pueblo solo puede expresarse en democracia dentro de los canales procedimentales constitucionales consagrados, por lo que todo poder constituyente, una vez nace la Constitución, se reduce al simple poder de reforma.

# EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO SUPUESTO LÍMITE INMANENTE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Gabriel Sira Santana\*  
Abogado

**Resumen:** *La colaboración parte del fallo N° 359 del 06-05-2014 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y lo asentado en el mismo de que el respeto de los derechos de los niños es uno de los límites intrínsecos de la libertad de expresión, a fin de establecer si tal afirmación es correcta según el derecho vigente y las aproximaciones de la doctrina en cuanto a la restricción de los derechos fundamentales o si, más bien, se trata de la instrumentalización de tal interés para que el Estado proceda a limitar esa y otras libertades que está llamado a promover.*

**Palabras Clave:** *Interés superior del niño, libertad de expresión, ponderación.*

**Abstract:** *The paper is based on ruling No. 359 of 05-06-2014 of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice and what is stated therein about the rights of children as one of the intrinsic limits of freedom of speech, in order to establish whether such statement is correct according to the law and the approximations of the doctrine regarding the restriction of fundamental rights or if, in reality, it instrumentalize such interest so that the State can limit that and other freedoms that it is called to promote.*

**Key words:** *Best interest of the child, freedom of speech, weighting.*

El presente trabajo tiene por objeto determinar cuál es la relación que existe entre el interés superior del niño y la libertad de expresión, y si tal interés puede constituir un límite inmanente de la segunda a tenor de lo que el foro jurídico, el derecho venezolano y el derecho convencional –con énfasis en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos– entienden por cada uno de estos términos.

A fin de lograr el objetivo propuesto, tomaremos como hilo argumental el fallo N° 359 del 06-05-2014 (caso: Diario Meridiano)<sup>1</sup> de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo, SC/TSJ), cuyo criterio sobre el tema que nos ocupa fue reiterado en los fallos N° 429 del 08-06-2016 (caso: La Patilla y Caraota Digital) y N° 884 del 03-11-2017 (caso: Semanario Deportivo El Heraldito)<sup>2</sup>, ambos de la misma Sala, según tendremos oportunidad de retomar más adelante.

---

\* Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice.

<sup>1</sup> Disponible en <https://bit.ly/3iM43zJ>

<sup>2</sup> Disponibles en <https://bit.ly/3yPqvvh> y <https://bit.ly/3yZRtSQ>, respectivamente.

## 1. LA INTERPRETACIÓN VINCULANTE DE LA SC/TSJ QUE MOTIVA ESTAS REFLEXIONES

En fecha 14-01-2009 un ciudadano interpuso ante la SC/TSJ una “acción de amparo constitucional por interés difusos” -recalificada por la Sala como una demanda por intereses colectivos<sup>3</sup>- “en representación de sus menores hijos (...) y de todos los niños, niñas y adolescentes del país” en contra de un diario de circulación nacional con el objeto de “hacer cesar las publicidades de clasificados porno en periódicos y revistas para el público en general” ya que, en criterio del accionante, este tipo de anuncios vulneraba los artículos 46 (derecho a la integridad física, psíquica y moral), 58 (derecho a la información, con inclusión de que “[l]os niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral”), 75 (protección de la familia por parte del Estado “como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas”) y 108 (obligación de los medios de comunicación social de contribuir a la formación ciudadana) de la Constitución de la República<sup>4</sup>, en adición al inexistente “artículos 17 letra E pacto (sic) de San José de Costa Rica”<sup>5</sup>.

Cinco años después, oída la opinión de la Defensoría del Pueblo y del Ministerio Público a favor del planteamiento del accionante, la SC/TSJ declaró parcialmente con lugar la demanda y ordenó, entre otros:

...eliminar toda imagen de carga o contenido sexual explícito o implícito de los anuncios publicitarios en los medios impresos de libre acceso a niñas, niños y adolescentes, relativos a los anuncios de estímulos de la actividad sexual que promuevan servicios comercialmente ligados a la explotación del sexo y se coloquen en los mismos que se trata de servicios exclusivos para mayores de dieciocho (18) años.

Lo anterior, aunado a la publicación de esta decisión en la Gaceta Oficial de la República, “en virtud de que el presente fallo fija una interpretación vinculante de normas constitucionales”.

Esta interpretación, si bien la Sala no la identificó expresamente como tal en la parte motiva o dispositiva del fallo comentado<sup>6</sup>, no sería otra que el criterio asentado de que “el respeto de los derechos de niñas, niños y adolescentes es uno de los límites intrínsecos de la libertad de expresión”, visto que “el ejercicio de tal derecho civil a través de los medios de

<sup>3</sup> Véase el fallo N° 589 del 15-05-2009 de la SC/TSJ, por el cual se admitió la demanda, en <https://bit.ly/2VRhGo7>

<sup>4</sup> Publicada en Gaceta Oficial N° 36.860 del 30-12-1999, reimpressa en N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000 y enmendada en N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

<sup>5</sup> Entendemos que la referencia era, más bien, a la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas cuyo literal “E” del artículo 17 determina que los Estados “[p]romoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18”. El texto de la Convención puede consultarse en <https://bit.ly/3CJXQMJ>

<sup>6</sup> Véase sobre la interpretación vinculante en general Jesús María Casal, “Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 8, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 197-199 y 205-217. El autor recuerda que “[s]ólo la ratio decidendi” –entendida como “las razones básicas y necesarias que fundamentan la parte resolutive o dispositiva de la sentencia”– “integra el precedente vinculante, que rige los casos sustancialmente iguales que se presenten posteriormente, y se extiende a otros casos con base en el razonamiento analógico”, por lo que la obiter dicta como “afirmaciones complementarias o tangenciales emitidas en el pronunciamiento judicial” estarían desprovistas de tal carácter.



*comunicación social implica para estos últimos especiales responsabilidades, como la de garantizar su correcto y cabal ejercicio, así como de contribuir con el efectivo desarrollo de los derechos culturales y educativos de la población en general*”, lo que en definitiva justificaba que se restringiera la libertad de expresión de los anunciantes para –en criterio de la Sala– salvaguardar los derechos de los menores de edad.

Al respecto, la pregunta que nos planteamos sería: ¿es esto cierto? Es decir, ¿es en realidad el interés superior del niño –o el respeto de los derechos de los niños y adolescentes, en los términos de la Sala– un límite intrínseco, interior o immanente del derecho a la libertad de expresión? Esta es la interrogante que procuraremos responder en las siguientes páginas, una vez precisemos qué se entiende por cada uno de los derechos mencionados.

## II. LOS DOS DERECHOS EN TENSIÓN

Antes de conocer cuál fue la motivación que ofreció la SC/TSJ para arribar a las conclusiones citadas *supra* consideramos relevante referirnos a los derechos sobre los cuales versó la causa que comentamos, ya que ello permitirá conocer con mayor precisión tanto el contenido mínimo o esencial de cada uno de estos derechos<sup>7</sup> como sus posibilidades de restricción<sup>8</sup>.

Así, por lo que respecta a la libertad de expresión podemos destacar que ella, de acuerdo con el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>9</sup>, “*comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección*”<sup>10</sup>.

En este sentido –y como sostuvimos en otra oportunidad<sup>11</sup>– se trata de una libertad ampliamente estudiada por organismos internacionales (entre ellos: la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>12</sup>), tribunales nacionales<sup>13</sup> y el foro jurídico<sup>14</sup> que, no siendo nuestra

<sup>7</sup> Véase sobre este contenido en general Jesús María Casal, *Los derechos fundamentales y sus restricciones. Constitucionalismo comparado y jurisprudencia interamericana*, Editorial Temis y KAS, Bogotá, 2020, pp. 265-302.

<sup>8</sup> Véase *ibid.*, pp. 189-302 y Luis Prieto Sanchís, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y Libertades*, Vol. 8, Instituto Bartolomé de las Casas, Lima, 2000, pp. 429-468, en <http://hdl.handle.net/10016/1395>

<sup>9</sup> Disponible en <https://bit.ly/2WuG2kF>

<sup>10</sup> Véase en idénticos términos el artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en <http://bit.ly/38kQ39x>

<sup>11</sup> Véase Gabriel Sira Santana, “La libertad de expresión en las redes sociales y su restricción por parte del Estado”, *Revista de Derecho Público*, N° 165, EJV, Caracas, 2021, pp. 346-356.

<sup>12</sup> Véase algunos de sus criterios al respecto en Sergio García Ramírez y Alejandra Gonza, *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Corte IDH y CDHDF, México DF, 2007, en <https://bit.ly/3m1bNzP>

<sup>13</sup> A modo de ejemplo, véase en Venezuela el fallo N° 1942 del 15-07-2003 de la SC/TSJ (caso: Rafael Chavero Gazdik) y en Colombia el fallo N° T-391/07 del 22-05-2007 de la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional (caso: El Mañanero de la Mega). En <http://bit.ly/34vns0h> y <https://bit.ly/37yCog7>, respectivamente.

<sup>14</sup> Véase por ejemplo Asdrúbal Aguiar, *El derecho a la democracia. La democracia en el derecho y la jurisprudencia interamericanos. La libertad de expresión, piedra angular de la democracia*, EJV y OID, Caracas, 2008 y Freddy Orlando, *La libertad de expresión en Venezuela*, EJV, Cara-

intención profundizar sobre los pormenores de tales reflexiones, nos basta con conceptualizarla como lo hace la Convención citada con dos presiones: **(i)** La libertad de expresión se distingue de la libertad de información en que esta última se visualiza bajo un prisma objetivo –es decir, el recibir o difundir hechos verídicos o noticiosos–, mientras la primera posee un halo subjetivo al versar sobre opiniones, pensamientos e ideas que no necesariamente guardan relación con la realidad y corresponden a juicios de valor<sup>15</sup>; y **(ii)** La libertad de expresión no solo abarca la posibilidad de *expresar* un mensaje, sino también que este sea efectivamente percibido por terceros dada la dimensión social del derecho<sup>16</sup>.

Ahora bien, como todo derecho –salvo la vida y la integridad física, psíquica y moral suele decirse, aunque no sin cierto debate– el derecho a la libertad de expresión no es absoluto y puede ser objeto de limitaciones o restricciones, siempre que estas no constituyan una suspensión absoluta... Ni siquiera en casos de excepción como los vividos durante la reciente pandemia de la COVID-19<sup>17</sup>.

Con ocasión de lo anterior, el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “[e]l ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo [libertad de expresión] entraña deberes y responsabilidades especiales” y, por ende, “puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Esta idea la retoma la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13.2 –con el agregado que estas restricciones no pueden originar censura previa sino responsabilidades ulteriores– y 13.3, al señalar que “[n]o se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares (...) o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

---

cas, 2015. Este último realiza un interesante repaso de cómo ha sido consagrado este derecho en nuestra historia constitucional.

<sup>15</sup> Véase María Candelaria Domínguez Guillén, “El derecho a la identidad como límite a las libertades de expresión e información”, *Revista de Derecho*, N° 9, TSJ, Caracas, pp. 343-359 y Fernando Flores Giménez, “Las libertades de expresión e información en la Constitución de Venezuela: análisis de una confusión”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 7, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 125-135.

<sup>16</sup> Véase Carolina Puppio, “Libertad de expresión vs. Ley de Contenidos. Reflexiones de cara a la aprobación de una ley de contenidos en Venezuela”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 6, Editorial Sherwood, Caracas, 2002, pp. 167-169 y Héctor Faúndez Ledesma, “La libertad de expresión”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 78, UCV, Caracas, 1990, p. 252. Este último apunta que “la verdadera importancia del derecho (...) no radica en la facultad de tener las opiniones que nos parezca conveniente (...), sino en la posibilidad de exteriorizarlas, poder manifestarlas y transmitir las a otras personas, y muy especialmente a aquellas que puedan tener un punto de vista diferente al nuestro”.

<sup>17</sup> Así lo recordó el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en su Resolución A/HRC/44/L.18/Rev.1 del 14-07-2020 al exhortar a los Estados a “[a]bstenerse de utilizar las leyes de seguridad nacional y salud pública para restringir el derecho a la libertad de opinión y expresión de manera contraria a sus obligaciones en virtud del derecho internacional, entre otras cosas, asegurándose de que todas las medidas adoptadas (...) se ajusten plenamente a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, incluidos los principios de legalidad, legitimidad, necesidad y proporcionalidad”. En <https://bit.ly/2YwF4pG> Sobre la pandemia en general véase Allan R. Brewer-Carías y Humberto Romero-Muci (coordinadores), *Estudios jurídicos sobre la pandemia del COVID-19*, ACIENPOL y EJV, Caracas, 2020.

En otras palabras, de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos traído a colación, el derecho a la libertad de expresión puede ser restringido sí, y solo sí, se cumple un elemento formal -es decir, que la limitación esté prevista en una ley<sup>18</sup> como manifestación del principio de la reserva legal<sup>19</sup>- y un elemento material, en el sentido que **(i)** el legislador haya evaluado de un modo racional y objetivo que la limitación es ineludible para salvaguardar el interés general<sup>20</sup> o los derechos de un tercero -con especial mención a su reputación, honor, vida privada e intimidad<sup>21</sup>-, y **(ii)** que tal limitación se dé de un modo idóneo y proporcional. Sobre estas ideas volveremos más adelante al comentar el fallo que motiva estas líneas.

Por último, en cuanto a la libertad de expresión, hemos de mencionar que las disposiciones del derecho internacional ya reseñadas fueron claramente recogidas en el derecho venezolano, siendo muestra de ello el artículo 57 de la Constitución de la República conforme con el cual:

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.

En otras palabras, el texto constitucional sería cónsono con el derecho señalado *supra* en el sentido que **(i)** reconoce el derecho a la libertad de expresión, **(ii)** prohíbe la censura y **(iii)** prevé la responsabilidad ulterior por el ejercicio de este derecho; agregándose una serie de prohibiciones que, con base en la imposibilidad de censura comentada, funcionarían es como limitaciones y causales de responsabilidad posterior -en los términos que determine la ley, y solo la ley- y no como supuestos que avalen la autocensura o la instauración de órganos que determinen previamente si el mensaje puede o no emitirse.

En otro orden de ideas, por lo que se refiere al interés superior del niño, si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contienen alguna alusión al respecto<sup>22</sup>, el epicentro de su regulación lo hallamos es

<sup>18</sup> En el caso venezolano, por ella entendemos “*el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador*”, según el artículo 202 de la Constitución de la República.

<sup>19</sup> Véase al respecto Casal, *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., pp. 142-148 y José Peña Solís, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 1, 5° reimp., TSJ, Caracas, 2006, pp. 600-615.

<sup>20</sup> Término calificado como un concepto jurídico indeterminado y, por ende, cuyo significado preciso depende del caso concreto, admitiéndose una única solución justa una vez evaluada la situación. Véase Miguel Ángel Torrealba Sánchez, “Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados: ¿nociones totalmente diversas o dos niveles dentro de una misma categoría? García de Enterría y las posiciones de la doctrina venezolana”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, N° 8, UMA, Caracas, 2016, pp. 221-233, en <https://bit.ly/3g4dlp4>

<sup>21</sup> Véase Rafael Ortiz-Ortiz, “Configuración del derecho a la intimidad como derecho civil fundamental”, *Revista de Derecho*, N° 5, TSJ, Caracas, 2002, pp. 87-149. Téngase presente que la doctrina (Domínguez Guillén, ob. cit.) precisa que la vulneración de otros derechos como la identidad guarda relación es con la libertad de información, por lo que escaparían de nuestro objeto de estudio.

<sup>22</sup> Véase el artículo 19 de la primera conforme con el cual “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, a lo que el artículo 24.1 del segundo agrega que este derecho regirá “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento”.

en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959<sup>23</sup> y la ya citada Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 -ambas de las Naciones Unidas- que se refieren a la necesidad de que el niño<sup>24</sup> goce de:

...una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño<sup>25</sup>.

No obstante, lo dicho, al no brindar estos textos mayor precisión de lo que debe entenderse por el interés que nos ocupa y sus limitaciones -al contrario de como sí vimos ocurre con la libertad de expresión- se hace necesario acudir al foro jurídico para dotar al mismo de un contenido propio que nos permita, en el acápite siguiente, ver su relación con la libertad de expresión.

En este sentido, los autores nacionales<sup>26</sup> definen al interés superior del niño como “*un principio fundamental que orienta todo cuanto concierne a la materia atinente al Derecho de la Niñez y de la Adolescencia*”<sup>27</sup> o, lo que vendría a ser lo mismo, un “[p]rincipio de capital importancia y de indispensable aplicación” cuyas “*particularidades (...) lo hacen de obligatoria ponderación y uso en aquellos asuntos concretos que requieran una resolución acorde con el Derecho de la niñez y de la adolescencia*”, si bien se reconoce que “*por representar un ‘concepto jurídico indeterminado’, su aplicación es sumamente compleja y demanda altas facultades del intérprete*”, a la par que su concreción se hace depender del caso analizado<sup>28</sup>.

Estas aproximaciones doctrinales son cónsonas con la definición que ofrece el legislador venezolano en el artículo 8 de la LOPNNA al catalogar al interés superior del niño como “*un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños*”, a fin de “*asegurar el desarrollo integral de los niños (...) así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías*”.

A lo dicho, el artículo citado agrega dos consideraciones de valor para nuestro objeto de estudio: (i) el legislador parece ser conteste con la idea del interés como concepto jurídico indeterminado al destacar que “[p]ara determinar el interés superior (...) en una situación

<sup>23</sup> Disponible en <https://bit.ly/2VXoGzH>

<sup>24</sup> El término, a los efectos de este trabajo, engloba a toda persona menor de dieciocho años de edad, por lo que incluye tanto a los niños en sentido estricto (menor de doce años) como a los adolescentes (con doce o más años de edad y menos de dieciocho). Dicho margen temporal es tomado del artículo 2 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (en lo sucesivo, LOPNNA), publicada en la Gaceta Oficial N° 6.185 Extraordinario del 08-06-2015.

<sup>25</sup> Principio 2 de la Declaración citada. El interés en cuestión se incluye también en el principio 7 de la misma Declaración, referido al derecho a la educación, así como en seis artículos de la mencionada Convención en donde se cataloga como una “*consideración primordial*” a la que debe atender el Estado y la sociedad “[e]n todas las medidas concernientes a los niños” (artículo 3.1).

<sup>26</sup> En caso que el lector desee profundizar sobre los dichos del Poder Judicial en la materia se recomienda la consulta de Gabriel Sira Santana, “El interés superior del niño en las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (2013-2017)”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 10, RVLJ, Caracas, 2017, pp. 981-1005, en <https://bit.ly/2VXBYg7>

<sup>27</sup> Lourdes Will Rivera, “Visión jurisprudencial sobre el interés superior del niño”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 136, UCV, Caracas, 2012, p. 149.

<sup>28</sup> Edison Lucio Varela Cáceres, “Introducción al derecho de la niñez y de la adolescencia”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 4, RVLJ, Caracas, 2014, pp. 141-142.

*concreta se debe apreciar*” una serie de situaciones particulares<sup>29</sup>, y **(ii)** que en caso de “*conflicto entre los derechos e intereses de los niños (...) frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*” en “*aplicación del Interés Superior*”.

Esta última disposición resulta de especial relevancia para el tema que nos ocupa y hace prudente recordar que, como apunta el foro, a pesar de que el interés superior del niño se caracteriza por su indeterminación –sin que ello equivalga a la arbitrariedad de su concreción–, el mismo se encuentra sujeto a ciertos límites entre los que encontramos que “[s]u aplicación demanda que exista una afectación directa, manifiesta y necesaria de un derecho o deber de un menor de edad” que se constate en “una situación específica”, por una parte, y no debe transfigurarse en “una patente de corso que permita adecuar el ordenamiento jurídico a las pretensiones mezquina[s] de algunos que desean escudarse en los infantes, para subvertir el Derecho”, por la otra<sup>30</sup>.

Así las cosas, del primero de estos límites se desprendería que, más allá de las connotaciones meramente interpretativas o como principio orientador que se le han dado al interés superior del niño, para que él se materialice en el mundo de las realidades se requiere que exista un derecho específico a ser protegido (integridad física, salud, educación, vivienda, información, y así sucesivamente), ya que el interés lo que hace es favorecer la garantía de este último sin que puedan hacerse interpretaciones en abstracto o aplicarse en ausencia de un caso concreto.

Esta visión, es oportuno mencionar, fue compartida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, Corte IDH) en la Opinión Consultiva OC-17/02 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño<sup>31</sup>, donde este cuerpo destacó que el “*principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano*” (párr. 56) y sirve “*como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento [Convención sobre los Derechos del Niño], cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades*” (párr. 59)<sup>32</sup>.

En tanto, por lo que se refiere al segundo límite interesa destacar que el mismo fue puesto de relieve por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en su Observación General N° 14/13 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial<sup>33</sup>, al considerar que aun cuando el interés superior del niño es un “*concepto triple*”<sup>34</sup> y dinámico que debe evaluarse adecuadamente según el caso concreto, como ya

<sup>29</sup> A saber: la opinión del niño en el caso que se plantea; la “necesidad de equilibrio” –que bien podría dar lugar a un juicio de ponderación– entre los derechos y garantías de los niños y sus deberes, entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño y entre los derechos de las personas y los derechos y garantías del niño; así como la condición específica de los niños como personas en desarrollo.

<sup>30</sup> Varela Cáceres, ob. cit., pp. 145-147.

<sup>31</sup> Disponible en <https://bit.ly/2VTTIc2>

<sup>32</sup> Véanse algunos ejemplos de cómo la Corte IDH invoca este principio en los casos reseñados en Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: niños, niñas y adolescentes*, Corte IDH, San José, 2018, pp. 43-48, en <https://bit.ly/3m51udX>

<sup>33</sup> Disponible en <https://bit.ly/3yKOnSK>

<sup>34</sup> El Comité destaca que esta naturaleza alude a su carácter de derecho sustantivo (“*derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida*”), un principio jurídico interpretativo fundamental (“*si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se*

dijimos, tal valoración nunca puede dar pie a su manipulación -o instrumentalización- por parte de la autoridad para justificar sus políticas o actuaciones en general pues, en estos casos, la invocación del interés superior del niño no sería más que un ardid argumentativo para avalar una decisión que poco o nada tiene que ver con el desarrollo integral de los menores de edad y la garantía de sus derechos, con la única intención de valerse del *status superior* que tanto el derecho interno como internacional le concede a los niños y su protección.

En resumen, como ocurre con todo concepto jurídico indeterminado, la Administración Pública y el Poder Judicial habrían de tratar al interés superior del niño con suma precisión y cuidado al ejercer sus funciones, so pena de correr el riesgo de desnaturalizarlo y, con ello, que el mismo deje de ser una limitación legítima -y preferente- a otros derechos fundamentales.

Hechas las precisiones conceptuales anteriores, pasamos de seguida a retomar el fallo de la SC/TSJ que hemos elegido como hilo argumental de este trabajo a fin de determinar si el actuar de dicha Sala fue cónsono con lo aquí descrito o, por el contrario, la misma habría incurrido en los abusos advertidos.

### III. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA SC/TSJ EN EL FALLO N° 359/2014

Al motivar su fallo N° 359/2014 la SC/TSJ expuso que la pretensión del demandante de impedir la divulgación de anuncios publicitarios -actividad que, vale decir, se encuentra amparada por la libertad de expresión según el fallo N° 1092 del 13-07-2011 (caso: Corporación Industrial Class Light, C.A. y otros) de la misma Sala<sup>35</sup>- con presunta carga sexual en publicaciones periódicas a las cuales los niños podían acceder libremente, generaba “*un conflicto entre derechos constitucionales que debe ser resuelto*”. A saber: la libertad de expresión del anunciante y el derecho de los niños a obtener una información adecuada para su desarrollo integral.

En este sentido, visto que “*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*”, se requería que la Sala hiciera “*una ponderación de la situación concreta, de modo de garantizar la mayor efectividad del texto constitucional sin sacrificar el contenido esencial de ninguno de los derechos constitucionales*”.

El planteamiento anterior fue complementado por la Sala acudiendo a su fallo N° 1566 del 04-12-2012 (caso: Diarios El Progreso y El Luchador)<sup>36</sup> en donde ella recordó que “*la*

---

*elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño*”) y una norma de procedimiento (al momento de decidir un caso que repercute en el niño, quien decide deberá motivar cómo tomó su decisión, evaluó el interés y llevó a cabo la ponderación).

<sup>35</sup> Disponible en <https://bit.ly/3iMoEUh> En la causa, los recurrentes intentaron una acción de nulidad contra el único aparte del artículo 45 de la Ley de Tránsito Terrestre (prohibición de instalar publicidad de licores en vías de comunicación) por la supuesta violación de los derechos a la igualdad y a la libertad económica. El recurso fue declarado sin lugar, en parte, porque “*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*”.

<sup>36</sup> Disponible en <https://bit.ly/3ySZOYw> La causa versó sobre la publicación de imágenes de sucesos sangrientos en la primera y última página de la prensa, sobre lo cual la Sala determinó que “*las referidas publicaciones deben ser divulgadas bajo una advertencia previa o su reseña en páginas*



*mencionada libertad [de expresión] 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*”, siempre que tal restricción atendiese “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”. Hasta aquí, todo conforme con el Derecho Constitucional.

La situación se complica cuando, luego de mencionar la Sala que el “análisis de proporcionalidad” llevaba consigo que “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”, la SC/TSJ afirmó que “el respeto de los derechos de niñas, niños y adolescentes es uno de los límites intrínsecos de la libertad de expresión”.

Este argumento plantea una diatriba visto que, si concurrimos con la Sala en cuanto al límite intrínseco, carece entonces de sentido hablar de ponderación<sup>37</sup> pues el interés superior del niño y los derechos en él basados siempre imperarán sobre la libertad de expresión, independientemente del caso que se trate, por lo que los derechos en tensión en realidad no tendrían “igual jerarquía jurídica” como la SC/TSJ apuntó en el mismo fallo y exige la ponderación como prerequisite.

Con motivo de lo anterior, somos del criterio que esta noción del límite intrínseco -al menos en los términos absolutos planteados por la Sala<sup>38</sup>- no solo sería ajena a la igualdad de los derechos fundamentales, sino el propio concepto del interés superior del niño que, como vimos, al ser un concepto jurídico indeterminado lleva necesariamente consigo el estudio del caso concreto porque pueden darse circunstancias en las cuales lo que debería imperar es la libertad de expresión<sup>39</sup>.

---

*internas donde no se identifique gráficamente los rostros de las referidas personas*”, en pro de la integridad personal y la salud mental de los niños, entre otros derechos de la población en general.

<sup>37</sup> Aunque el estudio de esta figura rebasa el objeto de estas páginas se recomienda la consulta de David Martínez-Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004, p. 301, para quien la ponderación como justificación racional de una decisión judicial íntimamente relacionada con un caso concreto consiste en el “procedimiento para la resolución de conflictos normativos a partir de la atribución de un ‘peso’ o grado de importancia a cada una de las alternativas en conflicto en las circunstancias del caso”, que concluirá con que el derecho que tenga mayor relevancia –sin que pueda hablarse de un vencimiento total por tener ambos la misma jerarquía– será el que prevalezca sobre el otro en el mencionado caso concreto.

<sup>38</sup> Téngase presente que este tipo de límites no es extraño al foro jurídico y tampoco se concibe de modo unívoco. Así lo advierte Casal, *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 100, al destacar que “la expresión de límites inmanentes (...) ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional Federal [alemán] para calificar a los límites de un derecho resultantes de su colisión con otros derechos o bienes constitucionales”, en tanto el término puede adquirir otro significado visto desde las teorías internas y externas sobre los límites de los derechos fundamentales.

<sup>39</sup> Piénsese en el caso hipotético de una editorial que se dedique a publicar libros de opinión de reconocidos analistas políticos que hagan oposición al partido de gobierno y que un sector de la población –o peor aún: el propio Estado– le exija que cambie su línea editorial y ahora se dedique a la publicación de libros infantiles a fin de garantizar, con miras en el interés superior del niño, el derecho a la educación y recreación de los menores de edad ante la falta de editoriales que se dediquen a ese sector. En nuestro criterio, este ejemplo plantea un caso en el cual debería prevalecer la libertad de expresión de los autores y de la editorial; pero de tomarse como válida la idea del límite



Ahora, ¿significa ello que la Sala incurrió en un error al darle primacía a los derechos de los niños sobre el de los anunciantes en el caso analizado? Si partimos del derecho venezolano -y abstrayéndonos de valoraciones personales que de momento no vienen al caso- habríamos de concluir que la respuesta a esta interrogante es negativa. No porque “*el respeto de los derechos de niñas, niños y adolescentes es uno de los límites intrínsecos de la libertad de expresión*”, como errada y peligrosamente afirmó la Sala, sino por los motivos que ella luego asentó al continuar con la motivación de su fallo. Nos explicamos.

Tal como dijimos en el acápite anterior, toda restricción de la libertad de expresión debe cumplir con un elemento formal (previsión legal) y material (juicio de necesidad, idoneidad y proporcionalidad).

En cuanto al primero de estos elementos podemos destacar que la LOPNNA dedica parte de su articulado al derecho de los niños a la información (en general) y a recibir información sexual de acuerdo con su desarrollo (en particular) en los artículos 68 y 50 respectivamente, agregándose como disposiciones de especial interés para el tema que nos ocupa las siguientes:

Artículo 74. Envoltura para los medios que contengan informaciones e imágenes inadecuadas para niños, niñas y adolescentes. 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.

Artículo 79. Prohibiciones para la protección de los derechos de información y a un entorno sano. Se prohíbe: (...) 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.

Artículo 92. Prevención. Está prohibido vender o facilitar, de cualquier forma, a los niños, niñas y adolescentes: (...) f) Informaciones o imágenes inapropiadas para su edad.

Es decir, que el legislador nacional habría fijado ciertas limitaciones al derecho a la libertad de expresión en pro de la protección de los niños, sin que tales restricciones anularán por completo el primero ya que de la lectura de la ley se desprende que los anuncios publicitarios como los que dieron origen a la causa comentada pueden seguirse emitiendo, siempre que se inserten en medios que no resulten de libre acceso para los menores de dieciocho años.

De este modo, el ordenamiento jurídico venezolano daría satisfacción al primero de los requisitos que hemos mencionado para que sea procedente una restricción de la libertad de expresión (recordamos: la previsión legal), siendo prudente señalar que aun cuando este supuesto no está previsto en la Constitución de la República como uno de los pocos usos *no permitidos* de esta libertad<sup>40</sup>, lo que exige tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es que la limitación

---

intrínseco defendida por la Sala la conclusión sería muy diferente, dando pie adicionalmente a la instrumentalización del interés superior como advertimos *supra*.

<sup>40</sup> Recuérdese que según el artículo 57 de la Carta Magna, “[n]o se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa”.

esté prevista en una ley<sup>41</sup> como manifestación del principio de la seguridad jurídica que debe caracterizar a todo Estado de Derecho<sup>42</sup>, de lo que se desprende que la limitación podría ser *válida* a pesar de no hallarse expresamente en el texto constitucional<sup>43</sup>.

En este sentido, no habiendo duda que la LOPNNA es una ley<sup>44</sup>, el elemento formal estaría satisfecho y habríamos de pasar al siguiente, referido a la parte material de la restricción –o, lo que es lo mismo, su justificación– visto que, como apunta la doctrina, “[l]a *licitud de las restricciones de derechos humanos depende no solo de que estén previstas en normas de naturaleza legislativa, sino también de que posean justificación suficiente*”, ya que “[t]ales *restricciones no pueden ser impuestas gratuitamente ni han de presumirse válidas, pues solo resultan admisibles cuando persiguen la satisfacción de fines legítimos*”<sup>45</sup>.

De este modo, al poder calificarse al fin que persigue la LOPNNA en los artículos citados –a saber: favorecer el desarrollo psicosocial de los niños con información que sea adecuada para su edad, sin exponerlos a contenidos que podrían resultar perjudiciales para dicho desarrollo<sup>46</sup>– como legítimo, nos quedaría por determinar si las restricciones que estos artículos prevén son necesarias, idóneas y proporcionales.

Así, al evaluarse la necesidad como “*la inexistencia de una medida alternativa que, sin comprometer el nivel de idoneidad o eficacia inicialmente previsto, afecte en menor grado el derecho restringido o no lo afecte en absoluto*”<sup>47</sup>, consideramos que la exigencia de la LOPNNA sería cónsona con este requisito visto que lejos de reducir la libertad de expresión al mínimo o inclusive suprimirla (como podría haber ocurrido de prohibirse la venta o distri-

<sup>41</sup> Véase sobre cómo la Corte IDH ha entendido este término en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Casal, *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., pp. 328-333.

<sup>42</sup> Véase en general Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, UNAM, México DF, 2004, pp. 585-587, para quien los derechos que se derivan de la seguridad jurídica “*son tal vez los que más clara relación guardan con el concepto de Estado de derecho en sentido formal*”, y presentan dos dimensiones: “*una que tiene que ver con la previsibilidad de nuestras acciones en cuanto a sus consecuencias jurídicas, y otra que está referida al funcionamiento de los poderes públicos*”, pudiendo resumirse las exigencias de ambas en los aforismos *lege promulgata, manifestata, plena, stricta, previa y perpetua*.

<sup>43</sup> Téngase adicionalmente presente que, si bien la limitación no encontraría sustento en el artículo 57 de la Constitución de la República, sería posible argumentar que ella deriva de su artículo 112 al considerarse a la publicidad como una actividad económica y, por ende, sujeta a las “*limitaciones que (...) establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, (...) u otras de interés social*”, como en su momento sostuvo la Sala en el ya mencionado fallo N° 1092/2011.

<sup>44</sup> Nótese que si bien la ley vigente es del año 2015, para la fecha de interposición de la demanda y de la emisión del fallo objeto de comentarios resultaba aplicable la ley homónima publicada en la Gaceta Oficial N° 5.859 Extraordinario del 10-12-2007, que no presenta variaciones sobre el tema que nos ocupa.

<sup>45</sup> Casal, *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 333.

<sup>46</sup> Nótese que la precisión de este tipo de contenido, más que responder a valoraciones morales del legislador y del intérprete, debería tomar en cuenta estudios de profesionales de las ciencias de la salud, sociales y de humanidades que puedan responder con base en criterios objetivos que resulta apropiado en términos generales para el desarrollo de los niños, sin que en ningún momento pueda el legislador –ni el Estado en general– pretender sustituir a los padres en la formación de sus hijos pues, como recordamos prevé el artículo 75 de la Carta Magna, la familia es “*el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas*”.

<sup>47</sup> Casal, *Los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 222.

bución de material pornográfico o con cierta carga sexual, independientemente de la edad del comprador o receptor), la misma dejó “*espacios de libertad*”<sup>48</sup> al permitir que los mensajes de esta naturaleza puedan ser percibidos por terceros, una vez salvaguardado el interés superior del niño.

Lo mismo podríamos decir sobre la idoneidad y la proporcionalidad de estas medidas al referirse la primera a la aptitud para alcanzar o contribuir al fin deseado –y precisado *supra* para el caso que nos ocupa– y la segunda a la necesaria concordancia que debe existir entre el fin perseguido y la medida implementada, alcanzándose el mayor beneficio posible con el menor costo posible.

Es justamente sobre esta línea argumental que se movió la SC/TSJ cuando afirmó, por ejemplo, que la pornografía “*no es ilícita, mas por mandato legal no debe ser presentada libremente a niñas, niños y adolescentes, a quienes el Estado tiene la obligación constitucional de proteger, en este caso, de la explotación lucrativa de sus pasiones e instintos y de la información que se les pueda suministrar sobre la actividad sexual*”, a lo que agregó que en el caso concreto:

...se observa, que se encuentran presentes los supuestos necesarios para limitar el derecho a la libertad de expresión como lo son: a) que se establezca mediante ley; b) que la finalidad sea salvaguardar ciertos bienes jurídicos relevantes, como lo es en el presente caso el interés superior de los niños y las niñas en cuanto a su formación, educación y salud, que son bienes y valores jurídicos relevantes y tutelables, que poseen un interés general; c) que se trate de medidas necesarias en una sociedad democrática, en la cual se busca que las instituciones protejan los derechos esenciales de los habitantes; y d) existe la necesidad de imponer el límite o restricción de manera proporcional a la finalidad perseguida.

Es decir que la Sala, luego de efectuar un juicio de proporcionalidad entre los derechos en tensión –como ya lo había hecho anteriormente el legislador al sancionar la LOPNNA–, asentó que al cumplirse el elemento formal y material de la restricción de la libertad de expresión en pro del desarrollo e información de los niños, los anunciantes habían de ajustar su conducta al interés superior de los primeros, concluyendo en consecuencia “*que los medios de comunicación social (...) de libre acceso a niñas, niños y adolescentes, tienen la responsabilidad de transmitir información adecuada para este público, incluyendo la publicidad comercial (...) y una prohibición específica de publicar contenidos que atenten contra su adecuado desarrollo, tales como aquellos de contenido pornográfico*” o, en el caso de autos, que sin ser propiamente pornográficos “*incitan a la estimulación sexual (...) con fines comerciales*”.

En virtud de lo anterior, la Sala concluyó que “*todos los medios impresos que sean de libre acceso a niñas, niños y adolescentes*” deben abstenerse “*de publicar anuncios publicitarios en los que mediante imágenes y textos sugestivos de la actividad sexual se promuevan servicios comerciales ligados a la explotación del sexo*”, aun cuando se permite que en estos medios se difunda “*publicidad y ofrecimiento de actividades relacionadas con el sexo, así como la solicitud de personas para ser contratadas como modelos a través de los llamados anuncios clasificados*” siempre que no hagan uso de imágenes sexuales que puedan afectar el “*núcleo de otros derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes*”<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> Nótese que se está consciente de la aparente contradicción en la que incurre la Sala al destacar que la publicidad de “*actividades relacionadas con el sexo*” sería posible siempre que no se acompañara de “*imágenes sexuales*”, habiendo sostenido unos párrafos más arriba que existía una limitación general vinculada con los “*anuncios publicitarios en los que mediante imágenes y textos sugesti-*

En otras palabras: al existir una previsión legal que, en el caso concreto, proscribe la publicación de mensajes como los que eran divulgados por los anunciantes en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión en la prensa de libre acceso, se justificaba la intermediación del Poder Judicial con el objetivo de asegurar la *vigencia* de dichas previsiones y, en definitiva, favorecer el fin legítimamente perseguido por el legislador que no era otro que la protección de los niños ante mensajes que podrían representar un riesgo para su desarrollo integral.

Del razonamiento anterior queremos destacar dos puntos que nos acercan a la conclusión de este trabajo:

El *primero*, es el rol fundamental que tiene la ley al momento de evaluarse si un determinado mensaje se encuentra amparado –o no– por la libertad de expresión, siendo la regla general que, al ser la libertad de expresión “*en todas sus formas y manifestaciones, (...) un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas*”, “*además, [de] un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática*”<sup>50</sup>, toda persona cuenta con la libertad para emitir cualquier tipo de mensaje –por duros, injustos o perturbadores que sean<sup>51</sup>– con la particularidad que, de concluirse en un procedimiento en el que se garantice el debido proceso que el mensaje en cuestión incurrió en alguna de las restricciones expresamente fijada por la ley, el emisor podría ser sancionado. Claro está, siempre que la ley prevea una sanción para este supuesto de hecho pues, de lo contrario, el binomio ilícito-sanción estaría incompleto y el Estado no estaría facultado para ejercer su *ius puniendi* en contra del particular.

Y en segundo lugar, es que el test de proporcionalidad que efectúa el operador judicial como método para determinar cuál derecho debe prevalecer ante una situación de conflicto o tensión entre dos o más derechos ha de responder al estudio del caso concreto, como se constata en las múltiples referencias que la SC/TSJ hizo sobre el contenido de diferentes anuncios y que dejan entrever que, lejos de poderse evaluar la limitación en abstracto como podría derivarse del hecho de considerar al interés superior del niño como un límite intrínseco de la libertad de expresión –como ella sostuvo en un inicio, prácticamente como si se tratase de un *asunto de mero derecho*–, resulta imperativo conocer las circunstancias particulares que se arguyen para conocer si estas encuadran o no en la previsión legislativa que hemos mencionado, visto que solo en este último caso la restricción será válida y no estaremos en incurrir en la temida y antidemocrática censura –tanto previa como en su modalidad de auto-censura– pues, como bien afirma la Sala:

Al realizar una interpretación que se fundamente en la libertad del hombre y la mujer, se debe concluir que cuantas más personas se informen y opinen, más garantías habrá de que la democracia funcione, en donde la voluntad general debe ser el producto de la deliberación, en la que todos y cada uno de los individuos que forman parte de una sociedad, deben opinar y discutir cada aspecto relacionado con la construcción de la misma, por lo que la Sala Consti-

---

*vos de la actividad sexual se promuevan servicios comerciales ligados a la explotación del sexo*”, de lo que podría desprenderse que la publicidad sería posible solo si mediara un lenguaje parco o sobrio.

<sup>50</sup> Principio primero de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <https://bit.ly/3807vAZ>

<sup>51</sup> Frase acuñada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, p. 21, en <https://bit.ly/2WCsPpU>, al defender la libertad estudiada y rechazar toda forma de censura.

tucional del Tribunal Supremo de Justicia, en defensa de este derecho, debe proteger todos los discursos y posiciones, ya que dentro de una sociedad libre y comprometida con la responsabilidad moral y ética individual, cualquier censura previa sobre el fundamento del contenido es incompatible con la idea de que existe tal compromiso en nuestra sociedad.

Ideas estas que son compartidas tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la declaración de principios mencionada –particularmente, en el principio 5 que destaca que “[l]a censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión (...) difundida a través de cualquier medio de comunicación (...) debe estar prohibida por la ley” y “[l]as restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”– como la Corte IDH en su conocido caso de “La Última Tentación de Cristo”<sup>52</sup>, al sostener en su párrafo 70 que si bien:

...el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos, pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.

Nótese que este criterio resulta de especial interés para el tema que nos ocupa al reconocer que “la protección moral de la infancia y la adolescencia” –término que equivaldría al interés superior del niño desarrollado en estas páginas– opera como una excepción a la censura previa que tiene por objeto regular el acceso a espectáculos públicos. No obstante, como toda excepción, la misma habría de interpretarse de modo restrictivo (acceso a espectáculos públicos) sin que ella pueda extenderse a supuestos como los abordados en el fallo N° 359/2014 de la SC/TSJ (publicidad en prensa) que, hasta donde llega nuestro conocimiento, no han sido objeto de pronunciamientos por parte de la Corte IDH<sup>53</sup>, fortaleciéndose en consecuencia la importancia de una correcta valoración del elemento formal y material de la restricción para evitar su tergiversación.

#### IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

El fallo N° 359/2014 plantea dos razonamientos que podríamos considerar como contrapuestos, encontrándose solo uno de ellos conforme con la posibilidad de restringir derechos fundamentales.

El primero de ellos versa sobre el test de proporcionalidad, ampliamente desarrollado en el acápite anterior y que coloca el énfasis en la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la limitación de la libertad de expresión, haciéndose depender todos estos factores de una disposición legislativa previa visto que, en toda sociedad democrática y derecho, la libertad es la regla y la restricción la excepción.

El segundo, en tanto, plantea que el interés superior del niño constituye un límite intrínseco a la libertad de expresión y, por ende, siempre debe prevalecer sobre esta última, independientemente de que exista o no una ley que prevea el caso concreto.

<sup>52</sup> Véase Serie C, N° 73 del 05-02-2001 (caso: Olmedo Bustos y otros v. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas), en <https://bit.ly/3AZWZ8H>

<sup>53</sup> Véase sobre las sentencias de la Corte IDH y la libertad de expresión en general: Corte IDH, Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 16: libertad de pensamiento y de expresión, Corte IDH, San José, 2018, en <https://bit.ly/2WfwQUd>

Consideramos que este último planteamiento es contrario a las exigencias que tanto el derecho convencional como nacional, junto con la doctrina, determinan que deben satisfacerse para que una restricción de un derecho fundamental –y en el caso que nos avoca: de la libertad de expresión– sea válida, ya que de otro modo estaríamos abriendo las puertas a un universo de limitaciones cuya legitimidad radicaría simplemente en que se trata de medidas que se toman “en protección de los niños y adolescentes”, vista la obligación que tiene el Estado de salvaguardar a estos últimos y garantizar su prioridad absoluta, aun cuando ello equivalga a vulnerar los derechos fundamentales del resto de la población.

Este riesgo, queremos advertir, no es meramente teórico. Para muestra podemos mencionar los fallos N° 429/2016 y N° 884/2017 citados al inicio de esta colaboración que reiteraron en el criterio del fallo N° 359/2014 estudiado *supra* al avalar no solo restricciones en contra de los medios contra los que se intentaron las demandas –a saber, sobre la publicación de videos de linchamientos e imágenes de contenido sexual, respectivamente– sino que se exhortó a las autoridades administrativas competentes a 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*” (fallo N° 884/2017).

Se trata de una decisión que podría parecer cónsona con el interés superior del niño y los artículos de la LOPNNA citados en este trabajo. Sin embargo, no podemos dejar de preguntarnos cuáles serían los efectos del exhorto indicado y si, con base en el mismo, podría proceder el bloqueo de páginas como Twitter –a saber, el principal medio de comunicación en el país dado el *cercos* y la censura imperante que existe en la radio, televisión y prensa nacional– visto que en dicha red social es posible acceder a “*contenido pornográfico explícito o implícito*”.

Según el fallo N° 884/2017, y los criterios que ha venido asentando la Sala Constitucional en relación con la preponderancia absoluta del interés superior de los niños sobre cualquier otro derecho o interés personal –aquí nos hemos referido a la libertad de expresión según el fallo N° 359/2014, pero lo mismo podría aplicar para la información y hasta la recreación–, la respuesta al planteamiento anterior sería afirmativa.

Es decir, que el indeterminado interés superior del niño se configuraría como un límite intrínseco a cualquier otro derecho y su delimitación recaería siempre en manos del juzgador, quien tendría amplia discrecionalidad para fundamentar su decisión constituyéndose todo ello, en definitiva, en una violación al artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al plantearse una restricción de la libertad de expresión por medios indirectos (a saber: la supuesta protección del niño). No creemos necesario ahondar en los riesgos que razonamientos de este tipo presentan para nuestras libertades, derechos y la propia sociedad democrática.

# Dictaduras, libertades públicas y cooperación internacional

Héctor Faúndez Ledesma

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público  
Universidad Central de Venezuela*

**Resumen:** *Mediante leyes que regulan la cooperación internacional, las dictaduras del continente pretenden eliminar las fuentes de financiamiento de las organizaciones de la sociedad civil y acabar con ellas. Por esta vía, se estaría evitando la crítica política, la denuncia de la corrupción, la defensa de los derechos, y la participación del crimen organizado en la vida de la Nación. Mediante estos mecanismos legales, se tendría un firme control de la actividad de las organizaciones de la sociedad civil, exigiendo que éstas proporcionen información detallada sobre sus actividades. Se trata de un instrumento más de persecución política.*

**Palabras Clave:** *Cooperación internacional, dictaduras, democracia, derechos humanos, libertades públicas, libertad de expresión, derechos políticos, sociedad civil, transparencia, injerencia extranjera, asuntos internos, persecución política, control político.*

**Abstract:** *Through the enactment of new laws that regulate international cooperation, the dictatorships of the American continent expect to close the funding sources of civil society organizations. In this way, political debate, as well as the denunciation of corruption, the defense of human rights, and the denunciation of the participation of the organized crime in the life of the Nation will be avoided. Through these legal mechanisms, there will be a stronger control over the activity of civil society organizations, requiring them to provide detailed information of all their activities. The legislation is a new instrument of political persecution.*

**Key words:** *International cooperation, dictatorships, democracy, human rights, civil liberties, freedom of speech, political rights, civil society, transparency, foreign interference, internal affairs, political harassment, political control.*

Cuba, Nicaragua, Venezuela, y otros países latino americanos, han aprobado -o están por aprobar- leyes que regulan los recursos que se pueden percibir, por concepto de cooperación internacional, por parte de las organizaciones de la sociedad civil, así como el destino que se le pueda dar a tales recursos. La intención es, entre otras cosas, cortar el financiamiento a organizaciones que se ocupan de la defensa de los derechos humanos, del acceso a la información pública, de la distribución de ayuda humanitaria, de la protección del medio ambiente, de la investigación y denuncia de casos de corrupción, de la transparencia en los actos de la administración pública, y, en general, de la mejora en las condiciones de vida de la población, dentro de un margen más amplio de libertad.

En todos estos casos, se trata de regular actividades legítimas, cuyo costo no es financiado con recursos del Estado, sino con el aporte de entidades públicas o privadas extranjeras, que tienen sus propios mecanismos de rendición de cuentas. No hay, por lo tanto, la necesidad de velar por la adecuada administración de recursos públicos, como sí la hay en lo que concierne a los recursos que administran los entes del Estado. Son las organizaciones de la



sociedad civil las que, previa la aprobación de los proyectos pertinentes, obtienen esos recursos para la realización de tareas específicas, con fines legítimos, que de ninguna manera constituyen una amenaza para el Estado. En consecuencia, mediante esas leyes, se está coartando las libertades de expresión y de asociación, se está restringiendo el ejercicio de los derechos políticos, y se está erosionando las bases de la democracia.

En Nicaragua, con el pretexto de combatir la injerencia extranjera en asuntos internos, e invocando torcidamente la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el *caso de las Actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua*, la Ley de Regulación de Agentes Extranjeros, con algunas excepciones, califica como tales a cualquier persona u organización que reciba recursos o mantenga vínculos de cooperación internacional con personas naturales, gobiernos o entidades extranjeras. Dichas personas u organizaciones deben inscribirse en un registro de agentes extranjeros, debiendo brindar toda la información que se les requiera, en forma detallada y documentada, incluyendo información previa de cualquier transferencia de fondos que vayan a recibir, así como del uso y destino de esos fondos, y los datos de identificación de las entidades extranjeras que los hayan proporcionado. Los “agentes extranjeros” deben presentar, mensualmente, un informe detallado de sus gastos y actividades. La autoridad competente podrá regular, verificar y supervisar las actividades de los así llamados “agentes extranjeros”. En todo caso, los nicaragüenses que actúen como “agentes extranjeros” deben abstenerse de intervenir en cuestiones o actividades de política interna o externa. Se da por entendido que, para el autor de esta ley, las violaciones de derechos humanos, la participación en el narcotráfico, o los actos de corrupción administrativa, son asuntos internos, ajenos al debate en el que pueden participar los nicaragüenses calificados como “agentes extranjeros”.

La ley nicaragüense permite cancelar la personalidad jurídica de organizaciones de la sociedad civil calificadas como ‘agentes extranjeros’, lo cual ya ha ocurrido con más de medio centenar de organizaciones no gubernamentales. Otras organizaciones, que se han negado a registrarse como agentes extranjeros, han suspendido indefinidamente sus actividades, o están expuestas a la aplicación de sanciones desproporcionadas, que incluyen sanciones penales y multas, que pueden llegar a casi medio millón de dólares. Quienes no se sometan a la ley que comentamos pueden ser acusados como autores de delitos contra la seguridad del Estado. Además, todo lo anterior se ve reforzado por otras disposiciones legales, relativas a “ciberdelitos” o delitos “contra el pueblo”, que, en su conjunto, tienen el efecto de inhibir el debate político, impedir el combate a la corrupción administrativa, y disuadir las denuncias de violaciones de derechos humanos.

Cuba va más lejos con su reciente reforma del Código Penal, en la que se sanciona con penas de entre cuatro y diez años de cárcel a cualquier persona que “apoye, fomite, financie, provea, reciba o tenga en su poder fondos, recursos materiales o financieros” provenientes de organizaciones o instituciones internacionales, y que “puedan” ser utilizados para sufragar actividades “contra el Estado y su orden constitucional”. Así, de un plumazo, se cierra la puerta al financiamiento externo de las organizaciones de la sociedad civil, dedicadas a la promoción y defensa de valores universalmente compartidos, y se crea un nuevo mecanismo para la persecución política. Por supuesto, lo que se protege con esta ley no es “el Estado” cubano, sino una tiranía, que pretende silenciar a toda una nación.

Ahora es el turno de Venezuela, que ha desempolvado un viejo proyecto de Ley de Cooperación Internacional, supuestamente para proporcionar al presidente de la República un marco normativo “que le permita crear los organismos administrativos y financieros necesarios para la ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas, acciones y actividades que se lleven a cabo en materia de cooperación internacional”. O sea, desde la partida, se anuncia que el propósito de esta ley es asegurar que sea el régimen de Maduro el que asuma directa-

mente la gestión de los recursos financieros obtenidos a través de la cooperación internacional. Leyes de esta naturaleza no estimulan la cooperación internacional, sino que la desalientan. Por mucho que sea su empeño en fortalecer el imperio de la ley y el respeto de los derechos humanos, las agencias de cooperación no van a entregarle recursos precisamente a quienes han generado una catástrofe humanitaria, han desmantelado el Estado de Derecho, y están siendo investigados por la comisión de crímenes de lesa humanidad. Nadie va a donar alimentos o medicinas a quien utiliza las bolsas de comida para premiar o castigar a los venezolanos, según su grado de compromiso con la revolución. Nadie, en su sano juicio, va a dar dinero para proteger el medio ambiente a quien ha destruido el arco minero del Orinoco.

El proyecto de ley pendiente de aprobación en Venezuela tiene la particularidad de que restringe la cooperación internacional a lo que -en opinión del legislador- se considera prioritario, en las áreas de cooperación que allí se señala específicamente, relegando lo que pueda ser de interés para la sociedad civil como, por ejemplo, la defensa de los derechos humanos, o la denuncia de la infiltración de grupos criminales en la estructura del Estado. El objetivo de “propiciar la consolidación de gobiernos democráticos, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales” es parte de un discurso retórico, que debe leerse en el contexto de una cooperación internacional controlada enteramente por el Estado, a través del ente que se creará para ese efecto.

Este proyecto de ley parte de la premisa de que la cooperación internacional debe estar “basada en la no intervención en los asuntos” internos de los Estados, lo cual parece legítimo. El problema está en que, para el régimen venezolano, la forma como el Estado trate a sus ciudadanos es uno de esos asuntos de su competencia exclusiva, independientemente de lo que pueda decir el Derecho Internacional o los tratados válidamente suscritos por Venezuela. El problema está en que, para los que mandan en Venezuela (al igual que en Cuba o Nicaragua), el ejercicio de las libertades de expresión y de asociación, así como el ejercicio de los derechos políticos y de los derechos humanos en general, está sujeto a las condiciones y límites que determine el régimen.

Según el proyecto de ley de la Asamblea Nacional de Venezuela, en el ámbito de la cooperación internacional, la política del Estado venezolano busca la construcción de un modelo distinto al neoliberal, que se caracterizaría por “imponer su hegemonía de pensamiento único”. De acuerdo con este proyecto de ley, la herramienta utilizada por las potencias extranjeras para imponer el “pensamiento único” ha sido precisamente la cooperación internacional. Pero, paradójicamente, ha sido el régimen chavista el que ha impuesto en Venezuela la hegemonía comunicacional, tratando de imponer un pensamiento único, e intentando evitar que se difunda información sobre graves violaciones de derechos humanos y sobre casos de corrupción. Con este proyecto de ley, de lo que se trata es de fortalecer “el modelo bolivariano”, con todas sus implicaciones ideológicas, económicas y sociales, y con todo lo que eso supone para la difusión de las fantasías de la propaganda oficial, que ignora el tremendo retroceso experimentado por Venezuela en estos últimos veintitrés años, en todos sus aspectos.

En este proyecto de ley, el Estado asume el deber de regular las actividades de las organizaciones de la sociedad civil -no sólo las ONGs- que tengan participación en actividades relacionadas con la cooperación internacional. Al igual que en Nicaragua, las organizaciones no gubernamentales -venezolanas y extranjeras- que realicen actividades en Venezuela, y que cumplan con los requisitos que indicará un reglamento a dictarse posteriormente, deberán inscribirse en un registro público que se crea para este efecto. Ese registro es una condición necesaria para poder participar en actividades financiadas mediante la cooperación internacional.

Las organizaciones no gubernamentales que operen en Venezuela tendrán la obligación de suministrar a las autoridades competentes, así como a cualquier ciudadano que lo solicite, la información y datos sobre su constitución, estatutos, actividades, especificación detallada de sus fuentes de financiamiento, y administración y destino de sus recursos.

Puesto que éste es un instrumento de control político, no podían faltar las medidas punitivas. El proyecto de ley que comentamos contempla la “prohibición, suspensión, restricción o eliminación definitiva” de todas aquellas organizaciones no gubernamentales que, directa o indirectamente, promuevan o participen en la aplicación de lo que allí se denomina “medidas coercitivas unilaterales” contra Venezuela. Obviamente, todas aquellas organizaciones no gubernamentales que han denunciado violaciones de derechos humanos o la comisión de crímenes de lesa humanidad -que es lo que sirve de fundamento a las sanciones impuestas por los Estados Unidos o la Unión Europea-, han participado “indirectamente” en la adopción de esas sanciones y, por lo tanto, son susceptibles de ser prohibidas, suspendidas (*sine die*), o eliminadas definitivamente. ¡De eso se trata!

Ninguna ley de cooperación internacional ha sido necesaria para encarcelar a centenares de activistas sociales, para impedir la constitución y el registro de asociaciones civiles, o para silenciar a la prensa independiente y a las redes sociales. Sin embargo, con leyes que regulan la actividad y el financiamiento de organizaciones no gubernamentales, que, por definición, no persiguen fines de lucro, se está asegurando que regímenes tiránicos puedan operar en la más absoluta oscuridad, sin ningún control social, saqueando los recursos del Estado, y se busca garantizar la impunidad de crímenes de lesa humanidad. Lo primero, ya está hecho. Esto último, puede que no lo consigan.

# LA NECESIDAD DE REPLANTEAR LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN AMÉRICA LATINA

Carlos Reverón Boulton

*Abogado*

*“Subyacente a la mayoría de los argumentos contra el mercado libre está la falta de confianza en la libertad misma”*

*Milton Friedman*

**Resumen:** *Resulta notorio e innegable que los servicios públicos en América Latina históricamente han sido ineficientes e insatisfactorios para lo que requieren las personas. Frente a ello es indispensable asumir una nueva postura y régimen jurídico de libre intercambio de bienes y servicios, en el que se garantice la libre competencia para así permitir y asegurar la libertad para elegir de los ciudadanos entre diversas opciones adaptadas a sus gustos, preferencias y posibilidades.*

**Palabras Clave:** *Servicio público, exclusividad, libre competencia, iniciativa privada, límites, garantías.*

**Abstract:** *Public services have been undeniably inefficient and unsatisfactory in our continent. In light of this, it is necessary to adopt a new position and legal regime that allows for the free exchange of goods and services, guarantees free competition, and allows the freedom to choose from various options adapted citizens' tastes, preferences, and possibilities.*

**Key words:** *Public services, exclusivity, free competition, private initiative, limits, guarantees.*

## INTRODUCCIÓN

Sabemos que definir lo que ha de entenderse por servicio público no es una tarea fácil de acometer. En todo caso, se trata de una actividad previamente calificada como servicio público, en la que se llevan a cabo determinadas actuaciones materiales con el objeto de satisfacer las diversas necesidades esenciales de los ciudadanos. Esa actividad prestacional no es más que una derivación del contenido del Estado Social y del carácter vicarial de la Administración Pública.

Tradicionalmente se ha entendido por servicio público toda actividad administrativa de carácter prestacional para satisfacer y beneficiar una necesidad general, asumida por el Estado, previa calificación como tal por la ley (*publicatio*). La consecuencia de esa declaratoria es la reserva de la actividad como exclusiva de la Administración Pública, por lo que los particulares solo podrán prestar los servicios considerados como públicos, supervisados por la Administración, de mediar previamente una concesión administrativa, vale decir, que puede ser atendida directamente por ella o por un concesionario siempre regido por un estatuto especial y normas de derecho público.

Desde hace varios años se ha intentado revertir esa tendencia generalizada y por ello se ha planteado lo que ha sido denominado como el *nuevo servicio público*. Ariño y De la Cuétara<sup>1</sup> señalan que las notas comunes del servicio público reservado al Estado son: (i) la titularidad pública sobre la actividad; (ii) concesiones cerradas; (iii) derechos de exclusiva; (iv) obligación de suministro; (v) precios administrativamente fijados; (vi) carácter temporal; y (vii) regulación total de la actividad, de allí que desde 1997 abogaban por la *liberalización* de los servicios públicos, en donde la nota característica sea la libertad de empresa (libertad de entrada previa autorización reglada) con determinadas obligaciones o cargas de servicio universal, es decir, sin que existan reservas de titularidad a favor del Estado.

Las características de esa apertura parcial de los servicios son las siguientes: (i) no calificar como servicio público una actividad o sector, sino solo algunas tareas, de modo que se precise cuáles son las obligaciones o cargas de servicio público universal obligatorio, las que se deben garantizar como una tarea de interés general en cada sector; y (ii) abandonar el concepto de reserva. De ello se desprende que se debe sustituir el régimen cerrado y exclusivo, por un régimen abierto en lo que se refiere a la entrada al sector con la imposición de cargas y obligaciones de servicio a los distintos operadores que se le otorgue la *autorización* para actuar en cada sector. En tal sentido, el Estado solo podría operar cuando sea absolutamente indispensable. En este escenario, los principios de menor intervención y *favor libertatis* no pueden funcionar como un verdadero contrapeso y límite en favor de la inversión privada debido a la intensa *regulación* y actividad de *limitación* de la Administración Pública implícita e intrínseca en esa visión de *liberalización* de los servicios públicos.

Hemos seleccionado como tema a desarrollar la necesidad de replantear la noción de servicio público para permitir el libre intercambio de bienes y servicios bajo un régimen de cooperación humana y libre mercado, pues evidentemente la iniciativa privada es más eficiente e idónea que cualquier otra para atender toda la información dispersa en relación con los gustos y preferencias de las personas, lo que les permitirá *libertad para elegir*. El libre intercambio entre oferentes y demandantes en el mercado implica que todas las transacciones que se lleven a cabo sean estrictamente voluntarias y que quienes se involucren en ellas obtengan un beneficio a cambio, el de los ciudadanos será superior siempre que tengan mayores opciones para elegir entre los recursos siempre escasos.

La libertad para elegir entraña el poder del consumidor para que el mercado se desenvuelva de determinada manera, tienen en cierta forma una enorme influencia y corresponde a los empresarios atender sus diversas demandas. Ello a su vez significa que, al aumentar la producción, necesariamente, aumentarán los salarios y la capacidad del trabajador de ahorrar para satisfacer sus gustos y preferencias, de manera que se trata de una situación ideal pocas veces comprendida. Sobre el mercado es importante tener en cuenta lo expuesto por Peter Boetter y Douglas Rogers:

“Hasta ahora, hemos dejado de lado el verdadero potencial del mercado para autocorregirse. Las ineficiencias actuales son las oportunidades de ganancia del día de mañana. Ignorar este entendimiento básico es equivalente a tener un sesgo a favor del intervencionismo gubernamental.

Los hacedores de políticas estudian la economía como una foto instantánea en el tiempo y determinan si el mercado cumple con sus criterios ideales. En lugar de esto, la economía debería ser vista como un vídeo móvil que se va desplegando en el tiempo. En otras palabras,

<sup>1</sup> Ariño Ortíz, Gaspar y De la Cuétara Martínez, Juan Miguel. “Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones” en *Revista Vasca de Economía* N° 37. Gobierno Vasco, España, 1997, pp. 36-41.

son las condiciones que son menos que las ideales las que ponen en movimiento las acciones de los emprendedores que resuelven problemas y mejoran la situación.

(...)

Ya hemos argüido que los gobiernos no pueden calcular los costos y los beneficios. Los gobiernos también tienen que operar sin el conocimiento del tiempo y el lugar proporcionado por los precios de mercado y la disciplina de ganancias y pérdidas. A un nivel fundamental, la intervención en las políticas en el sitio de mercado está buscando en la oscuridad. Asimismo, hemos referido de pasada el papel que juegan los grupos de interés especial que ejercen presión sobre la toma de decisiones en la política”<sup>2</sup>.

Recuérdese que bajo un sistema de economía libre, los mercados promueven la eficiencia y el valor. Los precios reflejan la opinión libre y racional de las personas sobre el valor subjetivo de los distintos productos, vale decir, se basan en gustos y preferencias y constituyen señales para la iniciativa privada sobre qué y cómo producir. Los mercados incentivan a los proveedores a buscar los procesos más eficientes para ofrecer el mayor valor posible a los clientes atendiendo a sus reales demandas. Todo ello *debe* suceder sin una intervención estatal, se trata de un proceso libre entre comerciantes y consumidores.

Lo anterior nos obliga a repensar el rol (y tamaño) del Estado, muy especialmente en lo que se refiere a la noción de servicio público, con la intención de profundizar la necesaria discusión sobre esa actividad, esto es, revertir el exacerbado carácter intervencionista del Estado (como nota característica y esencial del *iliberal* Estado Social), despublicar, desregularizar y fomentar la iniciativa privada, para así garantizar el intercambio voluntario de bienes y servicios y promover verdaderamente el libre mercado y la libertad de empresa, esto es, abandonar de manera definitiva la noción anacrónica y tradicional de servicio público para favorecer, proteger y promover de manera primordial la más organizada y eficiente empresa privada en la prestación de servicios y oferta de bienes (sometidos esencialmente a las reglas del libre mercado), lo que redundará en beneficio de los ciudadanos.

El mercado libre y el crecimiento económico en realidad supone un Estado limitado, mínimo y que no interfiera la función empresarial para alcanzar la mayor eficiencia en un ambiente competitivo, de manera que el Estado debe abstenerse de interferir en ese proceso de cooperación humana, por ello Rallo señala que la intervención del Estado en el sector empresarial puede dividirse en “...dos grandes grupos esquizofrénicos entre sí: por un lado, el Estado dice garantizar la competencia en todos los sectores evitando la formación de “monopolios” u “oligopolios”; por otro, ese mismo Estado limita la competencia en muchos ámbitos mediante la concesión de licencias. Ninguna de estas dos intervenciones está en absoluto justificada”<sup>3</sup>.

La idea central de esta investigación es expuesta por José Ignacio Hernández del modo que sigue:

“Otra de las críticas del concepto tradicional de servicio público es que, de manera irreflexiva, se asume que los bienes y servicios considerados servicios públicos no pueden ser libremente intercambiados a través de mecanismos de mercado, sino que, por el contrario, deben quedar sometidos a mecanismos de intercambio regidos por la Administración Pública a través del “régimen exorbitante”.

<sup>2</sup> Boetter, Peter y Rogers, Douglas. “Por qué fracasan los gobiernos” en *Ideas sobre Libertad: Guía de iniciación*. Adam Smith Institute y Cedice Libertad, p. 47 y 48. Disponible en: <https://libreria-cedice.org/ve/wp-content/uploads/2019/06/Ideas-sobre-la-libertad.-Gu%2525C3%2525ADa-de-iniciaci%2525C3%2525B3n.pdf>

<sup>3</sup> Rallo, Juan Ramón. *Una Revolución Liberal para España*. Deusto, Barcelona, 2014, p. 140.

Esta consecuencia ignora que el mecanismo de mercado permite la asignación eficiente de recursos y que, por ello, en *condiciones determinadas*, la eficiencia se alcanza a través del libre intercambio de bienes y servicios. Esto quiere decir que, bajo esas condiciones, el intercambio de bienes y servicios tiende al *equilibrio competitivo*, generándose así condiciones de eficiencia” (énfasis del autor)<sup>4</sup>.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, conviene repasar algunos límites relacionados con la intervención del Estado en la economía de manera directa (prestacional) o indirecta (limitación), para así asegurar las libertades y derechos económicos de libertad de empresa y libre mercado (los cuales constituyen límites en sí mismos). En nuestra región el constante fracaso e ineficacia de los servicios públicos es inocultable, de ahí la imperiosa necesidad de replantear y abandonar la tradicional noción en atención a los principios (límites y garantías) que se desarrollarán de seguidas.

## I. PRINCIPALES LÍMITES A LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

Los límites que a continuación se estudiarán están íntimamente vinculados con la promoción definitiva de la iniciativa privada, en lugar de la Administración, en la prestación de servicios en un régimen de libre competencia como única vía de atender de manera eficiente los diversos gustos, preferencias y posibilidades de los ciudadanos.

### 1. Principio de subsidiariedad

José Araujo-Juárez afirma que este principio alude al grado de intervención y protagonismo del Estado en la vida económica y social de un país y que a partir de él no es lícito quitar a los individuos lo que ellos pueden realizar a través de su iniciativa<sup>5</sup>.

Hoy en día es difícil encontrar a una persona que conciba que la actividad del Estado deba limitarse a tareas esenciales: un *Estado mínimo*, tal y como ha sido analizado de manera detallada por Rallo, para quien el Estado con base en el principio de subsidiariedad debería abstenerse de toda participación, por ello señala que “...conviene recordar que la intervención del Estado solo podría llegar a quedar justificada para aquellos ámbitos donde el libre mercado fuera incapaz de llegar, pero no para todos los restantes: es lo que se conoce como “principio de subsidiariedad” por desgracia, los Estados modernos no tienden a actuar de manera subsidiaria con respecto al mercado, sino de manera prioritaria”<sup>6</sup>.

Ana Cristina Núñez señala que acorde con este principio se determina el ámbito de intervención directa del Estado en la economía como *ultima ratio*, lo cual supone un límite de que el Estado participe con sus empresas públicas con el objeto de que exista una verdadera situación de libre competencia, que resultaría prácticamente imposible en aquellas actividades en que interviene el Estado empresario en virtud de sus privilegios y prerrogativas, por lo

<sup>4</sup> Hernández G., José Ignacio. “El derecho de acceso a los servicios públicos, el Estado fallido y la responsabilidad de la Administración. El caso de la emergencia humanitaria compleja en Venezuela” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 16. Universidad Monteávila, Caracas, 2020, p. 525. Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2020/03/José-Ignacio-Hernández-G.-El-derecho-de-acceso-a-los-servicios-públicos-el-Estado-fallido-y-la-responsabilidad-de-la-Administración.-El-caso-de-la-emergencia-humanitaria-compleja-en-Venezuela.pdf>

<sup>5</sup> Araujo-Juárez, José. *Manual de Derecho de los Servicios Públicos*. Vadell Hermanos, Valencia, 2003, p. 81.

<sup>6</sup> Rallo, Juan Ramón. *Ob. Cit.*, p. 18.



que este principio limita esa actividad solo en aquellos casos en que no exista iniciativa privada o sea insuficiente<sup>7</sup>. Insistimos, siempre y cuando el Estado haya agotado *legalmente* todo su esfuerzo para que los ciudadanos asuman tales actividades, puesto que se debe siempre procurar que sean los particulares los que asuman las actividades de prestación de servicios, es la situación indudablemente más ideal y -especialmente- eficiente y competitiva.

Obsérvese entonces que ese principio tiene una aplicación positiva y otra negativa. La aplicación negativa se refiere a la prohibición del Estado de participar en el desarrollo de actividades empresariales en aquellas áreas de la economía en el que los particulares operen adecuadamente; mientras que la aplicación positiva supone la actuación de la actividad empresarial del Estado *únicamente* en aquellos rubros en el que la satisfacción de la demanda de bienes o servicios sea necesaria por no estar siendo satisfecha por la iniciativa privada, bien porque no puedan o simplemente porque no quieran hacerlo.

Para que el Estado pueda actuar de forma subsidiaria deben mediar los siguientes supuestos: (i) que se trate de actividades, fines o bienes particulares claramente convenientes para el *bien común general*; (ii) que los particulares no estén logrando en un nivel adecuado dichos fines o bienes particulares, o no exista en dicha área presencia alguna de iniciativa privada que se haya propuesto alcanzar dichos fines; y (iii) que el Estado haya agotado legalmente todo su esfuerzo para que los particulares asuman tales actividades. Solo la ley debe autorizar la actividad empresarial del Estado cuando la realidad así lo exija bajo el supuesto de subsidiariedad.

Si se lee con detenimiento el artículo 19.21 de la Constitución chilena de 1980, utilizado como ejemplo de la consagración normativa de este principio, en ningún caso hace mención a la palabra subsidiariedad, solo se refiere a la necesidad de que las empresas estatales sean creadas por ley. En efecto, esa norma contempla lo siguiente: “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

Ejemplo contrario a lo anterior en el que sí se usa el término subsidiariedad y las condiciones que permitirán la intervención directa del Estado lo constituye el artículo 60 de la Constitución del Perú, el cual establece lo siguiente: “Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública recibe el mismo tratamiento legal”.

Insistimos en la necesidad de restar el exacerbado carácter intervencionista del Estado como nota característica del *iliberal* Estado Social que predomina en Americana Latina para así revertir de manera definitiva el notorio fracaso de los servicios públicos que tanto afecta la vida de los ciudadanos, quienes, definitivamente, merecen más. Por ello, no dudamos en afirmar que siempre se le debe dar primacía a la iniciativa privada por su eficiencia y capacidad de comprender más rápido y efectivamente toda la información dispersa en relación con los gustos, preferencias y posibilidades de las personas.

---

<sup>7</sup> Núñez Machado, Ana Cristina. “Los 26 nuevos Decretos-Leyes y los principios que regulan la intervención del Estado en la actividad económica de los particulares” en *Revista de Derecho Público* N° 115. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008, p. 201.

Insólitamente, la Sala Constitucional en las decisiones N° 1626 del 11 de agosto de 2006 (caso: *U.N.T*) y N° 1502 del 4 de agosto de 2006 (caso: *Administradora Unique IDC, C.A.*), afirmó que en Venezuela "...el Estado tiene un rol subsidiario en el desarrollo económico del país", lo cual es un auténtico sin sentido, tomando en consideración que el artículo 299 de la Constitución consagra el principio de coactividad y que en ningún lugar del Texto Fundamental se hace alusión a la subsidiariedad, por lo que como bien afirma Víctor Hernández-Mendible, resulta asombroso "...justo en una época en la cual el gobierno sin ningún respeto a los derechos y libertades económicos reconocidos en la Constitución, pero inspirado de manera confesa en el régimen de estado comunista, antidemocrático y por ende carente de mínimo anclaje en la Constitución, desarrolla políticas dirigidas a establecer un modelo de intervención centralista y de economía absolutamente planificada y rígida, con total dirección de la actividad privada y supresión de la libre iniciativa, con controles de precios, controles en el mercado cambiario, estatizaciones de empresas, expropiaciones de unos bienes o confiscaciones de otros y nacionalizaciones de servicios públicos"<sup>8</sup>.

Un resumen de la idea central de la subsidiariedad la encontramos en José Ignacio Hernández, para quien: "la clave de nuestra propuesta reside en el principio de **subsidiariedad**, cuyo fundamento constitucional es la primacía de la sociedad civil sobre el Estado: éste no puede asumir las actividades que la sociedad libre y organizada puede atender. Por el contrario, solo cuando la sociedad no puede atender determinada actividad considerada de interés general –en especial por su conexión con derechos humanos– entonces, el Estado asumirá la **garantía de suministro** de esa actividad a través de la Administración Económica" (destacado del autor)<sup>9</sup>.

El principio de subsidiariedad como límite efectivo no solo garantiza servicios públicos de calidad, significa también una baja de la carga impositiva y concretamente permite la libertad para elegir entre diversas opciones como sinónimo de satisfacción de las preferencias individuales de los ciudadanos. Atender las necesidades de las personas no tiene por qué implicar que el Estado deba asumir actividades económicas de manera directa y desconociendo principios y libertades de los particulares.

#### A. *Alianzas Público-Privadas en el contexto de la subsidiariedad*

Creemos que es importante que cuando la Administración *tenga* que actuar conforme al principio de subsidiariedad lo haga atendiendo a las Alianzas Público-Privadas, las cuales son fórmulas asociativas entre el sector público y privado. Concretamente, se trata de una particular y muy necesaria alternativa para apoyar ejecuciones presupuestarias de la Administración y así lograr el grado de eficiencia deseable en la ejecución de proyectos de alto coste financiero. La participación del sector privado tiene un sentido clave, cual es, contar con su visión y experiencia en lo que se refiere a una gestión de máxima rentabilidad de los recursos económicos para lograr la ejecución más técnica e innovadora de la actividad que se pretenda desarrollar.

De manera particular, el Banco Mundial define a estas alianzas como "un acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público son suministrados por el sector privado, bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública".

<sup>8</sup> Hernández-Mendible, Víctor. "El principio de subsidiariedad en el estado de derecho y en el modelo económico venezolano" en *Revista de Derecho Público* N° 131. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, p. 38.

<sup>9</sup> Hernández G., José Ignacio. "El derecho de acceso a los servicios públicos, el Estado fallido y la responsabilidad de la Administración. El caso de la emergencia humanitaria compleja en Venezuela" *Ob. Cit.*, p. 528.

Pensamos que esa definición no atiende al verdadero sentido de ese mecanismo de colaboración, ya que se puede decir que estas alianzas persiguen que ambas partes logren sus propios objetivos. Por una parte, el sector público busca alcanzar el desarrollo y cumplimiento de sus políticas públicas; mientras que el sector privado logrará la obtención del lucro deseado por su participación, esfuerzo e ingenio técnico.

Las Alianzas Público-Privadas se convierten así en un novedoso instrumento que de ser diseñadas en entornos regulatorios correctamente delimitados aportan una solución diferente en lo que se refiere a la ejecución de proyectos de infraestructura y en la actividad prestacional de la Administración. Un ejemplo de ello constituye la Ley No. 47-20 de Alianzas Público-Privadas dictada en República Dominicana en 2020.

Estas Alianzas se han multiplicado notablemente en los últimos años y se pueden observar en la consecución de fines tan diversos como la construcción de carreteras, puentes, aeropuertos, puertos marítimos; en la prestación de servicios de agua, electricidad, gas o en el sector de telecomunicaciones e incluso en la gestión de hospitales, centros educativos y más.

En la Comunidad Autónoma de Madrid se han ensayado con éxito las Alianzas Público-Privadas en el sector salud, esa “colaboración”, lejos de afectar a las personas, los han beneficiado con una incidencia menor en el presupuesto y, por ende, con una menor tributación. Esperanza Aguirre (expresidenta de la Comunidad de Madrid) impulsó estos proyectos y los resultados positivos están a la vista de todos, por ello afirma lo siguiente:

“...incorporando la gestión privada a los hospitales de titularidad pública pudimos ampliar la atención sanitaria con hospitales que ofrecen una atención excelente con un coste más bajo”

(...)

En política a veces tienes que adoptar compromisos para avanzar en la dirección correcta. Por eso, los primeros hospitales que hice (Aranjuez, Arganda, Parla...) fueron desarrollados, financiados y construidos por el sector privado, que, a cambio, recibía la gestión a largo plazo de todo lo que no era estrictamente sanitario. Más adelante, cuando quedó claro que la colaboración público-privada arrojaba buenos resultados, aposté directamente por desarrollar hospitales públicos de gestión enteramente privada. Ese régimen es el que hoy rige el funcionamiento de la Fundación Jiménez Díaz y de los hospitales de Móstoles, Torrejón, Valdemoro y Villalba<sup>10</sup>.

Las Alianzas Público-Privadas se adoptan a través de contratos en los que se deben establecer una distribución de riesgos entre el sector público y privado, asignando éstos a aquel con mayor capacidad para administrarlos al menor costo posible. La clave para el éxito de estas Alianzas están en la confianza y seguridad jurídica, de manera que ello constituya en un real incentivo para el sector privado. Aquí tienen especial relevancia los principios de buena fe, igualdad entre los oferentes, libre competencia, transparencia y rendición de cuentas.

## 2. Principio de menor intervención

La Administración debe siempre actuar sobre la libertad económica a través de la técnica menos restrictiva. La intervención indirecta del Estado en la economía es un tema sumamente aceptado sobre la base de un concepto jurídico indeterminado: el interés general, de manera que ante esa indeterminación y los poderes con los que cuenta la Administración para intervenir es necesario que siempre esté limitado y reducido al mínimo, que sea tempo-

<sup>10</sup> Sánchez de la Cruz, Diego. *Liberalismo a la Madrileña*. Deusto, Barcelona, 2021, p. 424.

Los datos específicos sobre esa gestión sanitaria en la Comunidad de Madrid pueden observarse en las páginas 257-284 de esa obra.

ral, excepcional y que la libertad y el mercado competitivo y desregulado sea la regla, de ahí que la menor intervención sea una garantía tan necesaria para la libertad, pues como afirma José Ignacio Hernández, el “*principio de menor intervención*, conforme al cual la Administración Pública debe adoptar la técnica de intervención menos lesiva a la libertad general del ciudadano” (destacado del autor)<sup>11</sup>. Así pues, no queda duda que el acento deberá estar en la libertad como regla general y ese es el derecho tutelado por este principio.

Esa intervención debe ser mínima o prácticamente inexistente debido a que “De hecho, todas las formas de regulación gubernamental de los negocios penalizan a los competidores eficientes y conceden privilegios monopolísticos a los ineficientes”<sup>12</sup>. Así, las órdenes económicas siempre van a afectar el mercado en detrimento de todos los operadores. Las regulaciones económicas en lugar de favorecer al ciudadano crean más alteración, ya que: “Se trata de que la economía del libre mercado forma una especie de *orden* natural, de forma que cualquier irrupción intervencionista crea, no solamente desorden, sino además la necesidad de derogarla o de acumular desorden al tratar de combatirla” (destacado del autor)<sup>13</sup>.

Las órdenes coactivas del Estado sobre la economía derivan en un colectivismo, debido a la planificación centralizada, en el que incluyen la expropiación y expoliación de la propiedad privada como signo distintivo de ese sistema, ya que “Cualquier aumento de la propiedad o control del gobierno es, por tanto, “socialista” o “colectivista”, porque es una intervención coercitiva que lleva a la economía un paso más cerca del socialismo completo”<sup>14</sup>.

Mises nos recuerda que la intervención económica siempre va a consistir en una orden por quien detenta el poder para obligar a los empresarios a explotar determinados factores de producción de una forma distinta a lo que lo hubiesen hecho de no existir un dirigismo económico, síntoma del intervencionismo en el que se interfiere la vida mercantil con mandatos y prohibiciones. La autoridad es quien decide cómo y cuándo intervenir, según lo que considere oportuno y para los fines que considere, según su criterio, para conseguir lo bueno o evitar lo malo, lo que desemboca siempre en una planificación totalitaria<sup>15</sup>, de manera que, agregamos nosotros, la intervención debe ser mínima, temporal, excepcional, justificada en criterios *objetivos* económicos auditables y solo cuando sea necesario e indispensable para que un mercado pueda operar eficazmente.

Para Hayek, el correcto funcionamiento del mercado y de la competencia depende de un sistema legal dirigido a preservar la competencia y a lograr que esta opere de la manera más beneficiosa, el cual debe ser inteligentemente trazado y ajustado continuamente para su buen funcionamiento, la prevención del fraude y el abuso, de manera que afirma que su crítica contra la intervención y la planificación está dirigida a los casos en que la planificación tiene como objeto sustituir la competencia. Para ese autor, los sistemas colectivistas difieren del liberalismo en el sentido de que los primeros pretenden dirigir todas las actividades de acuerdo con un solo plan<sup>16</sup>, de ahí que, agregamos nosotros, la única forma de evitar el totalitaris-

<sup>11</sup> Hernández G., José Ignacio. “El derecho de acceso a los servicios públicos, el Estado fallido y la responsabilidad de la Administración. El caso de la emergencia humanitaria compleja en Venezuela” *Ob. Cit.*, p. 529.

<sup>12</sup> Rothbard, Murray. *Poder y Mercado*. EspapDF, 2014, p. 269.

<sup>13</sup> Rothbard, Murray. *Ob. Cit.*, p. 1061 y 1062.

<sup>14</sup> Rothbard, Murray. *Ob. Cit.*, p. 756.

<sup>15</sup> Mises, Ludwig. *La Acción Humana*. Unión Editorial, Madrid, 2016, p. 1042 y 1049.

<sup>16</sup> Hayek, Friedrich. *Camino de Servidumbre*. pp. 71-97. Disponible en: <https://www.elcato.org/sites/default/files/camino-de-servidumbre-libro-electronico.pdf>

mo es solo aceptar la dirección de la economía en casos muy excepcionales y para complementar el buen funcionamiento del mercado, no para sustituir y distorsionar la función empresarial.

El mercado y la libre empresa en sí mismos constituyen el mejor método de organización económica, por lo general la planificación del Estado en la economía desincentiva la inversión y la mejor utilización de los recursos siempre escasos para mejorar y elevar la calidad de vida de las personas. La cooperación humana es el método más idóneo para articular el fin último de enriquecer a la sociedad en su conjunto. El sistema de precios es más eficaz en la determinación del crecimiento económico que la intervención planificada del Estado en la vida económica.

Es necesario permitir que las personas cooperen unas con otras para el intercambio de bienes y servicios, lo que en definitiva constituye la actividad empresarial, y que de no existir ninguna coerción de una dirección central es posible que la economía funcione a través de un sistema de precios. “Los precios cumplen tres funciones al organizar la actividad económica: primero, transmiten la información, segundo, proporcionan un incentivo para adoptar aquellos métodos de producción que son menos costosos y, por consiguiente, utilizar los recursos disponibles para los propósitos más altamente valorados; tercero, determinan quién consigue cuánto del producto”<sup>17</sup>. Esto último es lo que se ve interrumpido a través de la intervención coactiva del Estado en la actividad económica, pues resulta imposible que se obtenga la información dispersa producto de esos intercambios para en definitiva poder determinar qué y cómo producir, lo que conlleva a la escasez o, en el caso de los servicios públicos, a la ineficiencia.

Recuérdese que para el sector privado es el sistema de precios el que dicta como dirigir su actividad, mientras que el Estado, no se guía por esas “señales” y puede asignar recursos de manera ineficiente a tareas y sectores que no requieren o no demandan inversión por ser innecesario para las reales demandas del ciudadano, todo ello a costa del dinero de los contribuyentes.

Insistimos, la arbitrariedad que se produce debido a la intención de dirigir la economía de manera centralizada es una consecuencia de la imposibilidad del cálculo económico de los precios, que no dependerán del libre mercado o de la función empresarial que tiene por base a la propiedad privada, lo que generará una *descoordinación* que usualmente como señala Huerta de Soto “(...) se utiliza como un *pretexto* para justificar ulteriores dosis de socialismo, es decir, de agresión institucional en nuevas áreas de la vida en sociedad o con un nivel de profundidad y de control aún mayor”<sup>18</sup>. Para ese autor el socialismo es “todo sistema organizado de agresión institucional contra la función empresarial y la acción humana”<sup>19</sup>.

La descentralización política y económica entraña como consecuencia un mercado más ordenado y eficiente para la creación de capital a través de bienes y servicios que en última instancia aceleran el desarrollo y la riqueza de toda la ciudadanía gracias a que se facilita el rendimiento económico en ausencia de economías intensamente reguladas. Las medidas gubernamentales no deben estar dirigidas a controlar la vida económica sino a garantizar la *igualdad ante la ley* y el respeto irrestricto de la propiedad privada.

<sup>17</sup> Friedman, Milton. y Friedman, Rose. *Libre para Elegir*. p. 14. Disponible en: <https://comunidad.udistrital.edu.co/jruiz/files/2018/10/MILTON-FRIEDMAN-LIBERTAD-DE-ELEGIR.pdf>

<sup>18</sup> Huerta de Soto, Jesús. *Socialismo, Cálculo Económico y Empresarialidad*. Unión Editorial, Madrid, 2002, p. 112.

<sup>19</sup> Huerta de Soto, Jesús. *Ob. Cit.*, p. 150.

### A. *Principio favor libertatis*

De acuerdo a este principio, en aquellos casos en los que la Administración cuente con diversas vías para actuar, deberá elegir la alternativa que sea más favorable para el particular. Se trata siempre de que la libertad no se vea afectada. Rafael Badell<sup>20</sup> indica que este principio constituye una regla de interpretación conforme a la cual las libertades ciudadanas que no están restringidas deben considerarse permitidas. A partir de ello, los derechos fundamentales deben interpretarse de tal manera que su contenido pueda ser realmente efectivo; mientras que las limitaciones al régimen de libertades deben interpretarse de forma restrictiva.

Sagües, citado por Badell señala que conforme a este principio debe interpretarse en un doble sentido, a saber: (i) las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos fundamentales no deberán ser interpretadas extensivamente, sino, siempre de modo restrictivo; y (ii) su correlato, es decir, que el operador deba interpretar la norma de manera que mejor optimice su ejercicio, pues cada disposición constitucional, como señala Haberle, “está dirigida a la realidad” y, en ese sentido, “está solícita de una interpretación orientada a la efectividad, a la vigencia práctica, material”. Badell también indica que este principio implica que en aquellos casos en que se encuentren en conflicto las libertades individuales y las habilitaciones estatales para intervenir en la esfera jurídica de los ciudadanos siempre deberán prevalecer tales libertades.

Lo que se persigue es afectar mínimamente los derechos fundamentales (especialmente respetar su núcleo esencial para así no desnaturalizarlos) y garantizar que no se interfiera en la libertad económica. Esto último tiene especial relevancia luego de que se despubliquen las actividades asumidas con carácter exclusivo por la Administración Pública. Resulta evidente que esa exclusividad no permite el ejercicio de la libertad de empresa y por ello es tan necesario insistir en la necesidad de que el acento se ponga en la libertad y no en la prohibición.

### 3. *Otros principios y garantías*

A continuación, repasaremos garantías formales en favor de la iniciativa privada. Nótese que estos principios deben ser especialmente atendidos en relación con la actividad de limitación que la Administración Pública asuma por ley, al exigirse cargas o restricciones, independientemente del fundamento que se alegue, a quienes decidan asumir, a través de su riesgo y valiéndose de su propiedad, habilidades, esfuerzo e ingenio, las tareas que la Administración deje de realizar una vez que se abandone el concepto anacrónico (tradicional) de servicio público que aún predomina en nuestro continente.

#### A. *Propiedad privada*

Herrera señala que la Administración debería alejarse de la visión paternalista propia del Estado Social y la supuesta garantía de la procura existencial que es un instrumento para la demagogia y el control de los ciudadanos, por lo que más bien se debería “...brindar a éstos igualdad de oportunidades y seguridad jurídica para que sean ellos los que fijen sus propios límites y en libertad asuman el rumbo de su propia vida, limitando al mismo tiempo todo uso abusivo de esa misma libertad por parte de aquellos con más poder de acción”<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Badell Madrid, Rafael. *Intervención del Estado en la Economía*. Disponible en: [http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2015/BolACPS\\_2015\\_154\\_437-546.pdf](http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2015/BolACPS_2015_154_437-546.pdf)

<sup>21</sup> Herrera Orellana, Luis Alfonso. “Derecho Administrativo y libertad: o de ¿por qué el Derecho Administrativo Venezolano no ha respetado ni promovido la libertad?”, en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 2. Universidad Monteávila, Caracas 2014, p. 86.

Propiedad privada es sinónimo de libertad, tal y como ha afirmado José Ignacio Hernández “la propiedad privada debe ser analizada, en este sentido, como una manifestación de la libertad general del ciudadano. Esto quiere decir que el fundamento de la propiedad privada es la libertad del ciudadano: sin libertad no hay propiedad, y sin propiedad no hay libertad”<sup>22</sup>. Respecto a este papel trascendental de la propiedad privada, en favor de la libertad y prosperidad, Eugenio Guerrero y Luis Alfonso Herrera Orellana afirman que es “...una institución fundamental para el desarrollo económico y social, en libertad...”<sup>23</sup> y agregan que “Atentar contra este derecho es, simplemente atentar contra la dignidad y la libertad del individuo”<sup>24</sup>.

Coincidimos con Andrea Rondón<sup>25</sup> en que la propiedad privada es un elemento esencial del Estado de Derecho, puesto que sin propietarios no hay ciudadanos autónomos y que de abolirse la propiedad privada significaría la aniquilación absoluta del Estado de Derecho. Así, esa institución para garantizar la libertad depende de la propiedad, por ello es una parte sustancial de él, cuya importancia radica en que ha generado inclusión, prosperidad y libertades públicas. Recuérdese siempre que la propiedad privada garantiza la separación efectiva entre el poder político y poder económico. Eugenio Guerrero y Luis Alfonso Herrera Orellana<sup>26</sup> insisten en la idea de que la división del Poder debe incluir la necesaria separación entre poder político y económico para evitar así el absolutismo económico que caracteriza a los despotismos políticos, lo cual, agregamos nosotros, solo es posible a través del respeto irrestricto de la propiedad privada.

No resulta baladí señalar que actualmente los regímenes totalitarios no suprimen formalmente la libertad o la propiedad privada, pero la mejor forma de aniquilar ambos derechos es limitando excesivamente la libertad económica o a través de la expropiación como mecanismo para no permitir el desarrollo de las libertades individuales. Además, la propiedad privada es el pilar fundamental de un sistema de economía de mercado, pues tal y como reconoce Mises “el mercado en su ausencia se desvanece”<sup>27</sup>. La propiedad privada es un poderoso incentivo para incrementar y asignar correctamente la producción.

En el Derecho Administrativo usualmente se explica la libertad de empresa de manera aislada, lamentablemente no suele abordarse a partir del derecho de propiedad como núcleo indivisible de esa libertad, es decir, se trata de dos facetas interdependientes entre sí, sin la cual es imposible que un individuo pueda progresar de acuerdo al proyecto de vida que se proponga. En efecto, Castro y Maqueda<sup>28</sup> afirman acertadamente que la libertad económica

---

Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2014/10/DERECHO-ADMINISTRATIVO-Y-LIBERTAD.pdf>

<sup>22</sup> Hernández G. José Ignacio. “Breve nota sobre la propiedad privada de las viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela”, en *Revista de Derecho Público* N° 145-146, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, p. 117.

<sup>23</sup> Guerrero, Eugenio y Herrera Orellana, Luis Alfonso. *La Cultura Política del Fracaso*. Editorial Galipán, Caracas, 2018, p. 189.

<sup>24</sup> Guerrero, Eugenio y Herrera Orellana, Luis Alfonso. *Ob. Cit.*, p. 400.

<sup>25</sup> Rondón García, Andrea. “La libertad de empresa en Chile. Un ejemplo de desarrollo en el continente”, en *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 189-232.

<sup>26</sup> Guerrero, Eugenio y Herrera Orellana, Luis Alfonso. *Ob. Cit.*, p. 202.

<sup>27</sup> Mises, Ludwig. *Ob. Cit.*, p. 991.

<sup>28</sup> Castro, Santiago y Maqueda, Santiago. *El Derecho de Propiedad Privada y Libertad Económica*. Disponible en: <https://www.researchgate.net/profile/Santiago-Castro-Videla/publication/13247704>



implica que sin coacción se pueden ejercer los distintos atributos del derecho de propiedad que se es titular, se trata de la faz estática y dinámica del mismo fenómeno jurídico de adquisición, uso, goce y disposición de los derechos de propiedad que ostenta una persona y que carece de sentido ser titular de ese derecho sin poder ejercer las facultades que otorga a través de la libertad económica.

En contraposición a lo que ha sucedido en nuestro continente "...cuanto más protegido sea el derecho de propiedad privada y libertad económica más orden, paz social y riqueza existirá en una sociedad. En efecto, la propiedad privada y libertad económica permiten la formación de los precios y, por ende, el cálculo económico empresarial; esto a su vez permite el ahorro -entendido como la postergación de un bien presente en aras de un mayor bien futuro- que a su vez facilita los distintos proyectos de inversión; y son esos proyectos de inversión los que generan más bienes de producción y de consumo, lo que incrementa la productividad marginal, los salarios reales y el poder adquisitivo del dinero y, por ende, genera una tendencia general a disminuir la escasez y la pobreza"<sup>29</sup>, de ahí que los límites y principios estudiados aquí deben ser estrictamente observados para evitar la coacción institucional, el intervencionismo, la arbitrariedad y escasez que se deriva de todo colectivismo.

La propiedad privada y la libertad de empresa son facetas de un mismo fenómeno puesto que esto último solo se puede llevar a cabo si se utiliza la propiedad privada o transformándola para que con el ingenio, el esfuerzo y demás atributos se pueda llevar a cabo la actividad lucrativa de nuestra preferencia. Lo anterior es reconocido por José Ignacio Hernández, quien al referirse a la ausencia de títulos de propiedad a los beneficiarios de la Misión Vivienda en Venezuela (programa social de *adjudicación* de viviendas) señala lo siguiente: "pareciera así que para la Sala es inconstitucional que las familias aspiren a salir de la pobreza empleando para ello la vivienda que le ha sido asignada y su propio emprendimiento"<sup>30</sup>. No se puede pensar en propiedad, iniciativa privada y omitir, además, la importancia del libre mercado y la libre competencia.

La libre competencia es un principio económico basado en la ley de la oferta y la demanda que regulan por sí solos el mercado, es decir, "...significa un proceso dinámico de rivalidad entre empresarios que, más que vender a precios dados, lo que hacen continuamente es tomar decisiones y emprender nuevas acciones en intercambios que generan y crean nueva información que se plasma o materializa constantemente en nuevos precios de mercado"<sup>31</sup>.

Particularmente la libre competencia se produce cuando la iniciativa privada, en conjunción con esos indicativos económicos, determinan la situación de equilibrio en el mercado. Concretamente es una situación en donde cualquier persona o empresa es libre de participar en una determinada actividad económica, sin que se deban exigir permisos previos u requisitos y que generalmente se establecen a través de la ley afectando la libertad en una supuesta protección del mercado.

El libre mercado no exige que el Estado actúe como agente económico o como un regulador de éste a través de órdenes o subvenciones. Al contrario, el mercado se beneficia en

---

24 [El derecho de propiedad privada y libertad económica/links/5fbea996a6fdcc6cc668e612/El-derecho-de-propiedad-privada-y-libertad-economica.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.derecho-publico.com/El-derecho-de-propiedad-privada-y-libertad-economica.pdf?origin=publication_detail)

<sup>29</sup> Castro, Santiago y Maqueda, Santiago. *Ob. Cit.*, p. 93.

<sup>30</sup> Hernández G. José Ignacio. "Breve nota sobre la propiedad privada de las viviendas de la Gran Misión Vivienda Venezuela", en *Revista de Derecho Público N° 145-146*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, p. 118

<sup>31</sup> Huerta de Soto, Jesús. *Ob. Cit.*, p. 190.

favor de los individuos y en última instancia de progreso económico colectivo si el Estado se abstiene de participar por cualquier vía en él. Lo que concretamente señala Rallo en relación a este punto es lo siguiente:

“En el fondo, las condiciones que favorecen que las empresas prosperen y se desarrollen en una economía libre son bastantes simples y no tienen nada que ver con las subvenciones y los privilegios estatales: seguridad jurídica que garantice la propiedad privada y el cumplimiento de los contratos; pocas regulaciones que permitan un alto grado de flexibilidad y autonomía a la hora de desarrollar los planes de negocio; abundancia de ahorro y de capitales para poder financiar las nuevas ideas empresariales; bajos impuestos que no arrebaten a accionistas y empresarios la riqueza que están generando; amplitud de mercados en los que comercializar sus mercancías...”<sup>32</sup>.

Cónsono con lo anterior, para finalizar este apartado, Antonio Canova<sup>33</sup> afirma que de no desconocerse las garantías de la propiedad privada y de los derechos económicos existirá un incentivo adecuado para superar la pobreza, pues mientras más personas estén en capacidad de generar riquezas, aumentará la calidad de vida de ellos mismos, lo que en definitiva terminará significando el crecimiento económico sostenido de toda la sociedad en su conjunto, de ahí la importancia de garantizar y favorecer la propiedad privada y la libertad de empresa.

#### B. *Reserva legal*

La potestad normativa de la Administración económica se traduce en la competencia atribuida por el Poder Legislativo para establecer “reglas” reguladoras de la actividad económica, por lo que solo el legislador puede regular materias relacionadas con derechos y garantías constitucionales y nunca a través de la técnica de *legislación delegada*.

Tradicionalmente se ha asumido que la libertad económica no se establece como absoluta, sino que está sometida a las limitaciones previstas en la Constitución y la ley<sup>34</sup>. Estableciéndose por tanto una garantía constitucional fundamental consistente en la reserva legal respecto a las limitaciones de la misma. Cualquier limitación que se pretenda realizar al ejercicio de ese derecho debe necesariamente estar contemplada en la ley. Es por ello que se ha sostenido que la ley debe establecer con claridad “el contenido básico de la limitación que podrá adoptar la Administración económica”<sup>35</sup>, de manera que más importante aún - agregamos nosotros- no se entienda como arbitraria, desproporcionada y que atente contra la libertad como núcleo esencial del comportamiento humano.

La reserva legal es, ante todo, una garantía jurídica de la libertad económica frente a la Administración, desde que corresponde al legislador exclusivamente delimitar el ámbito dentro del cual la Administración desplegará su potestad de limitación respecto a las actividades económicas de los particulares. El derecho constitucional a la libertad económica debe ser entendido como el derecho que tienen los ciudadanos a que nadie los obligue a realizar o dejar de hacer la actividad lucrativa de su preferencia o que dirijan intensamente su actividad

<sup>32</sup> Rallo, Juan Ramón. *Ob. Cit.*, p. 119.

<sup>33</sup> Canova, Antonio. “El papel de la propiedad privada en el derecho” en *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 21-70.

<sup>34</sup> *Vid.*: Brewer-Carías, Allan. “Reflexiones sobre la Constitución económica” en *Revista de Derecho Público* N° 43. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, p. 11.

<sup>35</sup> Hernández González, José Ignacio. “La Constitución económica y los decretos Leyes dictados en ejecución de la ley Habilitante 2013” en *Revista de Derecho Público* N° 140. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 197.

de manera injustificada y únicamente solo podría realizarse esa intervención indirecta del Estado en la economía de manera temporal y excepcional con base en criterios económicos objetivos. Especialmente cuando se asuman actividades que la Administración debe abandonar una vez que se realice la despublicación que exige dejar de prestar los servicios públicos de forma tradicional (exclusividad y reserva).

Lo anterior ha sido entendido de manera concreta por la Sala Político Administrativa mediante la sentencia del 20 de julio de 1996 (caso: Air France), mediante la cual se afirmó lo siguiente:

“El derecho constitucional a la libertad económica debe ser entendido como el derecho que tienen los particulares que nadie podrá obligarlos o forzarlos, en contra de sus voluntades, a realizar una determinada y específica actividad profesional, comercial o industrial -salvo que la Constitución o leyes dispongan en casos excepcionales lo contrario- o en todo caso, como garantía de que no podrá nadie imponerle, arbitrariamente -es decir fuera del contexto de la Constitución y las leyes- limitaciones a la operación lucrativa de su preferencia”.

La reserva legal exige que no exista una remisión en blanco o deslegalización, por lo que no es permitido a la ley remitir abiertamente a la Administración el desarrollo normativo de la limitación económica que se pretende imponer. Es por ello que alertamos respecto a la constante intervención administrativa que matiza y viola en muchos casos el principio de reserva legal debido a que suele alegarse para permitir ello una supuesta menor capacidad técnica del legislador y la constante mutabilidad de las realidades económicas, por lo que el legislador tiende a renunciar a dictar normas directamente operativas en materia económicas y se limita a establecer directrices generales sobre materias determinadas<sup>36</sup>, vale decir, termina renunciando a su actividad principal, cual es, dictar *normas generales y abstractas*.

Es importante que el legislador atienda a las relaciones humanas, en lugar de imponer insistentemente normas para dirigir y organizar, a su parecer, la vida social y mucho menos se debe *delegar* esa competencia a la Administración. Es necesario que tome en cuenta que la verdadera función de la ley y la Constitución es y debe ser limitar al poder, favorecer los derechos individuales frente a ataques de terceros y la evolución del comportamiento de las personas dentro de la cooperación social, de ahí que más bien el legislador debería asumir un rol limitado para favorecer la propiedad privada y las libertades. Al respecto, resulta importante la postura de Bastiat sobre este asunto:

“No es cierto que el legislador tenga sobre nuestras personas y nuestras propiedades un poder absoluto, puesto que son anteriores a la ley, y la labor de ésta consiste en rodearlas de garantías.

No es cierto que la ley tenga por misión regir nuestras conciencias, nuestras ideas, nuestras voluntades, nuestra instrucción, nuestros sentimientos, nuestros trabajos, nuestros intercambios, nuestros dones, nuestras alegrías. Su misión consiste en impedir que en cualquiera de estas materias el derecho de uno usurpe el derecho de otro.

(...)

¿Cuáles son los pueblos más felices, más morales, más pacíficos? Aquellos en los que la ley interviene lo menos posible en la actividad privada, en los que el gobierno menos se deja sentir, en los que la individualidad tiene más cancha (...) en los que las transacciones, las

<sup>36</sup> Urosa Maggi, Daniela. “La Inactividad Reglamentaria de la Administración Económica” en *Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*, Tomo I, Fundación de Estudios de Derecho Administrativos, FUNEDA, Caracas, 2005, p. 141.

convenciones y las asociaciones tropiezan con menos trabas; (...) En una palabra, aquellos que más se acercan a esta solución: en los límites del derecho, todo por la libre y perfectible espontaneidad del hombre; nada por la ley y por la fuerza...”<sup>37</sup>.

### C. Principio de Proporcionalidad

Siguiendo a Barnes, este principio persigue que la intervención pública sea susceptible de alcanzar la finalidad perseguida necesaria o imprescindible cuando no exista una medida menos restrictiva de la libertad de los ciudadanos, es decir, se trata de que se elija la medida que signifique la mínima intervención y que a su vez sea proporcional en estricto sentido, lo cual quiere decir que sea ponderada o equilibrada, lo que a la postre redundará en más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre derechos y libertades<sup>38</sup>.

En concreto, la intervención y las medidas que se tomen deben ser adecuadas al fin para el que se dictan, por lo que se debe evitar limitar excesivamente el ejercicio de derechos individuales o exigir requisitos para el desarrollo de una actividad sin justificación alguna respecto a los fines que se pretenden alcanzar.

La proporcionalidad supone la existencia de tres principios, a saber: (i) principio de idoneidad, según el cual la acción estatal debe tener un cierto grado de eficacia con respecto a la consecución del fin; (ii) principio de la necesidad, que sugiere la ausencia de una alternativa menos gravosa e igualmente eficaz; y (iii) la proporcionalidad en sentido estricto que persigue proteger el bien correspondiente en relación con el sacrificio sufrido por la posición jurídica subjetiva que se verá afectada.

### D. Interpretación restrictiva

Al ser la libertad económica una derivación del principio general de libertad, todas las restricciones que se impongan a ese derecho deben ser expresas, además, deben ser interpretadas restrictivamente. El capital que genera la iniciativa privada se nutre de las preferencias en el mercado de cómo los consumidores valoran los bienes o servicios que ofrecen, de manera que no es correcto arrebatarle al ciudadano ese poder y que descansa, en su lugar, en las medidas regulatorias de cualquier especie, bajo cualquier pretexto, que afectarán una mayor eficiencia de lo que la libre empresa pueda generar, con ello se trastoca la real voluntad de las personas y el dinamismo del mercado.

Las regulaciones limitan la libertad y el ámbito de acción de los individuos. En general, desvirtúa la función normal y natural de los ciudadanos y el mercado, esto es, la cooperación humana y la iniciativa privada de la más organizada sociedad civil. Muchas actividades y sectores corroboran esta forma de actuar del Estado que cada día se expande indebidamente más. Lo que está en juego es la libertad individual, así el Poder deja de estar subordinado a las personas y se convierte en un auténtico leviatán.

Una interpretación errada de las potestades administrativas conduce inexorablemente a desalentar la producción privada, distorsionar el mercado y generar una aceleración y elevación en el gasto público que se nutre de los impuestos, paradójicamente, de quienes crean riqueza a través de la iniciativa privada, generando a su vez inflación, convirtiendo a los controles, limitaciones estatales y regulaciones en un juego sin fin para atacar esos males creados generalmente por el mismo Estado en su afán de dirigir la economía.

<sup>37</sup> Bastiat, Frédéric. *La Ley*. Unión Editorial, Madrid, 2004, p. 130 y 133.

<sup>38</sup> Barnes, Javier. “Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario” en *Revista de la Administración Pública* N° 135, 1994, p. 495.

Las decisiones que se tomen deben servir con objetividad a las personas y no bajo un móvil político<sup>39</sup>, siempre deben obedecer a las reglas de la *economía* y del libre mercado, no se deben malinterpretar las potestades administrativas con fines distintos al desarrollo y crecimiento sostenido de la economía del país y de la ciudadanía en su conjunto, de ahí la trascendencia esencial de este principio. La libertad siempre estará en conflicto con fines y normas impuestas distintos a ella misma, independientemente del pretexto que se alegue para que el Estado regule y planifique la actividad económica de los ciudadanos.

De ese modo, la interpretación de las normas que permiten a la Administración actuar sobre la esfera de los particulares y, concretamente, con respecto a la limitación de la libertad económica, deben ser interpretadas de manera tal que la libertad sea la regla y no una excepción, es decir, la interpretación que realiza la Administración siempre debe velar por afectar lo mínimo posible esa libertad, de modo que no se desconozca su núcleo esencial, lo cual constituye a su vez otro límite material que se analizará de seguidas.

#### E. *Contenido esencial*

Jesús María Casal indica que el contenido esencial es un último reducto del derecho que no puede ser afectado ni restringido por los Poderes Públicos. Esa garantía puede ser invocada para rechazar limitaciones legales excesivas. Ese autor apunta que la falta de claridad sobre el significado exacto de esta garantía es preferible invocar el principio de proporcionalidad como herramienta útil para controlar la justificación material de las restricciones de los derechos fundamentales. Sobre el principio de proporcionalidad indica que ésta, como garantía material, debe ser entendida en sus tres vertientes: idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad en estricto sentido<sup>40</sup>.

El contenido esencial respecto a cualquier derecho se refiere a las facultades que como mínimo deben respetarse para que el derecho sea reconocible, tal y como lo ha señalado la Sala Constitucional en la sentencia N° 1140 del 15 de mayo de 2003 (caso: *Cervecería Nacional*). También el Tribunal Constitucional español en la sentencia 11/1981 del 08 de abril señaló que el contenido esencial de un derecho está constituido por “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo (y) todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”.

Esta garantía exige que las limitaciones que se pretendan sobre cualquier derecho no afecten los atributos básicos que conforman su núcleo duro, tal y como fueron recogidos en la Constitución. En el caso de la libertad de empresa su núcleo esencial es la autonomía, lo cual no debe confundirse con sus atributos (libertad de entrada, permanencia y salida del mercado). Así, el legislador o la Administración no debe adoptar medidas que hagan irreconocible ese derecho y la autonomía de qué y cómo producir o sobre la actuación de la iniciativa privada como prestador de servicios.

La Sala Constitucional en sentencia N° 2341 del 01 de octubre de 2003 (caso: *inversiones Parkimundo, C.A.*) afirmó que “...el contenido esencial de la libertad de empresa se afectará cuando la Administración adopte medidas de ordenación y limitación que implique

<sup>39</sup> General y lamentablemente el móvil del Estado para actuar se encuentra en el terreno de lo *político* y lo que podría agrandar más a una enorme masa de votantes. Esa masa de votantes puede ser denominada como “grupos de interés” (*vid.*: Boetter, Peter y Rogers, Douglas, *Ob. Cit.*, p. 48 y 49).

<sup>40</sup> Casal, Jesús María. *Los Derechos Humanos y su Protección*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 136 y 138.

su desnaturalización en tanto derecho fundamental”, de manera que en el caso de la libertad económica el contenido esencial del derecho se desnaturalizará cuando la iniciativa privada deje de ejercerse de acuerdo con su núcleo esencial (autonomía).

Es importante destacar y hacer énfasis que la libertad de empresa implica determinar autónomamente los objetivos y decidir todo lo relacionado con el desarrollo de la actividad y con el lícito fin de obtener un lucro, de manera que imponer límites irracionales, sin atender a criterios económicos objetivos y de manera temporal y excepcional o incluso interfiriendo en las ganancias (a través de controles de precios) desconoce su contenido esencial.

Las intensas regulaciones que el Estado suele imponer a la actividad empresarial de los particulares terminan desconociendo esta garantía, ya que la autonomía es “rebasada” y la libertad ya no es tal, pues la legislación o las limitaciones administrativas la coloca en un estado en que su ejercicio termina siendo una excepción y esto afecta al común de la ciudadanía y a su libertad de elegir entre varias y diversas opciones, lo cual es relevante si se adopta la visión aquí propuesta de eliminar el carácter exclusivo de los servicios públicos, de manera que a través del mercado se satisfagan las múltiples demandas de las personas.

#### 4. *Reflexión final*

El eje central de este trabajo es el de meditar sobre la necesidad de despublificar y desregularizar aquellas actividades prestacionales reservadas con exclusividad -por ley- a la Administración Pública, de manera que exista un libre intercambio de bienes y servicios bajo un régimen de libre empresa y libre mercado. Hemos expuesto límites y garantías que a nuestro criterio deben ser acogidos por todos los países de nuestra región para generar riqueza a toda la sociedad en su conjunto. Tómese en cuenta, por ejemplo, el caso de Suecia en el que varios servicios se han abierto a la libre competencia “alejados de la estatización” como bien ha quedado ilustrado en la obra de Mauricio Rojas<sup>41</sup>, pues en ese país se hizo énfasis en instituciones que promueven el incentivo y no la extracción, cuestión que facilita el desarrollo y la libertad, pues ese tipo de instituciones indudablemente fomentan el crecimiento económico de toda la sociedad.

La libertad para elegir entre diversas opciones es una garantía y un derecho de la ciudadanía que se ve negado cuando la Administración asume con carácter de reserva y exclusividad las actividades declaradas como servicio público, bajo el viejo dogma y noción que aún impera en nuestra región que solo ha significado en que las personas únicamente cuenten con servicios ineficientes prestados por la Administración a costa de los tributos impuestos. En concreto, las sociedades libres dan a sus ciudadanos libertad para elegir sus propias opciones y para crear valor mediante el intercambio voluntario que se desprende del libre mercado.

Creemos que abrir los servicios públicos a las reglas del mercado y la libre competencia solo traerá beneficios a los ciudadanos, quienes tendrán libertad de elegir entre una amplia gama de aquellos que se dediquen a la iniciativa privada, a través de su riesgo y valiéndose de su propiedad, habilidades, esfuerzo e ingenio, las tareas que la Administración deje de realizar una vez que se abandone el concepto tradicional de servicio público que predomina en América Latina. Para lograr ello es preciso el respeto irrestricto de los principios aquí expuestos, de manera tal que la seguridad jurídica ofrezca la confianza necesaria a quienes decidan dedicarse a realizar las actividades que se despubliquen y desregularicen.

---

<sup>41</sup> Rojas, Mauricio. *Suecia Después del Modelo Sueco. Del Estado Benefactor al Estado Posibilitador*. Centro para la Apertura y el Desarrollo de América Latina, Buenos Aires, 2005.

La tradicional clasificación de la actividad administrativa se puede reconducir y simplificar en dos (actividad de prestación y actividad de limitación), de manera que el principio de subsidiariedad es un coto a la actividad de prestación y así esta solo existirá como *ultima ratio*, lo cual permitirá una verdadera libre competencia, de manera que esa intervención directa del Estado en la economía pueda realizarse únicamente en dos supuestos, a saber: (i) que no exista iniciativa privada; o (ii) que ésta sea insuficiente, pero solo si es estrictamente necesario en favor del ciudadano. Un Estado reducido promueve e incentiva el progreso y la libertad en tanto que la generación de riqueza solo dependerá de la empresa privada en beneficio evidente de la sociedad en su conjunto. Estimamos como necesario que este principio sea de rango constitucional como en el Perú.

Hemos señalado que -en nuestro criterio- bajo este principio se debe acudir a las Alianzas Público-Privadas cuando el Estado deba intervenir y así alcanzar un grado mayor de eficiencia a más bajo costos y tributos como ha quedado absolutamente evidenciado en la Comunidad Autónoma de Madrid.

El resto de los límites expuestos son un dique de contención esencial para la actividad reguladora del Estado (intervención indirecta de la economía) para que, independientemente del supuesto que se alegue, no se rebase la libre empresa y el libre mercado. Siempre se debe ajustar la actividad de limitación que se despliegue (excepcional y temporalmente) a lo razonable (sin afectar el núcleo de la libertad) y que esté avalado por un estudio económico auditable y en el que se permita la participación de todos los sectores interesados como presupuesto de la buena Administración y la *buena gobernanza*. La transparencia y garantía del derecho humano de acceso a la información es fundamental para limitar a la Administración<sup>42</sup>.

El objeto de este ensayo es enfatizar que es necesario replantear la noción tradicional de servicio público con el objeto de garantizar el intercambio voluntario de bienes y servicios para satisfacer las reales expectativas de las personas (en condiciones de calidad óptimas), según sus gustos, preferencias y posibilidades, en un régimen de libre mercado y a través de un proceso de cooperación humana.

Creemos que hoy en día esta discusión está más vigente que nunca en nuestro continente. No tenemos duda que la iniciativa privada siempre será más eficiente que el Estado en comprender y atender la información dispersa en relación con esas preferencias y posibilidades y ello ha sido evidenciando según la particular visión de cada autor consultado. Para que esto sea una realidad es necesario contar con cada uno de los principios desarrollados en este trabajo que avalan al libre mercado como un mecanismo más idóneo para prestar servicios de calidad, de lo que se trata es de un cambio de paradigma y de visión (estatista).

---

<sup>42</sup> *Vid.*: Reverón Boulton, Carlos. “El derecho de acceso a la información: Opacidad, corrupción y violación de derechos humanos en Venezuela” en *Revista de Derecho Público N° 161-162*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2020, pp. 169-189.



# CRÓNICA SOBRE LA NACIONALIDAD POR *JUS SOLI* Y SUS EXCEPCIONES EN REPUBLICA DOMINICANA 1908-1924 Y 1929-2010

Olivo A. Rodríguez Huertas\*

Profesor de Derecho Administrativo, República Dominicana

*A Juan Bautista Vicini Llubes y Eduardo Jorge Prats,  
a quienes dedico el libro del que esta crónica forma parte*

**Resumen:** *El 23 de septiembre del año 2013, el Tribunal Constitucional dominicano dicto la Sentencia 168-13, en la cual interpretó que la excepción a la nacionalidad dominicana por jus soli de los hijos de extranjeros en tránsito vigente en la Constitución dominicana en el período 1929-2010, aplicaba a los hijos de los extranjeros en situación migratoria irregular nacidos en nuestro territorio. El fallo tuvo gran repercusión, ya que el máximo interprete constitucional dispuso su aplicación retroactiva, provocando una situación de desnacionalización de miles de personas que se encontraban investidos al momento con la nacionalidad dominicana. Este trabajo aborda el tema desde una perspectiva no analizada por el Tribunal Constitucional en su sentencia, como el de la condición de ser hijo legítimo para que aplicara la excepción al jus soli, pero además demuestra que el concepto extranjero de tránsito no podía ser equiparado al de extranjero en situación migratoria irregular*

**Palabras Clave:** *Constitución. Nacionalidad. Jus soli. Hijo legítimo. Extranjero de tránsito*

**Abstract:** *On september 23, 2013, the Constitutional Court of Dominican Republic issued the decision TC/0168/13, by which it interpreted that the exception to Dominican nationality by jus soli of the children of foreigners in transit, in the Dominican Constitution in the period 1929-2010, applied to the children of foreigners in an irregular migratory situation born in our territory. The ruling had a great repercussion, since the highest constitutional interpreter ordered its retroactive application, causing a situation of denationalization of thousands of people who were themselves invested with Dominican nationality at the time. This paper addresses the issue from a perspective not analyzed by the Constitutional Court in its ruling, such as the condition of being a legitimate child in order to apply the exception to jus soli, but it also demonstrates that the concept of foreigner in transit could not be equated to that of a foreigner in an irregular migratory situation.*

**Key words:** *Constitution. Nationality. Jus soli. Legitimate child. Foreigner in transit.*

---

\* El autor es abogado y profesor de Derecho Administrativo en la República Dominicana. Miembro del Consejo Consultivo de la Revista

-I-

1. En fecha 18 de octubre de 1927, el secretario de Estado de Agricultura e Inmigración del gobierno del presidente Horacio Vásquez, Rafael A. Espaillat, respondiendo una situación que le fuera planteada por un Inspector de Inmigración de una provincia fronteriza, que incluía una inquietud sobre la nacionalidad por *jus soli*, finalizaba su respuesta con lo siguiente:

**“Sobre si son o no dominicanos, es tal la confusión que existe en esta materia, que se hace imprescindible la prueba que él requiere. Cuando esta prueba de nacimiento en nuestro territorio no pueda ser presentada por el habitante de raza haitiana, se deberá proceder al cobro o establecer la consiguiente sanción en caso de incumplimiento<sup>1</sup>”.**

2. Casi cuatro décadas después del oficio del secretario Espaillat, la nacionalidad de los hijos de indocumentados de nacionalidad haitiana se constituyó en tema de preocupación en nuestro país, lo que se ha extendido, con intermitencias, hasta el presente, muy centrado en el concepto *extranjero de tránsito*<sup>2</sup>.

3. En efecto, en fecha 22 de junio de 1967, el periódico Listín Diario bajo el título *Existen Rezagos Haitianos*, da cuenta de unas declaraciones del entonces canciller Fernando Amiama Tió en el que alude al tema del nacimiento en territorio nacional de hijos de jornaleros de nacionalidad haitiana:

“El Canciller de la República admitió ayer que “existen rezagos” en las inmigraciones de los jornaleros temporeros haitianos, muchos de los cuales “han tenido hijos nacidos en el territorio nacional durante su permanencia precaria en el país”. Sin embargo, el doctor Fernando Amiama Tió añadió que se han realizado estudios “sobre esta importante cuestión”.

4. Posteriormente, en la edición del 15 de noviembre de 1969 del periódico El Caribe, aparece una nota del periodista M. M. Pueriè Cordero titulada *Demanda Buscar Solución A Penetración de Haitianos*, en la que se relata que en la sesión del día anterior que tuvo lugar en el *Consejo Nacional de Fronteras*, uno de sus miembros, el Dr. José Gautier planteó que **“los hijos de esos nacionales haitianos que nacen en el país son dominicanos de conformidad con la Constitución dominicana**.

5. Ya en la década del 70 del siglo pasado, el entonces vicepresidente de la República *Carlos Rafael Goico Morales*, en el marco de una crítica pública por la penetración ilegal de nacionales haitianos al país, hizo alusión al tema de la nacionalidad:

“Somos generosos y practicamos la filantropía, pero la interrogante fluye a flor de labios: *quid del hijo de haitiano nacido en el territorio dominicano*<sup>3</sup>”.

6. Otro distinguido hombre público dominicano, el licenciado Luis Julián Pérez, en septiembre de 1973, siendo presidente de la Comisión Nacional de Desarrollo, en presencia del presidente Joaquín Balaguer expresó que la región oriental del país estaba saturada de haitianos, expresando su preocupación por el tema de la nacionalidad de los hijos de indocumentados haitianos nacidos en nuestro país:

---

<sup>1</sup> Oficio 4140, del 18 de octubre de 1927.

<sup>2</sup> Por razones que desconozco, no obstante que los textos constitucionales relativos a la excepción del *jus soli*, tanto en el período 1908-1924 y 1929-2010, utilizan la expresión “*de tránsito*”, en la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia del 14 de diciembre de 2005, como en la Sentencia 168-13 del Tribunal Constitucional del 23 de diciembre de 2013, se utiliza la expresión “*en tránsito*”.

<sup>3</sup> El Caribe, 18 de diciembre 1972: “*Goico Afirma Dominicanos Son Negligentes ante Penetración de Haitianos*”.

“**Julián Pérez** hizo una larga exposición en la que sostuvo que la afluencia de haitianos equivalía a una “invasión pacífica” e hizo alusión a “los dolores y las tragedias que esta ocasionó en 1937. Se refería evidentemente, a la llamada “matanza de haitianos” practicada por el tirano Rafael Trujillo. Varios miles de personas fueron asesinados en esa época, aunque el número exacto no ha sido precisado nunca. **Julián Pérez** dijo, sin embargo, que hacia esta advertencia “no como asunto racial, ni porque moleste que un ser humano se gane la vida donde pueda deparársela Dios”. *Indicó que en algunas ocasiones ha pensado que se haga una revisión de la Constitución de la República para que desaparezca el “Jus soli”, “porque la cantidad de hijos de haitianos que hay en el país, ya son nacionalizados dominicanos, y esto va constituyendo un problema realmente alarmante”*”.

7. **Luis Julián Pérez** insistiría, varios años después, sobre el tema de la nacionalidad de los hijos de los haitianos indocumentados nacidos en el país, esta vez no en calidad de funcionario público, sino de presidente del Movimiento de Salvación Nacional, partido que fundó luego de su ruptura política con el presidente Balaguer:

“Los bateyes de los centrales azucareros están habilitados, casi en su totalidad, *por familias haitianas que zafra tras zafra, se quedan en el país y nunca regresan al suyo, reproduciéndose en cantidad asombrosa con niños, que, a pesar de todas las características haitianas, vienen a ser nacionales dominicanos por jus soli, de acuerdo con la Constitución de la República*”<sup>4</sup>.

8. El tema de la nacionalidad de los nacidos en territorio dominicano de padres haitianos indocumentados fue abordado también por el director general de la Cédula de Identidad Personal, Dr. **Bartolomé Peguero Guerrero**. En efecto, el 10 de febrero de 1976, el desaparecido diario *El Sol*, bajo el título “*Propone Abstenerse Dar Actas Haitianos*”, recoge unas declaraciones suyas al respecto:

“hay haitianos que vienen al país para determinada época del año, esto es, durante la zafra azucarera, logran quedarse ilegalmente y procrean hijos aquí”. *Dijo que posteriormente esos hijos de haitianos son declarados en las oficialías del Estado Civil y consecuentemente adquieren la nacionalidad dominicana, de acuerdo con la Constitución*”.

9. Durante ese mismo período del siglo pasado, también se alzaron voces contra esa visión de la nacionalidad por jus soli, argumentando que los hijos de nacionales haitianos que se encontraban en situación migratoria irregular no les correspondía la nacionalidad dominicana por el sólo hecho del nacimiento, ya que sus padres se encontraban en nuestro territorio como “*transeúntes*” y/o “*de tránsito*”.

10. El primero en hacer ese planteamiento lo fue el internacionalista **Carlos Sánchez y Sánchez** que al responder lo expresado por José Gautier en la sesión de la Comisión Nacional de Fronteras en 1969, señaló que “*los hijos de los extranjeros transeúntes que nacen en el país no adquieren la nacionalidad dominicana*”<sup>5</sup>.

11. Posteriormente, el 7 de abril de 1973, el también internacionalista **Ambrosio Álvarez Aybar** en la segunda entrega de un artículo titulado “*De Nuestro Jus Soli: Los Hijos de Transeúntes*”<sup>6</sup>, con un tono más moderado, escribió:

<sup>4</sup> *El Caribe*, 6 septiembre 1973: Afirman Región “Está Saturada de Haitianos”.

<sup>5</sup> *El Caribe*, 9 septiembre 1977: Julián Afirma Haitianos Se Infiltran en el País.

<sup>6</sup> Ver punto 4.

<sup>7</sup> Periódico *El Caribe*, columna SIGNOS Y RUTAS.

“En lo que concierne a los braceros haitianos, que han sido los más numerosos, se ha planteado el problema del vocablo “tránsito”, cuando esos haitianos vienen a trabajar en el corte de caña de los ingenios dominicanos. A nuestro entender se podría llegar, por supuesto, en forma general, a adoptar una política en el sentido de que los hijos de las personas contratadas por las autoridades dominicanas por un tiempo limitado para realizar cualquier clase de trabajo o estudio, pudiera conservar la nacionalidad de su país, siempre y cuando esos hijos adquirieran la nacionalidad de origen de sus padres”.

12. Durante las últimas dos décadas del pasado siglo, la atribución de la condición de *extranjeros de tránsito* a los inmigrantes ilegales residentes en el país estuvo presente, aunque con mayor intensidad a partir de la década del 90 y durante los primeros años del presente siglo. El profesor Juan Miguel Castillo Pantaleón, en su obra *La Nacionalidad Dominicana*<sup>8</sup> da cuenta del amplio debate suscitado en este último periodo:

13. Entre los juristas dominicanos que cita el profesor Castillo Pantaleón con la posición de que no debería considerarse como *extranjeros de tránsito* a los indocumentados haitianos que viven en nuestro territorio, figuran, Ramon Antonio Veras, Aura Celeste Fernández, Virgilio Bello Rosa, Carmen Amelia Cedeño, Eduardo Jorge Prats, Rafael Armando Vallejo Santelises y Enmanuel Esquea Guerrero. En la postura contraria que comparte el autor citado, menciona a Manuel Berges Chupani, Mario Read Vittini, Ramón Pina Acevedo, Jottin Cury, Ramón Tapia Espinal, Lupo Hernández Rueda, Pedro Romero Confesor, Pelegrín Castillo, Artagnán Pérez Méndez y Pedro Manuel Casals Victoria. **El autor de este trabajo también publicó en el periódico El Nuevo Diario, un artículo con el título “La nacionalidad de los hijos de extranjeros “de tránsito”, en esa última línea de pensamiento.**

14. Sin embargo, luego de una intensa investigación que el autor de este trabajo comenzó a mediados del año 2014, en plena crisis internacional surgida tras la Sentencia TC-168-13 del Tribunal Constitucional, llegué a la conclusión de que el enfoque centrado en la no atribución de la nacionalidad a los nacidos en territorio nacional de padres de nacionalidad extranjera en condición migratoria irregular, resultaba no sólo desnaturalizante, sino incompleta, ya que no toma en consideración otra exigencia recogida en la fórmula constitucional vigente en los periodos 1908-1924 y 1929-2010, en materia de excepción a la nacionalidad por *jus soli* como lo era la condición de *hijos legítimos* de sus padres extranjeros.

15. El propósito de publicar esta crónica, como adelanto del libro que sobre el tema de la nacionalidad por *jus soli* en República Dominicana me propongo publicar en los próximos meses, no es otro que aportar herramientas históricas que estuvieron ausentes de la discusión pública tras las sentencias, primero de la Suprema Corte de Justicia el 14 de diciembre de 2005, y luego del Tribunal Constitucional el 23 de septiembre de 2013.

16. Esas decisiones jurisdiccionales no sólo resultaron extremadamente polémicas en el plano interno, sino que tras el ingrediente de la Sentencia 168-13 del Tribunal Constitucional de retrotraer sus efectos a 1929 y con alcance erga omnes, no obstante estar apoderada de una acción de amparo de una particular, la joven Juliana Deguis, produjo una gran conmoción en el plano internacional y hasta una ruptura de facto de la República Dominicana con un órgano esencial del continente americano como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

<sup>8</sup> CASTILLO PANTALEON, Juan Miguel: *La nacionalidad dominicana*, Editora Nacional, Santo Domingo, República Dominicana 2012.

## -II-

17. Durante el periodo de vigencia de las constituciones que rigieron en la República Dominicana entre 1908-1924, y 1929-2010, los textos sobre la nacionalidad por *jus soli* y sus excepciones, eran los siguientes:

**“Constitución de 1908:** Art. 7. Son dominicanos: Todas las personas que al presente gozaren de esta cualidad en virtud de Constituciones y leyes anteriores. *Todas las personas que nacieren en el territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres, exceptuando los hijos legítimos de los extranjeros que residan en la República en representación diplomática, o que estén de tránsito en ella...*

**Constitución 1929:** Art. 11.- Son dominicanos: 1.-Todas las personas que nacieren en el territorio de la República, *con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que estén de tránsito en él”.*

18. Como se advierte de su lectura, un requisito común a las excepciones a la adquisición de la nacionalidad por *jus soli*, era que el nacido en nuestro territorio de padres extranjeros que residieran en representación diplomática o se encontraran accidentalmente *de tránsito* en nuestro territorio, fuera fruto del matrimonio de sus padres.

#### A. El requisito de ser *hijo legítimo*.

19. La exigencia de ser *hijo legítimo* para que aplicara la excepción a la nacionalidad por *jus soli* a hijos de extranjeros nacidos en la República Dominicana antecede a las constituciones de 1908 y de junio de 1929.

20. En efecto, fue en la Constitución de 1875, que por primera vez exigió para la aplicación de la excepción al *jus soli* a los hijos de extranjeros nacidos en el país, el que se tratara de un *hijo legítimo*:

Art. 5° Son dominicanos: 1° Todos los que actualmente gozan de esta cualidad. 2° Los que nacieren en el territorio de la República, cualquiera que sea la nacionalidad de sus padres. 3° Los hijos de padres dominicanos que hubieren nacido en país extranjero, si vinieren a domiciliarse en la República y expresaren su voluntad de serlo. 4° Los extranjeros que, después de un año en el territorio, se inscriban en el registro civil en la forma determinada por la ley. § único. **Para los efectos de este artículo, no se considerarán como nacidos en el territorio de la República, los *hijos legítimos* de los extranjeros que temporalmente residan en el país en representación o en servicio de su patria;** así como tampoco se reputaran como nacidos fuera, los hijos de los que tengan su domicilio en el territorio y solo se hayan ausentado de él por un tiempo que no exceda de dos años; ni los de los que estén en el extranjero desterrados o en representación u otro servicio de la República.

21. Esa misma fórmula se repite en los textos constitucionales de 1877, 1878, 1879, 1880, 1881, 1887 y 1896.

22. La Constitución de 1907, extendió más allá la exigencia de *hijo legítimo*, al disponer su aplicación no sólo a los hijos de los extranjeros que temporalmente residan en ella, en representación o servicio de su patria, sino además de los que no hubieran fijado su residencia en la República:

Art. 6. Son dominicanos: 1° *Todos los nacidos en el territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres, exceptuando los hijos legítimos de los extranjeros que se encuentren en servicio de su nación o que no hubieren fijado su residencia<sup>9</sup> en la*

<sup>9</sup> fórmula “que no hubieren fijado su residencia en la República. Su importancia radica en que la residencia fija es entendida como lo contrario a estar en *tránsito* y, por tanto, como parámetro in-

**Republica.** 2° Los nacidos en el extranjero de padres dominicanos en servicio de la República. 3° Los hijos de padres dominicanos nacidos en el extranjero, si están domiciliados en la República y no declararen al venir a ella, ante el Presidente del Ayuntamiento de su domicilio por sí o por quienes los representen legalmente, que no tienen una nacionalidad extranjera.

23. Sin embargo, en la Constitución de 1908, se flexibilizó la exigencia de no haber fijado su residencia por el concepto *de tránsito*, lo que resultaba acorde con el espíritu mayoritario de la Asamblea respecto de la necesidad que tenía el país de absolver la mayor cantidad de nacionales.

24. En la Asamblea Constituyente de 1908, la exigencia de *hijo legítimo* para la aplicación de las excepciones al *jus soli* por el hecho del nacimiento en la República fue objeto de debate, siendo sugerida incluso su eliminación, lo que fue rechazado por la Asamblea.

Así puede leerse en el acta de la sesión del 8 de enero de 1908:

“seguidamente se leyó el inciso segundo, y surgieron las siguientes proposiciones: 1ª Dip. Peralta: “Todas las personas que nacieren en el territorio de la República; pero los hijos legítimos de padres extranjeros que no deseen gozar de esta cualidad deberán declarar en la época de su mayor de edad y ante el presidente del Ayuntamiento de su domicilio, que asumen la nacionalidad de sus padres”; 2ª Dip. Menard: “Todas las personas que nacieren en el territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres, siempre que cumplida la mayor edad opten por la nacionalidad dominicana y obtengan de quien corresponda, carta de naturalización. Se exceptúan los hijos legítimos de los extranjeros que residan en la República en representación diplomática”; 3ª Dip. Sánchez: **Propone el inciso como lo tiene el proyecto y contraproyecto, pero suprimiendo el calificativo de “legítimos”;** 4ª Dip. Rivera propone este inciso: “Son dominicanos los hijos de padres extranjeros nacidos en el territorio dominicano si al llegar a la mayor edad no declararen ante quien fuere de derecho su propósito de seguir la nacionalidad de sus padres”.

**“Establecióse la discusión sostenida por los autores de las respectivas proposiciones, y los miembros de la comisión y miembro disidente, hasta que la Presidencia considerando el punto suficientemente discutido, sometió al voto, por su orden, las diferentes proposiciones surgidas, sin que ninguna obtuviera el favor de la mayoría. Sometido asimismo el inciso 2º del contraproyecto, tampoco fue aceptado y quedó aprobado el del proyecto de la mayoría de la comisión”<sup>10</sup>.**

25. Durante la dictadura de Trujillo, la exigencia de *hijo legítimo* como condición indispensable para que aplicara la excepción al *jus soli* de los hijos nacidos en nuestro territorio de los extranjeros que residieren en función de representantes diplomáticos, o que estuvieren *de tránsito* en nuestro país, no produjo nunca la más mínima discusión.

26. En efecto, un destacado constitucionalista dominicano del primer tercio del siglo pasado, **Manuel De Jesús Camarena Perdomo**, titular de la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Santo Domingo hasta su muerte<sup>11</sup> publicó en 1937, en los **Anales de la Universidad de Santo Domingo**<sup>12</sup> un trabajo titulado **“LA NACIONALIDAD. BREVE ESTUDIO DE ESTA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO ACTUAL”**, en el que se refiere con una claridad extraordinaria al tema en análisis:

terpretativo, es la permanencia en el país (dada por el hecho de haber fijado la residencia), y no el estatus legal de los padres, lo que determina la condición de nacional

<sup>10</sup> Gaceta Oficial No. 1920, Año XXV, Santo Domingo, 22 agosto de 1908.

<sup>11</sup> A Manuel De Jesús Camarena Perdomo lo sustituyó en la cátedra el Dr. Joaquín Balaguer, designado mediante el Decreto No. 2191, expedido por el Poder Ejecutivo el 21 de febrero de 1938

<sup>12</sup> Vol. I, Fasc. II, de abril de 1937.



“Se comprueba con la lectura de la disposición No. 2 que el principio dominante en nuestro derecho es el *jus soli* o sea el que se asienta en la consideración del lugar del nacimiento. En consecuencia: todas las personas que nacen en el territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres, son dominicanas. **De esta regla solo se exceptúan: 1. los hijos legítimos de los extranjeros que residen en la República en representación diplomática y 2. los hijos legítimos de los extranjeros que solo estén de tránsito en ella**”.

27. Resulta interesante la contundencia con que Camarena Perdomo cierra su análisis respecto del tema:

**“La legitimidad del hijo es una condición común a los casos excepcionalmente establecidos y por consiguiente los ilegítimos quedan excluidos en ambos casos y por tanto son dominicanos<sup>13</sup>”.**

28. Ya en la década del 40 del siglo pasado, otro gran jurista dominicano, que también fue catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Santo Domingo, el Lic. Rafael F. Bonnelly, en sus cátedras de Derecho Constitucional, analizó el régimen de *jus soli* imperante en esa época y sus excepciones, en el mismo sentido de lo ya apuntado por **Manuel De Jesús Camarena Perdomo**:

“Aparte de que son dominicanos “las personas que al presente gozaren de esta calidad en virtud de Constituciones y leyes anteriores” (Art. 8), lo son por el *jus soli*: todas las personas que nacieren en el territorio de la República, con excepción:

**1° De los hijos legítimos de los extranjeros residentes en la República en representación diplomática.**

**2° De los hijos legítimos de los extranjeros que estén de tránsito en ella<sup>14</sup>”.**

29. Asimismo, durante la dictadura de Trujillo, un ilustre catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Santo Domingo, Gustavo Mejía Ricart, refiriéndose al texto de la nacionalidad de origen en las constituciones de 1929, 1934 y 1942, señaló lo siguiente:

**“en la Constitución del año 1929, reproduciéndose en las Constituciones del 1934 y la actual del 1942, se implantó como regla general el principio del *jus soli*, con la única excepción de los hijos legítimos de extranjeros residentes en la República, pero en representación diplomática o que estén de tránsito en ella<sup>15</sup>”.**

30. Con posterioridad a la dictadura trujillista, el internacionalista dominicano **Ambrosio Álvarez Aybar<sup>16</sup>**, reflexionando varias décadas después sobre el tema del *jus soli* y los hijos de *transeúntes*, reconoce que la excepción al *jus soli* para los hijos de extranjeros *de tránsito* que nacieren en el suelo nacional sólo resultaba aplicable a los *hijos legítimos*:

“La otra excepción que contiene nuestra Constitución vigente y que reprodujimos en nuestros escritos anteriores, es la que se refiere a los hijos de los extranjeros en *tránsito*. Tal como señalamos el artículo 11 de su inciso 1ro. que ahora tenemos que volver a reproducir, contiene dos excepciones, para los que adquieren la nacionalidad dominicana por el *jus soli*, y se

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> BONNELLY, Rafael F: *Derecho Constitucional*, Madrid, España, 1948, Imprenta Juan Bravo, 3, página 74. El Tribunal Constitucional dominicano reeditó la obra en su Colección Clásicos de Derecho Constitucional, en noviembre 2018. En esa edición la cita figura en la página 106

<sup>15</sup> http MEJÍA RICART, Gustavo: *Historia General del Derecho y del Derecho Dominicano*, Santiago, República Dominicana, 1943, Editora El Diario, página 203.

<sup>16</sup> Durante los días 6 y 7 de abril de 1973, en su columna Signos y Rutas del periódico El Caribe publicó sendos artículos bajo el título *De Nuestro Jus Solis: Los Hijos de Transeúntes*.



expresan textualmente así: “con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que estén *de tránsito* en él”. Hemos vuelto a reproducir lo concerniente a los hijos legítimos de los agentes diplomáticos, aspecto que ya hemos tratado en nuestros dos artículos anteriores, *debido a que se habla de que las excepciones deben basarse en padres residentes en el territorio de la República con las excepciones de los hijos legítimos de los mencionados agentes diplomáticos o de los que estén de tránsito en él. En otras palabras, esta segunda excepción puede enunciarse de la manera siguiente: con excepción de los hijos legítimos de los no residentes en el territorio de la República.* De aquí que surja una especie de equiparación respecto del alcance del vocablo “tránsito”.

31. Esta exigencia de ser *hijo legítimo* para la aplicación de la excepción al jus soli de los hijos de los extranjeros *de tránsito* que hubieran nacido en nuestro territorio, fue abordado públicamente en la década de los ochenta del siglo pasado, al menos en dos ocasiones, por Jorge A. Disla Canaán y por el profesor Enmanuel Esquea Guerrero.

32. El 15 de mayo de 1983, Disla Canaán<sup>17</sup> publicó en el periódico vespertino *EL NACIONAL DE AHORA*, en su edición del 15 de mayo de 1983, un artículo titulado: *La Adquisición de la Nacionalidad Dominicana*.

33. En su escrito, su autor asume la interpretación original de *Manuel de Jesús Camarena Perdomo*, seguida por su discípulo *Rafael F. Bonnely*, respecto de la necesidad de que sea un *hijo legítimo* para que aplique la excepción al jus soli contemplada constitucionalmente en los períodos 1908-1924 y 1929-2010:

“El Artículo 11, de nuestra Constitución dispone la adquisición de la nacionalidad por nacimiento tanto por el Yus soli como por el Yus sanguini. Ahora, Cómo se adquiere, ¿por el Yus soli o por el Yus sanguini? ¿Cuáles son las excepciones a esos principios? ¿Cuál es la reglamentación dominicana por nacimiento? En cuanto al Yus soli se refiere, la Constitución dominicana en su Artículo 11, Ordinal 1º. sienta el principio de que toda persona nacida en el territorio dominicano es dominicano. **Este principio fue establecido originalmente por la Constitución de 1865; no obstante, hoy día el Artículo 11 de nuestra Constitución lo recoge, pero con determinadas excepciones: a) Salvo los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática. b) Y salvo los hijos legítimos de los extranjeros que estén en tránsito en el país.**

34. Jorge Disla Canaán, va más lejos en el alcance y precisa:

“es necesario que se sepa que el principio que establece el Yus soli no hace distinción entre hijos legítimos ni naturales; solo habla de los nacidos. En cambio, las excepciones al principio sí hace tal distinción entre hijos legítimos y naturales, **y eso significa que el hijo natural del extranjero residente en representación diplomática en el país, y el hijo natural del extranjero en tránsito son dominicanos, porque la excepción a tal principio sólo se aplica a los hijos legítimos de dichos sujetos**”.

35. Por su parte, el profesor Enmanuel Esquea Guerrero abordó el tema de la exigencia de la condición de *hijo legítimo* para que aplique la excepción al jus soli a los hijos de los representantes diplomáticos, así como de los extranjeros *de tránsito* nacidos en nuestro territorio, al dictar en 1984, una conferencia sobre el régimen de la nacionalidad previsto en la Constitución de 1966 en la Escuela Superior de las FF.AA “General de Brigada Juan Pablo Duarte”:

<sup>17</sup> Fue el segundo de tres artículos publicados sobre el tema de la nacionalidad dominicana, el primero el 8 de mayo de 1983, y el tercero, el 22 de mayo del mismo año.

“La Constitución de la República, en su artículo 11, inciso 1ro., (primera parte) dice textualmente lo siguiente: “Son dominicanos todas las personas que nacieren en el territorio de la República”. Esto es la consagración del principio del Jus Soli. Sin embargo, aun cuando existe este principio, el mismo presenta las siguientes excepciones: a) “**los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática**”. Las disposiciones constitucionales son de estricta interpretación, por ende, los hijos legítimos o naturales de los cónsules no pueden ser incluidos dentro de esta excepción al igual que los hijos naturales de los diplomáticos; por consiguiente se le aplicará el Principio de Jus Soli. b) “**Los hijos legítimos de los extranjeros que estén de tránsito en el país**”.

36. Ya en la década de los 90 del siglo pasado, el eminente jurista e intelectual dominicano **Lupo Hernández Rueda**, se refiere a este tema, en términos idénticos a los que figuran en la obra Derecho Constitucional de Rafael F. Bonnely:

“Conforme al Art. 11, numeral 1 de la Constitución vigente, son dominicanos todas las personas que nacieren en el territorio de la República, con excepción: **1) de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática; y 2) de los hijos legítimos de los que estén de tránsito en el país**<sup>18</sup>”.

37. Agrega el extinto maestro del Derecho laboral dominicano:

**La cuestión de saber si un niño es o no legítimo, se rige por la ley personal de los padres.** Esto significa, que la condición de **hijo legítimo** de que trata nuestra Constitución se determina conforme a la ley personal de los padres<sup>19</sup>”.

38. El tema de la exigencia de ser **hijo legítimo** para la aplicación de la excepción al jus soli en el período analizado, volvió a ser invocado en el año 2002, en una polémica sentencia en materia de amparo dictada por el entonces Juez-presidente de la Quinta Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, el hoy magistrado supremo Samuel Arias Arzeno:

“CONSIDERANDO: b) **Que la Constitución dominicana ha admitido solamente dos excepciones al principio del jus soli, a saber: 1) Los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática; y 2) Los hijos legítimos de aquellos extranjeros que están de tránsito en el país;** Que ninguna de estas excepciones son aplicables al presente caso ya que atribuir a los señores CARMELITE BAZIL y OBERNE SAINT JEAN, padres de los menores RUBEN y ESTEFANI, la calidad de extranjeros **transeúntes** es improcedente, en razón a que nuestra propia legislación ha establecido (Reglamento de Migración No. 209, Sección V, modificada por el Decreto No. 4197), que los **transeúntes** son aquellos que entran a la República Dominicana con el propósito principal de proseguir al través del país con destino al exterior, estableciendo un período de 10 días para conservar esa calidad, que no es el caso de los demandantes que se encuentran establecidos permanentemente en nuestro país<sup>20</sup>”.

39. Como se puede apreciar, aunque el magistrado Arias Arzeno hace referencia a la exigencia de ser **hijo legítimo** en las dos hipótesis de excepción del *jus soli* prevista en la

<sup>18</sup> « De la nacionalidad dominicana.” *El Caribe*, 5 de julio de 1991.

<sup>19</sup> Posteriormente, en una serie de artículos periodísticos y conferencias escritos por el Dr. Lupo Hernández Rueda a lo largo de la última década del siglo pasado y a comienzos de este siglo, abandona el tema de la exigencia de **hijo legítimo** y asume otras aristas del tema centrado en el concepto **de tránsito** y en la prevalencia de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre nuestra Constitución en materia de nacionalidad, particularmente de que el jus soli sólo aplica a los hijos de extranjeros sino tienen derecho a otra.

<sup>20</sup> Ordenanza No.038-2002-02945, del 4 de diciembre de 2002.

entonces vigente Constitución, no hace ninguna derivación al respecto, sino que se ve atraído por el requisito *de tránsito* bajo su expresión equivalente de *transeúnte*<sup>21</sup>.

40. Ningún otro jurista dominicano, hasta donde he podido investigar, hace referencia a esa exigencia de *hijo legítimo* para que aplique la excepción al *jus soli*, tanto a los hijos nacidos en territorio nacional de los extranjeros residentes en nuestro país en representación diplomática, como de los extranjeros que se encontraban *de tránsito* en el país en el período que motiva este trabajo.

41. El doctor Juan Manuel Rosario, un “*experto*” en materia de nacionalidad y extranjería en República Dominicana, que publicó en el año 2005 un voluminoso *Tratado de Derecho Internacional Privado*<sup>22</sup> en el que aborda ampliamente el tema de la nacionalidad y su evolución constitucional, se limita a referir que la condición de *hijo legítimo* para que aplique la excepción del *jus soli* a los hijos de extranjeros nacidos en el país, sólo opera para los hijos de los diplomáticos.

42. Al comentar el artículo 11 de la Constitución vigente al momento de la publicación de su Tratado, la del año 2002, dice lo siguiente:

“Según nuestra Carta Magna, aplicando el *Jus Soli*, todo el que nace en nuestro territorio es dominicano; pero hace dos excepciones importantes: *los hijos legítimos de diplomáticos y los hijos de los que están de tránsito*.

*Los hijos de diplomáticos, si son legítimos, no son dominicanos, solo si son legítimos; porque si no lo son, entonces son dominicanos*<sup>23</sup>.”

43. A pesar de que su obra la denomina como *Tratado*, lo que supone una profunda investigación, el doctor Juan Manuel Rosario, por ignorarlo, o por omisión deliberada, no hace referencia alguna de las fuentes bibliográficas a las que se ha hecho referencia en este trabajo, que dan cuenta de que las excepciones al *jus soli* vigente durante gran parte de nuestra vida como Estado, exigían como condición común la de ser *hijo legítimo*, tanto en el campo de los hijos de los representantes diplomáticos, como de los *extranjeros de tránsito* nacidos en la República Dominicana.

44. Resulta sorprendente desde el punto de vista académico, que, por igual, en la obra *La Nacionalidad Dominicana*<sup>24</sup>, del doctor *Juan Miguel Castillo Pantaleón*, que fue el resultado de su tesis doctoral en la Universidad Complutense de Madrid, laureada con la máxima calificación, y en nuestro país con el Premio Nacional de Ensayo Sociopolítico Pedro Henríquez Ureña 2011, no figuren entre sus fuentes bibliográficas ninguna de las obras y artículos mencionados en este análisis<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Sin embargo, en la obra *La Constitución de la República Dominicana comentada por los Jueces del Poder Judicial* (Editora Corripio, octubre 2006, páginas 202-203), el magistrado Samuel Arias Arzeno si comenta el tema e incluso cita la opinión al respecto del profesor Enmanuel Esquea Guerrero.

<sup>22</sup> ROSARIO, Juan Manuel: *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Librería Jurídica Virtual y Ediciones Jurídicas Trajano Potentini, Santo Domingo, 2005.

<sup>23</sup> Ob. Cit., página 190.

<sup>24</sup> CASTILLO PANTALEON, Juan Miguel: *La nacionalidad dominicana*, Editora Nacional, Santo Domingo, República Dominicana 2012.

<sup>25</sup> Realmente es penosa la pobreza bibliográfica en lo que respecta al tema de la nacionalidad en la República Dominicana, en la que no figura, entre otros, la obra de *Derecho Constitucional* de Rafael F. Bonnelly, el artículo de Manuel De Jesús Camarena Perdomo sobre la nacionalidad, y los

45. De esta omisión se comprende por qué el profesor *Castillo Pantaleón* no analiza en su libro la exigencia constitucional de *hijo legítimo* para que aplicara la excepción al jus soli que rigió en República Dominicana entre 1908-1924 y 1929-2010, para los hijos de los *extranjeros de tránsito* nacidos en territorio nacional.

46. Es a partir de la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010, que desaparece en nuestro ordenamiento constitucional la condición de *hijo legítimo* para que aplique la excepción al jus soli prevista en las Cartas Fundamentales del Estado que rigieron en los períodos 1908-1924 y 1929-2010.

#### B. El requisito de tránsito de los padres.

47. La excepción de los *hijos legítimos* de los *extranjeros de tránsito* para la adquisición de la nacionalidad por *jus soli* en nuestro país, no se incorpora en la República Dominicana en la Constitución del 20 de junio de 1929.

48. Fue en la *Constitución de 1908, que rigió en nuestro país hasta el año 1924*<sup>26</sup>, que se introdujo por primera vez esa excepción aplicable a los *hijos legítimos* de los extranjeros que residan en la República en representación diplomática o que estén *de tránsito* en ella:

“Art. 7. Son dominicanos: Todas las personas que al presente gozaren de esta cualidad en virtud de Constituciones y leyes anteriores. Todas las personas que nacieren en el territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres, *exceptuando los hijos legítimos* de los extranjeros que residan en la República en representación diplomática, *o que estén de tránsito en ella*. Los nacidos en el extranjero de padres dominicanos, siempre que, de acuerdo con las leyes, del país de su residencia o domicilio, no hayan adquirido una nacionalidad extraña”.

49. Resulta interesante, apreciar algunos detalles contenidos en el Boletín de la Asamblea Revisora de la Constitución de 1908, donde este tema de la nacionalidad por jus soli y su excepción *de tránsito*, como ya se ha dicho<sup>27</sup>, fue objeto de discusión.

50. En efecto, de la lectura del boletín de la Asamblea Constituyente de la Constitución de 1908 se advierte que se presentaron a discusión dos propuestas de texto constitucional: uno, de la Comisión oficial de la Asamblea Constituyente<sup>28</sup>, y el otro, un contraproyecto propuesto por un miembro disidente de la Comisión<sup>29</sup>. La propuesta de la Comisión oficial fue presentada a la Asamblea Constituyente en su sesión del 13 de diciembre de 1907, por el representante de Santo Domingo Armando Rodríguez; mientras que el contraproyecto fue presentado a la Asamblea en la sesión del 18 de diciembre de 1907, por su proponente el comisionado disidente P. A. Bobea, representante de La Vega.

---

trabajos del profesor Ambrosio Álvarez Aybar, todos textos esenciales para abordar el tema con las diferentes aristas que ha tenido en nuestro país. Esos trabajos no son de difícil localización, ya que figuran citados en la Bibliografía Jurídica Dominicana publicada por Frank Moya Pons y Marisol Florén..

<sup>26</sup> En ese año, la Constitución de 1924, dio paso a un sistema de nacionalidad en el que el jus sanguinis fue preponderante hasta la Constitución del 20 de junio de 1929, que volvió al sistema de la Constitución de 1908.

<sup>27</sup> Ver No. 24.

<sup>28</sup> Esa comisión fue conformada en la sesión de fecha 20 de noviembre de 1907, y estuvo integrada por F. R. Dicoudray, P. A. Bobea, Joaquín E. Salazar, C. A. Rodríguez y J. O. Menard.

<sup>29</sup> P. A. Bobea, representante por La Vega.

51. Ambas propuestas plantean en cuanto a la nacionalidad el jus soli, pero con variantes: (a) El de la Comisión Oficial, con la excepción de los hijos legítimos de los extranjeros que residan en la República en representación diplomática, o de los que estén *de tránsito* en ella (art. 4.2)<sup>30</sup>, y b) El contraproyecto del representante disidente de la Comisión, en el aspecto del jus soli, la excepción de los diplomáticos, pero no plantea el *de tránsito*, sino *“o que no hubiera fijado su domicilio en la República”* (artículo 6.1), fórmula esta casi idéntica a la que figuraba en la Constitución de 1907, sólo *que en vez del término residencia sugiere el de domicilio* que está sujeto, en adición a la residencia a una autorización del Poder Ejecutivo.

52. En la sesión del *8 de enero de 1908*, fueron discutidas no sólo las dos propuestas antes indicadas, sino otras que surgieron en el curso de las deliberaciones de la Asamblea:

“seguidamente se leyó el inciso segundo, y surgieron las siguientes proposiciones: 1ª Dip. Peralta: *“Todas las personas que nacieren en el territorio de la República; pero los hijos legítimos de padres extranjeros que no deseen gozar de esta cualidad deberán declarar en la época de su mayor de edad y ante el presidente del Ayuntamiento de su domicilio, que asumen la nacionalidad de sus padres”*; 2ª Dip. Menard: *“Todas las personas que nacieren en el territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres, siempre que cumplida la mayor edad opten por la nacionalidad dominicana y obtengan de quien corresponda, carta de naturalización. Se exceptúan los hijos legítimos de los extranjeros que residan en la República en representación diplomática”*; 3ª Dip. Sánchez: Propone el inciso como lo tiene el proyecto y contraproyecto, pero suprimiendo el calificativo de “legítimos”; 4ª Dip. Rivera propone este inciso: *“Son dominicanos los hijos de padres extranjeros nacidos en el territorio dominicano si al llegar a la mayor edad no declararen ante quien fuere de derecho su propósito de seguir la nacionalidad de sus padres”*.

53. Continúa el relato del acta contenida en el Boletín de la Asamblea con lo siguiente:

*“Establecióse la discusión sostenida por los autores de las respectivas proposiciones, y los miembros de la comisión y miembro disidente, hasta que la Presidencia considerando el punto suficientemente discutido, sometió al voto, por su orden, las diferentes proposiciones surgidas, sin que ninguna obtuviera el favor de la mayoría. Sometido asimismo el inciso 2º del contraproyecto, tampoco fue aceptado y quedó aprobado el del proyecto de la mayoría de la comisión”*.

54. En la Asamblea Revisora de la Constitución de junio de 1929, el término *“de tránsito”* estuvo presente en las discusiones suscitadas en la sesión del 18 del mes de junio de 1929:

**“SECRETARIO MEJIA:** “Todas las personas que nacieren en el territorio de la República con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en la República en representación diplomática o que estén *de tránsito*”. **“SECRETARIO TRONCOSO:** “Las personas nacidas en el territorio de la República, o en el extranjero, de padres dominicanos”. **REPRESENTANTE PRESIDENTE:** -Se ofrece la palabra. **REPRESENTANTE BIDO:** - Pido la supresión de las palabras: “... o que estén *de tránsito* en ella”. Se debe dejar en completa libertad a estos hijos de extranjeros nacidos en el país, para que lo elijan o no. En la forma actual, se prohíbe terminantemente”. **REPRESENTANTE MATEO:** - Comenzaré por decir que no es un ripio de la Constitución esa disposición; está muy lejos de lo que es un ripio. No me parece aceptable la proposición Bidò; esto así, porque **el mismo término**

<sup>30</sup> El artículo 4.2 del proyecto de la Comisión Oficial: *“Son dominicanos: 2. Todas las personas que nacieren en el territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres, exceptuando los hijos legítimos de los extranjeros que residan en la República en representación diplomática, o que estén de tránsito en ella.*

“tránsito” está indicando que son gentes que cruzan pero que no se detienen<sup>31</sup>, y como ningún individuo puede acogerse a una nacionalidad mientras no llega a la mayoría, hay que pensar que ese niño llegado a cumplir 21 años ya puede optar al país donde nació de tránsito y puede entonces regresar al país y tiene las puertas abiertas a la nacionalización. **DIPUTADO PRESIDENTE:** En primer término, se somete el texto original de la Comisión. FUE APROBADO CON 22 VOTOS A FAVOR<sup>32</sup>.

55. *Jacobo Alberto Simón y Miguel*, en su tesis para optar por el título de Doctor en Derecho de la Universidad de Santo Domingo en 1947<sup>33</sup>, apadrinada por Froilán Tavares H., refleja el concepto utilizado en la segunda Asamblea Revisora de 1929 por el Representante Mateo, de que el *de tránsito* “son gentes que cruzan pero que no se detienen”, aludiendo como sinónimo del término *de tránsito*, el de *transeúnte* como “*el hombre que cual ave pasajera olfatea las delicias del país y continúa ruta hacia otros senderos*”.

56. Por su parte, en la tesis sobre “*La teoría de la nacionalidad en el derecho político dominicano*”, escrita por Luis Scheker Hane en 1944<sup>34</sup>, apadrinada por Manuel María Guerrero, al comentar el régimen del *jus soli* en la Constitución de 1934, que al igual que la de junio de 1929, establece como excepción los *hijos legítimos* de los extranjeros residentes en la República en representación diplomática o que estén *de tránsito* en ella, sostiene que estas excepciones se explican: “*la primera, por la teoría de la extraterritorialidad; la segunda, porque la circunstancia del tránsito indica por sí sola desapego a la tierra en que ocurrió accidentalmente el nacimiento, y no puede un simple accidente crear vinculaciones jurídica de la naturaleza que nos ocupa*”.

57. Respecto de este aspecto, el profesor Juan Miguel Castillo Pantaleón en su obra sobre la nacionalidad dominicana, asume como algo imposible, la posibilidad a la que alude con toda naturalidad Luis Scheker Hane en su tesis para optar por el título de doctor en Derecho en la Universidad de Santo Domingo:

“El artículo 3, acápite 2º, de la desaparecida Ley de Migración No. 95 del año 1939, hablaba de “*transeúntes*” al subsumirlos junto con otras tres categorías de No Inmigrantes, las cuales eran: 1º Visitantes en viaje de negocio, estudio, recreo o curiosidad; 3º Personas que están sirviendo algún empleo de naves marítimas o aéreas; y 4º Jornaleros temporeros y sus familias)...En esa hipótesis extravagante, esbozada por la desafortunada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no sólo resultaban dominicanos los hijos de los restantes No Inmigrantes que nacieren en la media isla (los hijos de turistas, tripulantes de naves y jornaleros temporeros), sino que solamente no le correspondería la nacionalidad dominicana al hijo del “transeúnte” si este excepcional sujeto tuviere descendencia después del décimo día de su llegada a República Dominicana.”

<sup>31</sup> El Tribunal Constitucional en la sentencia 168-13: “*En ese sentido, los extranjeros en tránsito no deben ser confundidos con los extranjeros transeúntes* previstos también en los dos estatutos precitados, y que a la luz de estos últimos no son más que el segundo de los aludidos cuatro grupos de personas que integran la categoría de los indicados trabajadores extranjeros no inmigrantes que acabamos de mencionar, o sea, de los extranjeros en *tránsito*. En efecto, el vocablo transeúnte alude a la persona “[*q*]ue transita o pasa por algún lugar”; o que “está de paso en un lugar y no reside habitualmente en él”. Por tanto, se trata, genéricamente, de un “visitante, pasajero, viajero, turista”. Resulta extraño que el Tribunal Constitucional que cita en su sentencia (punto 2.1.6) la exposición de motivos de la reforma constitucional en lo relativo al tema de la nacionalidad, haya omitido esta discusión que tuvo lugar en la misma Asamblea Revisora en la que se presentó el informe.

<sup>32</sup> Boletín de la Asamblea Revisora, página 68.

<sup>33</sup> El *Jus Soli* en la Constitución Dominicana.

<sup>34</sup> La teoría de la nacionalidad en el derecho político dominicano, pág. 29.



**La excepción prevista, por tanto, en el entonces artículo 11 de la Constitución, quedaría reducida a la insignificancia e inutilidad más absoluta**<sup>35</sup>”.

58. Por otra parte, con posterioridad a la Constitución de junio de 1929, fueron dictadas tres leyes sobre inmigración que utilizan, en un mismo sentido el término *de tránsito* al que alude la constitución de 1929 en el tema de las excepciones a la nacionalidad por *jus soli*.

59. La primera ley, la número 426 de 1932 en su artículo 3, párrafo 5 se refiere a los *extranjeros de tránsito* como aquellos “**que entren en el país con fines exclusivos de tránsito para otro destino, por requerirlo así su itinerario y siempre que no permanezcan sino el tiempo estrictamente necesario**”.

60. En 1934, la nueva Ley de Inmigración No. 739, reproduce en su artículo 13, numeral (c), el concepto *extranjero de tránsito* de la ley 426, señalando que están dispensados del permiso de inmigración” los “**que entren en el país con fines exclusivamente de tránsito para otro destino, por requerirlo así su itinerario**, y siempre que no permanezcan sino el tiempo estrictamente necesario”.

61. La ley de inmigración No. 95 de 1939, en su artículo 3, hace referencia entre los extranjeros no inmigrantes en nuestro país aquellas personas “**que transiten al través del territorio de la República en viaje al extranjero**”. En el reglamento de esta ley se utiliza la expresión “*transeúntes*”, para referirse precisamente a las personas que las leyes de inmigración de 1932, 1934 y 1939 califican como *extranjeros de tránsito*.

62. Es que, durante la dictadura *de Trujillo*, la expresión *transeúnte* no guardaba diferencia alguna con la *de tránsito*, *más bien se consideraban como términos sinónimos*. Veamos, a título de ejemplo, lo sostenido en su tesis para optar por el doctorado en Derecho en la Universidad de Santo Domingo por Jaime Manuel Fernández González en 1953<sup>36</sup>:

“En la parte segunda del artículo 8 citado se ratifica el principio del *jus soli*, con la excepción racional y acorde con las normas del Derecho Internacional, de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o de los transeúntes<sup>37</sup>”.

63. En igual sentido, *Faustino Alfonso Pérez Peralta*, al sustentar su tesis para el doctorado en Derecho de la Universidad de Santo Domingo en 1955, señala que Constituciones como las de “*Cuba, Chile, Guatemala, que no solamente excluyen de la aplicación del jus soli a los hijos de los diplomáticos, sino también a los de los extranjeros que ostenten la calidad de transeúntes, en el mismo sentido en que se pronuncia la nuestra*”.

64. Finalmente, en lo que respecta a la consideración de *extranjero de tránsito* resulta esclarecedor hacer referencia a una circular que en su calidad de Secretario de Estado de Relaciones Exteriores expidió el destacadísimo intelectual dominicano Manuel Arturo Peña Ballet.

65. Se trata de la Circular No. 59, de fecha 26 de octubre de 1946<sup>96</sup>, dirigida a “*Funcionarios del Servicio Exterior de la República*”, donde advierte que a fines de control migratorio en materia de ingreso al territorio nacional existen tres categorías de visas: las de inmigrantes, las de no inmigrantes y *las de tránsito*. En dicha Circular se identifican cla-

<sup>35</sup> CASTILLO PANTALEON, Juan Miguel: *La nacionalidad dominicana*, Editora Nacional, Santo Domingo, República Dominicana 2012, páginas 385-386.

<sup>36</sup> *Formas de adquirir la nacionalidad. Consideraciones acerca de la legislación vigente en la República Dominicana*. Dicha tesis fue apadrinada por Hipólito Herrera Billini.

<sup>37</sup> Página 39.



ramente a los *no inmigrantes*, como aquellos que deseen visitar la República en viaje de negocio, estudio, recreo o curiosidad, a los que se les debe expedir una **visa de residencia temporal**; mientras que a los *extranjeros de tránsito*, se les otorgará una **visa de tránsito** “cuando se compruebe que el interesado está debidamente autorizado a entrar al país hacia el cual se dirige o pueda regresar sin dificultad e inconvenientes al país de procedencia”.

66. En lo que respecta al tiempo de permanencia de los *extranjeros de tránsito* en nuestro país, el profesor Manuel A. Amiama en sus Notas de Derecho Constitucional dice categóricamente que:

“la del estado *de tránsito*, en cuanto a su carácter y duración, no ha sido todavía regulada por ninguna ley<sup>38</sup>”.

### -III-

67. Como se puede advertir de lo precedentemente expuesto, el debate sobre el tema de la nacionalidad de los hijos de los indocumentados nacidos en nuestro país, sobre todo a partir de la última década del siglo pasado y en los primeros años de este siglo estuvo totalmente sesgada por dos razones principales. La primera, porque dicho debate ignoró la existencia de una exigencia constitucional para la aplicación de las excepciones al jus soli previstos en los períodos 1908-1924 y 1929-2010, como lo constituía la condición de *hijo legítimo*. Y la segunda, porque fue desnaturalizado un concepto como el de *extranjero de tránsito*, que a lo largo de la dictadura trujillista tuvo el único sentido, el de extranjeros “*que entren en el país con fines exclusivamente de tránsito para otro destino*”, los que en palabras de Manuel Arturo Peña Batlle eran provistos para ingresar a nuestra tierra de una *visa de tránsito*.

68. La irresponsabilidad del Estado, a partir de la segunda mitad de la década del sesenta del siglo pasado, que con una retórica y prácticas totalmente divorciadas condujeron a un auténtico desorden migratorio que oficializaba de facto la presencia de miles de personas de nacionalidad haitiana en nuestro territorio en condición migratoria irregular, así como el alucinamiento provocado en el sector conservador de nuestro país **-entre los que se encontraba en ese entonces quien esto escribe-** de que el más grande líder popular de toda la historia democrática dominicana, el doctor José Francisco Peña Gómez, de ascendencia haitiana, pudiera ascender, primero en 1994, y luego en 1996, a la primera magistratura del Estado, desató un manejo político sobre el fantasma de un alegado plan internacional para la fusión de la República Dominicana y la República de Haití, sustentada por el presidente Joaquín Balaguer el 27 de febrero de 1994 en el salón de la Asamblea Nacional a través de la desnaturalización de una cláusula usual en contratos de renegociación deuda pública, que en ese momento se realizaba con el Club de París, sentando así las bases para la nueva escena, la del plan jurídico que desembocó en el presente siglo en una delicada situación internacional para nuestro país.

69. Ese plan jurídico, que ya tenía como base retórica, entre otros, a juristas de la talla de Lupo Hernández Rueda, tuvo como primera manifestación a nivel oficial un discurso pronunciado en el acto inaugural de la Escuela Nacional de la Judicatura el 11 de agosto de 1999, por el entonces magistrado presidente de la Suprema Corte de Justicia, el doctor Jorge

<sup>38</sup> *Notas de Derecho Constitucional Dominicano*. Segunda Edición 1959, página 41. Es importante señalar que ciertamente ninguna de las tres leyes de inmigración que rigieron durante la dictadura de Trujillo estableció plazo, el que fue previsto por vía del reglamento de la Ley de inmigración de 1939.

Subero Isa, en el que expresó que huelga “hablar de la importancia que tiene la nacionalidad para cualquier ser humano. Sin embargo, muchas veces olvidamos que de la determinación de la nacionalidad puede depender no sólo la estabilidad del país, sino también la existencia misma como Estado<sup>39</sup>”.

70. Dijo además el profesor Jorge Subero Isa, luego de referirse a las excepciones a la nacionalidad por jus soli en la entonces vigente Constitución de 1994, con un manejo evidentemente sesgado del concepto de *hijo legítimo* que sin explicación alguna limitaba al de los hijos de los diplomáticos nacidos en nuestro territorio, y presentando, adicionalmente, unas preocupaciones que hubieran causado hilaridad en un acto de la misma naturaleza durante la dictadura de Trujillo respecto del concepto de *extranjero de tránsito*, expresó que dado “**el vínculo existente entre la nacionalidad, la ciudadanía y el Estado, se impone que la nacionalidad dominicana sea protegida al máximo, revistiéndola de una coraza legal que sea clara, precisa e inequívoca**<sup>40</sup>”.

71. Varios años después de ese discurso, el día 7 de enero de 2006, día del Poder Judicial, en presencia del jefe del Estado, de miembros de su gabinete y del Cuerpo Diplomático acreditado ante el gobierno de la República Dominicana, el presidente de la Suprema Corte de Justicia recordaba su discurso del 11 de agosto de 1999 con motivo de la inauguración de la Escuela Nacional de la Judicatura, y con voz elevada dijo:

“*Esa sugerencia de coraza legal* fue establecida cinco (5) años después, al aprobar el Congreso Nacional la Ley General de Migración, No. 285-04, del 27 de agosto de 2004. El pleno de la Suprema Corte de Justicia, a propósito de la inmigración y su relación con la nacionalidad dominicana, sobre una acción de inconstitucional por vía directa contra dicha ley, dictó la sentencia de fecha 14 de diciembre de 2005”.

72. En esencia, la Ley General de Migración de 2004, dado que la cuestión de la determinación de que se entendía por *extranjero de tránsito* en nuestro país era un tema de ley, decidió ampliar el concepto que figuraba ininterrumpidamente en la legislación migratoria dominicana desde 1932, lo que fue validado por la Suprema Corte de Justicia actuando en sus atribuciones de control concentrado de constitucionalidad, por lo que el magistrado Subero Isa dijo, a título de misión cumplida, que con “esa sentencia queda definitivamente establecido que no tan sólo los hijos de extranjeros que se encuentren en nuestro país sin ningún tipo de autorización, es decir, los extranjeros no residentes, no pueden adquirir por el hecho del nacimiento, la nacionalidad dominicana, sino que tampoco pueden adquirir por ese hecho originario los hijos con residencia temporal en el país; es decir, aquellos extranjeros autorizados a residir por un período determinado en el territorio dominicano. Deduciéndose en consecuencia que sólo los hijos de los extranjeros con residencia permanente llegan a ser dominicanos”.

73. Olvidada el profesor Jorge Subero Isa en su discurso de apertura del Poder Judicial de enero de 2006, la limitación aún existente entonces en la Carta Fundamental del Estado de que la excepción a la nacionalidad por jus soli de los hijos de los *extranjeros de tránsito* nacidos en nuestro territorio aplicaba sólo a los *hijos legítimos*, situación que vino a resolverse con la proclamación el 26 de enero de 2010 de la nueva Constitución de la República, que eliminó esa exigencia presente entre nosotros entre 1908-1924 y 1929-2010.

<sup>39</sup> 14 Años y la 1ra. Ola de Reforma Judicial 1997-2011. Publicación de la Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), 2012, página. 410 y siguientes.

<sup>40</sup> 14 Años y la 1ra. Ola de Reforma Judicial 1997-2011. Publicación de la Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), 2012, página 412.

74. Ni la “coraza” resultante de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del 14 de diciembre de 2005, que validaba el nuevo concepto ampliado de *extranjero de tránsito*; ni su inclusión en el texto constitucional de 2010; ni la eliminación de la exigencia de ser *hijo legítimo* para que aplicara la excepción al *jus soli*, parecieron suficientes para “preservar la supervivencia de la nación dominicana”.

75. Y ahí apareció la Sentencia 168-13, del 23 de septiembre de 2013 del Tribunal Constitucional dominicano, que, por una parte, coincide con la sentencia de la Suprema Corte de Justicia del 14 de diciembre de 2005 ignorando la exigencia constitucional vigente entre 1908-1924 y 1929-2010, respecto de ser *hijos legítimos* de los *extranjeros de tránsito* para que aplicara la excepción al *jus soli*, pero, de otro lado, se distingue de la decisión del más alto órgano del Poder Judicial por un pretendido, pero fallido, ejercicio de exhaustividad y erudición histórica, con errores e inexactitudes que la alejaron de la certeza jurídica, conduciéndola a errores, como son, por sólo mencionar algunos, el de que la excepción al *jus soli* a los hijos de los *extranjeros de tránsito* se consagró por primera vez en la Constitución de junio de 1929; la afirmación de que el concepto *extranjero de tránsito* fue establecido por primera vez en la ley de inmigración de 1939, cuando con anterioridad, tanto las leyes de inmigración de 1932, como en la de 1934, recogen el mismo concepto que la de 1939; la pretendida diferencia entre *tránsito-transeúnte* a pesar de que en la dictadura trujillista, época en que se aprobó la Ley de inmigración de 1939, eran conceptos sinónimos; y finalmente, dar la espalda en su análisis histórico a la discusión que suscitó en la Asamblea Revisora el concepto *extranjero de tránsito*.

76. En fin, la extensión de los efectos a junio de 1929 contenida en la sentencia TC-168-13, del 23 de septiembre de 2013, atizó nuevamente el incendio que la Constitución del 26 de enero de 2010 había apagado al consagrar un nuevo régimen de excepciones a la nacionalidad por *jus soli* restringido y más robusto que el que había estado vigente de manera ininterrumpida en nuestro país desde la Constitución de junio de 1929, como lo había abogado Luis *Julián Pérez* en la sesión del Consejo Nacional de Desarrollo celebrada en el Palacio Nacional, en presencia del entonces presidente Balaguer, el 5 de septiembre de 1973<sup>41</sup>.

77. Lo demás, lo ya hecho, parafraseando al insigne jurista alemán Radbruch, *constituye injusticia extrema, que no es Derecho*.

---

<sup>41</sup> Ver No. 6.



## LEGISLACIÓN



# Información Legislativa

## LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL PRIMER SEMESTRE DE 2022

Recopilación y selección  
por Gabriel Sira Santana  
*Abogado*

### SUMARIO

#### I. RÉGIMEN DE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA

1. *Acuerdos*. A. Régimen de la administración general del Estado. B. Régimen de los derechos fundamentales. 2. *Decretos*.

#### II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Poder Legislativo. B. Poder Ejecutivo. a. Vicepresidencias sectoriales. b. Ministerios. c. Viceministerios. d. Empresas del Estado. e. Fundaciones del Estado. f. Otros órganos y entes. C. Poder Judicial. D. Poder Ciudadano. a. Contraloría General de la República. b. Ministerio Público.

#### III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema funcionarial*.

#### IV. 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. Función policial, de investigación científica y protección civil. B. Operativos y planes de seguridad ciudadana. 3. *Migración y extranjería*. 4. *Fe pública*.

#### V. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Unidad tributaria*. 2. *Cono monetario*. 3. *Tributos*. 4. *Correo*. 5. *Instituciones financieras y mercado de valores*. 6. *Telecomunicaciones*. 7. *Agricultura y pesca*. 8. *Energía y minas*. 9. *Servicios e industrias*.

#### VI. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Familia*. 2. *Ciencia y tecnología*. 3. *Educación*. A. Educación básica y media. 4. *Régimen laboral*. 5. *Profesiones*. 6. *Cultura*. 7. *Premios y condecoraciones*. 8. *Salud*.

#### VII. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Ambiente y recursos naturales*. 2. *Transporte y tránsito*. A. Sistema de transporte acuático y aéreo.



## I. RÉGIMEN DE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA<sup>1</sup>

### 1. *Acuerdos*

#### A. *Régimen de la administración general del Estado*

Ley de reforma parcial del estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.L. N° 56 del 05-01-2022.

Acuerdo en seguimiento a la protección y defensa de los activos de la República en el extranjero recuperados por el Gobierno Encargado de Venezuela. G.L. N° 61 del 21-06-2022.

#### B. *Régimen de los derechos fundamentales*

Ley de reforma parcial de la ley especial del Fondo para la Liberación de Venezuela y Atención de Casos de Riesgo Vital. G.L. N° 56 del 05-01-2022.

### 2. *Decretos*

Decreto Presidencial N° 39, mediante el cual se reorganiza administrativamente el funcionamiento del Gobierno Encargado. G.L. N° 56 del 05-01-2022.

Decreto Presidencial N° 40, mediante el cual se reforma el reglamento de la ley especial del Fondo para la Liberación de Venezuela y Atención de Casos de Riesgo Vital. G.L. N° 58 del 08-03-2022.

Decreto Presidencial N° 41, mediante el cual se reforma el reglamento de la ley especial del Fondo para la Liberación de Venezuela y Atención de Casos de Riesgo Vital. G.L. N° 61 del 21-06-2022.

## II. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

### 1. *Régimen del Poder Público Nacional*

#### A. *Poder Legislativo*

Reglamento Orgánico Interno de la Asamblea Nacional. G.O. N° 6.700 del 06-04-2022.

Resolución de la Asamblea Nacional, mediante la cual se dictan las Normas que Rigen el Sistema Interno de Modificaciones Presupuestarias de la Asamblea Nacional para el Ejercicio Económico Financiero 2022. G.O. N° 42.371 del 06-05-2022.

#### B. *Poder Ejecutivo*

##### a. *Vicepresidencias sectoriales*

Decreto N° 4.703 mediante el cual se crea la Vicepresidencia Sectorial de Ciencia, Tecnología, Educación y Salud, como órgano superior de dirección de la acción de gobierno, al cual corresponderá la coordinación de los Ministerios del Poder Popular con competencia en las materias de: para la Ciencia y Tecnología; para la Educación, para la Educación Universitaria; y para la Salud, así como la definición de las líneas elementales en la formulación de políticas públicas afines con el ámbito de su actividad, su ejecución y control. G.O. N° 42.402 del 20-06-2022.

---

<sup>1</sup> La información se ha extraído de la Gaceta Legislativa de la Asamblea Nacional (G.L.), disponible en <https://www.asambleanacionalvenezuela.org/gacetas>

b. *Ministerios*

Resolución N° 3 del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica, mediante la cual se ordena publicar en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, el listado de los entes adscritos a este Ministerio. G.O. N° 42.301 del 20-01-2022.

Decreto N° 4.641, mediante el cual se establece el cese de funciones del Ministro de Estado para la Nueva Frontera de Paz, de conformidad con la normativa vigente. G.O. N° 42.321 del 17-02-2022.

c. *Viceministerios*

Decreto N° 4.635, mediante el cual se crea el Despacho del Viceministro o de la Viceministra para la Preservación de la Vida y la Biodiversidad, en el Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo. G.O. N° 42.300 del 19-01-2022.

d. *Empresas del Estado*

Decreto N° 4.680, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa del Estado, bajo la forma de Sociedad Anónima, que se denominará “Fondo Nacional para los Emprendimientos, S.A.”, la cual estará bajo el control accionario y adscripción del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de economía y finanzas, pudiendo identificarse a través de las siglas “FONAEM, S.A.”. G.O. N° 42.361 del 22-04-2022.

e. *Fundaciones del Estado*

Decreto N° 4.691, mediante el cual se autoriza la creación de una Fundación del Estado, la cual se denominará “Fundación Aristóbulo Iztúriz”, con personalidad jurídica y patrimonio propio, adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Educación. G.O. N° 42.383 del 24-05-2022.

f. *Otros órganos y entes*

Resolución N° 006/2022 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se instruye a los entes, con o sin fines empresariales, adscritos en cualquier grado a este Ministerio, que se indican en esta resolución, sujetarse a la rectoría productiva y financiera que se dicte, a través de la empresa del Estado Conglomerado Agrosur, S.A., en el marco de los preceptos contenidos en la Ley Constituyente que crea el Conglomerado “Agrosur”. G.O. N° 42.306 del 27-01-2022.

Resolución N° 170/2022 del Ministerio del Poder Popular Para la Ciencia y Tecnología, mediante la cual se conforma el Gabinete Estatal de Gestión e Integración Territorial, como una instancia de articulación, impulso y seguimiento de los proyectos y actividades de este Ministerio. G.O. N° 42.367 del 02-05-2022.

Resolución conjunta de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para La Defensa, mediante la cual se constituye el Comité Antidrogas. G.O. N° 42.393 del 08-06-2022.

C. *Poder Judicial*

Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. G.O. N° 6.684 del 19-01-2022.

Ley Orgánica de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de La Defensa Pública. G.O. N° 6.702 del 25-05-2022.

D. *Poder Ciudadano*

a. *Contraloría General de la República*

Resolución N° 01-00-256 de la Contraloría General de la República, mediante la cual se dictan la Reforma de la Resolución Organizativa N° 1. G.O. N° 42.324 del 22-02-2022.

b. *Ministerio Público*

Resolución N° 326 del Ministerio Público, mediante la cual se dictan las Normas del VII Concurso de Credenciales y Oposición para el Ingreso a la Carrera Fiscal. G.O. N° 42.326 del 24-02-2022.

Resolución del Ministerio Público, mediante la cual se Reforma el artículo 7 de la Resolución N° 326 de fecha 18-02-2022, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.326 de fecha 24-02-2022, de las Normas del VII Concurso de Credenciales y Oposición para el Ingreso a la Carrera Fiscal. G.O. N° 42.343 del 23-03-2022.

Resolución N° 732 del Ministerio Público, mediante la cual se crea la “Coordinación de Apoyo Estatal”, adscrita a la Dirección de Recursos Humanos, de este Organismo. G.O. N° 42.353 del 06-04-2022.

### III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema funcionarial*

Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de ley Contra la Corrupción. G.O. N° 6.699 del 02-05-2022.

### IV. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Relaciones internacionales*

A. *Acuerdos e incorporaciones al ordenamiento jurídico nacional*

Resolución N° 009/2022 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Benín, sobre Supresión de Visas para Pasaportes Diplomáticos, de Servicio u Oficial. G.O. N° 42.391 del 03-06-2022.

B. *Cuerpos diplomáticos*

Resolución N° 174 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual la Representación Permanente de la República Bolivariana de Venezuela ante la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), tendrá su Estructura Administrativa Autónoma. G.O. N° 42.301 del 20-01-2022.

Resolución N° 017/2022 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se dicta el Instructivo que Regulará la Relación Laboral entre las Misiones Diplomáticas, Representaciones Permanentes y Consulares, con el personal contratado localmente, en concordancia con la legislación del país receptor, de acuerdo a los términos que en ella se indican. G.O. N° 42.329 del 03-03-2022.

## 2. *Seguridad y defensa*

### A. *Función policial, de investigación científica y protección civil*

Decreto N° 4.668, mediante el cual se establece que la Brigada Especial contra las Actuaciones de los Grupos Violentos (BEGV), pasará a denominarse Grupo de Operaciones Estratégicas con carácter de órgano desconcentrado con capacidad de gestión presupuestaria, administrativa, o financiera y autonomía funcional, dependiente jerárquicamente del Ministro o Ministra del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz. G.O. N° 42.352 del 05-04-2022.

### B. *Operativos y planes de seguridad ciudadana*

Resolución conjunta de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, para la Defensa y para el Servicio Penitenciario, mediante la cual se ordena a las dependencias, órganos y demás autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana y seguridad de Estado en el territorio nacional, suministrar de manera inmediata al Servicio Nacional para el Desarme (SENADES), órgano desconcentrado del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de seguridad ciudadana, la relación de armas de fuego y municiones aseguradas y recuperadas. G.O. N° 42.363 del 26-04-2022.

## 3. *Migración y extranjería*

Resolución N° 010/2022 mediante la cual se otorga, de manera unilateral y con fines de reciprocidad, el beneficio de supresión de visas a los portadores de pasaportes diplomáticos, oficiales y de servicio de las ciudadanas y ciudadanos de la República de Singapur, para entrar, salir, transitar y permanecer en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, por un período de tiempo no mayor a 90 días, a partir de la fecha de ingreso al país. G.O. N° 42.391 del 03-06-2022.

## 4. *Fe pública*

Providencia administrativa N° 1 del SAREN, mediante la cual se fijan las tasas por concepto de prestación de servicios de los Registros Públicos, de este organismo. G.O. N° 42.301 del 20-01-2022.

Providencia administrativa N° 2 del SAREN, mediante la cual se fijan las tasas por concepto de prestación de servicios de los Registros Mercantiles, de este organismo. G.O. N° 42.301 del 20-01-2022.

Providencia administrativa N° 3 del SAREN, mediante la cual se fijan las tasas por concepto de prestación de servicios de los Registros Principales, de este organismo. G.O. N° 42.301 del 20-01-2022.

Providencia administrativa N° 4 del SAREN, mediante la cual se fijan las tasas por concepto de prestación de servicios de las Notarías Públicas, de este organismo. G.O. N° 42.301 del 20-01-2022.

Ley de Publicaciones Oficiales. G.O. N° 6.688 del 25-02-2022.

## V. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

### 1. *Cono monetario*

Resolución N° 22-04-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se establece que el precio de los bienes y servicios y demás importes monetarios deberán expresarse únicamente en la escala monetaria vigente desde el 01-10-2021. G.O. N° 42.364 del 27-04-2022.

## 2. *Régimen Tributario*

### A. *Unidad tributaria*

Providencia administrativa N° SNAT/2022/023 del SENIAT, mediante la cual se reajusta el valor de la Unidad Tributaria de Bs. 0,02 a Bs. 0,40. G.O. N° 42.359 del 20-04-2022.

### B. *Impuesto sobre la Renta*

Decreto N° 4.685, 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 naturales y jurídicas domiciliadas o domiciliadas en la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.371 del 06-05-2022.

Decreto N° 4.695, mediante el cual se exonera del pago del impuesto sobre la renta, los enriquecimientos netos gravables de fuente territorial, obtenidos por las asociaciones cooperativas, constituidas conforme a las disposiciones establecidas en el Decreto con Fuerza de Ley Especial de Asociaciones Cooperativas. G.O. N° 42.399 del 15-06-2022.

### C. *Impuesto a transacciones financieras*

Decreto N° 4.647, mediante el cual se exonera del pago del impuesto a las grandes transacciones financieras los débitos que generen la compra, venta y transferencia de la custodia en títulos valores emitidos o avalados por la República o el Banco Central de Venezuela, así como los débitos o retiros relacionados con la liquidación del capital o intereses de los mismos y los títulos negociados a través de las bolsas valores, realizados en moneda distinta a la de curso legal en el país o en criptomonedas o criptoactivos diferentes a los emitidos por la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 6.689 del 25-02-2022.

### D. *Impuesto a grandes ganancias*

Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto a las Grandes Transacciones Financieras. G.O. N° 6.687 del 25-02-2022.

### E. *Impuesto a licores*

Providencias administrativas N° SNAT/2021/072 y SNAT/2021/073 del SENIAT, mediante las cuales se autoriza la Emisión y Circulación de Bandas de Garantías para Licores. G.O. N° 42.310 del 02-02-2022.

Providencias administrativas N° SNAT/2021/0061, SNAT/2021/0056, SNAT/2021/0065, SNAT/2021/0060 del SENIAT, mediante las cuales se autoriza la Emisión y Circulación de Bandas de Garantías para Licores, de acuerdo con las especificaciones que en ellas se indican. G.O. N° 42.316 del 10-02-2022.

Providencia administrativa N° SNAT/2022/006 del SENIAT, mediante la cual se autoriza la Emisión y Circulación de Bandas de Garantías para Licores. G.O. N° 42.326 del 24-02-2022.

### F. *Impuesto a las importaciones y exportaciones*

Resolución N° 005/2022 del Ministerio del Poder Popular de Economía, Finanzas y Comercio Exterior, mediante la cual se incorpora al Apéndice I que forma parte integrante del Decreto N° 4.552, de fecha 06-08-2021, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.636 Extraordinario de fecha 06-08-2021, los Códigos Aranceles que en ella se mencionan. G.O. N° 42.332 del 08-03-2022.

Decreto N° 4.683, mediante el cual se establece las exoneraciones de impuestos de importación, impuesto al valor agregado y tasa por determinación del régimen aduanero a la importación de las mercancías señaladas en el capítulo II de este Decreto. G.O. N° 6.697 del 01-05-2022.

Decreto N° 4.694, mediante el cual se proroga hasta el 09-12-2022 la vigencia del Decreto N° 4.525, de fecha 09-06-2021, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.145, de la misma fecha, y en consecuencia quedan vigentes las dispensas de los regímenes legales para las exportaciones allí señaladas, en los términos y condiciones indicados en el citado Decreto. G.O. N° 6.705 del 08-06-2022.

#### G. *Especies fiscales y tributos internos*

Providencia administrativa N° SNAT/2022/000012 del SENIAT, mediante la cual se desincorporan del Inventario de Especies Fiscales y Formularios de la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región los Llanos los timbres fiscales y formularios que en ella se señalan. G.O. N° 42.362 del 25-04-2022.

Providencia administrativa N° SNAT/2022/000014 del SENIAT, mediante la cual se desincorporan del Inventario de Especies Fiscales y Formularios de la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Nor-Oriental y los Sectores de Tributos Internos adscritos, las especies fiscales y formularios que en ella se indican. G.O. N° 42.362 del 25-04-2022.

Providencia administrativa N° SNAT/2022/015 del SENIAT, mediante la cual se desincorporan del Inventario de Especies Fiscales y Formularios de la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Insular, las especies fiscales y formularios que en ella se indican. G.O. N° 42.367 del 02-05-2022.

Providencia administrativa N° SNAT/2022/017 del SENIAT, mediante la cual se autoriza la emisión y circulación del Formulario-82, de acuerdo a las condiciones que en ella se especifican. G.O. N° 42.367 del 02-05-2022.

Providencia administrativa N° SNAT/2022/018 del SENIAT, mediante la cual se desincorporan del Inventario de Especies Fiscales y Formularios de la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Central y el Sector de Tributos Internos Maracay, las especies fiscales y formularios que en ella se señalan. G.O. N° 42.367 del 02-05-2022.

Providencia administrativa N° SNAT/2022/037 del SENIAT, mediante la cual se eleva el Sector de Tributos Internos Libertador a Gerencia Regional de Tributos Internos Libertador, se crean las Unidades de Tributos Internos Carayaca y Colonia Tovar y se reorganiza la Gerencia Regional de tributos Internos de la Región Capital, en los términos previsto en esta providencia. G.O. N° 42.403 del 21-06-2022.

Providencia administrativa N° SNAT/2022/038 mediante la cual se eleva el Sector de Tributos Internos Coro a Gerencia Regional de Tributos Internos Falcón y se reorganiza la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Centro Occidental, en los términos previsto en esta providencia. G.O. N° 42.403 del 21-06-2022.

Decreto N° 4.684, mediante el cual se dicta Reforma Parcial del Decreto N° 2.647 de fecha 30-12-2016, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.281 Extraordinario de la misma fecha. G.O. N° 6.698 del 02-05-2022.

#### H. *Exoneraciones de Tributos*

Decreto N° 4.630, mediante el cual se proroga hasta el 31 de marzo de 2022, la vigencia de los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del Decreto N° 4.552 de fecha 06 de agosto de 2021,

publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.636, Extraordinario de la misma fecha, y en consecuencia quedan vigentes las exoneraciones o beneficios allí señalados, en los términos y condiciones prescritos en el citado Decreto. G.O. N° 6.683 del 14-01-2022.

Decreto N° 4.667, mediante el cual se prorroga hasta el 30-04-2022 la vigencia de los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del Decreto N° 4.552 de fecha 06-08-2021, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.636, Extraordinario de la misma fecha, y en consecuencia quedan vigentes las exoneraciones o beneficios allí señalados, en los términos y condiciones prescritos en el citado Decreto. G.O. N° 6.692 del 31-03-2022.

### 3. *Instituciones financieras y mercado de valores*

Resolución N° 22-01-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se dictan las Normas que regirán la Constitución del Encaje. G.O. N° 42.312 del 04-02-2022.

Resolución N° 22-01-02 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se resuelve que los créditos a los que se refiere la presente Resolución deberán ser expresados únicamente mediante el uso de la Unidad de Valor de Crédito (UVC). G.O. N° 42.312 del 04-02-2022.

Providencia administrativa N° 005/2022 de la SUNAVAL, mediante la cual se dictan las “Normas Relativas a la Oferta Pública de Valores de Emprendedores”. G.O. N° 42.331 del 07-03-2022.

Resolución N° 22-03-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual los créditos a los que se refiere la presente Resolución deberán ser expresados únicamente mediante el uso de la Unidad de Valor de Crédito (UVC). G.O. N° 42.341 del 21-03-2022.

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa a las instituciones bancarias, a las Casas de Cambio y a los Proveedores no bancarios de Terminales de Puntos de Ventas, los límites máximos de las comisiones, tarifas y/o recargos que podrán cobrar por las operaciones y actividades que en ella se especifican. G.O. N° 42.367 del 02-05-2022.

### 4. *Correo*

Providencia administrativa N° CJ/001/2022 de IPOSTEL, mediante la cual se autoriza la impresión y circulación de 3.000 hojas de recuerdo en formato de 3 sellos o estampillas por hoja, 1.500 Porta Estampillas, y demás especies postales alusivos a la Emisión Filatélica denominada “44 Aniversario IPOSTEL”. G.O. N° 42.366 del 29-04-2022.

### 5. *Agricultura y pesca*

Resolución N° 2/2022 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se dicta el Protocolo para la Certificación de Café Orgánico. G.O. N° 42.303 del 22-01-2022.

Resolución N° 3/2022 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se dictan las Normas para el Funcionamiento de las Asociaciones de Productores o Beneficiadoras de Café y Torrefactoras. G.O. N° 42.303 del 22-01-2022.

Resolución N° 4/2022 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se dictan las Normas que Regulan la Producción y Distribución de Café Artesanal. G.O. N° 42.303 del 22-01-2022.



Providencia administrativa N° 014/2021 del INSAI, mediante la cual se establecen las medidas y los procedimientos de control de ingreso, producción, reproducción y establecimiento y distribución de material vegetal de cacao (*Theobroma cacao* L.) Clon CCN-51 “Colección Castro Naranja”, al territorio de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.304 del 25-01-2022.

Providencia administrativa N° 001/2022 del INSAI, mediante la cual se establecen las Normas, Medidas y Procedimientos Fitosanitarios para el Manejo, Contención, Control y Erradicación de la Plaga “Escoba de Bruja” causada por el hongo *Moniliophthora Perniciosa* (Stahel), en la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.319 del 15-02-2022.

Resolución conjunta de los Ministerios del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, para la Defensa, de Petróleo, para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para el Transporte, mediante la cual se establecen los mecanismos de control a transportista y usuarios finales de abonos minerales o químicos en el territorio nacional. G.O. N° 42.343 del 23-03-2022.

#### 6. *Servicios e industrias*

Resoluciones del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante las cuales se declaran como Normas Venezolanas COVENIN, de carácter nacional, las normas que en ellas se especifican. G.O. N° 42.359 del 20-04-2022.

## VI. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

### 1. *Familia*

Ley de Reforma de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Pateridad. G.O. N° 6.686 del 15-02-2022.

### 2. *Ciencia y tecnología*

Ley Orgánica de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación. G.O. N° 6.693 del 01-04-2022.

### 3. *Educación*

#### A. *Educación básica y media*

Resolución N° 031 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se procede crear, en todas las escuelas técnicas públicas y las de gestión privada que administran menciones de formación profesional, la Unidad de producción Escolar Territorial “Aristóbulo Iztúriz” (UPETA); dicha Unidad estará integrada de la manera que en ella se especifica. G.O. N° 42.316 del 10-02-2022.

Resolución N° 013/2022 del Ministerio del Poder Popular para la Educación, mediante la cual se crea la Cátedra “Alí en la Escuela” para todos los niveles y modalidades del subsistema de educación básica. G.O. N° 42.370 del 05-05-2022.

### 4. *Régimen laboral*

Decreto N° 4.653, mediante el cual se aumenta el Salario Mínimo Mensual obligatorio así como el monto de Jubilaciones y Pensiones. G.O. N° 6.691 del 15-03-2022.

Decreto N° 4.654, mediante el cual se incrementa el beneficio del Cestaticket Socialista. G.O. N° 6.691 del 15-03-2022.

Resolución N° 2022-099 de la Dirección de Inspectoría Nacional y Otros Asuntos Colectivos de Trabajo del Sector Privado, mediante la cual se convoca a la instalación de la Reunión Normativa Laboral con alcance nacional, a los representantes de la Organización Sindical Federación Nacional de Sindicatos de Trabajadores de Productos Medicinales, Cosméticos y Perfumería (FETRAMECO). G.O. N° 42.352 del 05-04-2022.

5. *Profesiones*

Ley de Intérpretes Públicos. G.O. N° 6.703 del 25-05-2022.

6. *Cultura*

Acuerdo de la Asamblea Nacional, mediante el cual se conceden los Honores del Panteón Nacional a nuestro insigne Héroe Patrio General en Jefe Manuel Piar. G.O. N° 42.364 del 27-04-2022.

Providencias administrativas del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante las cuales se declara como Bien de Interés Cultural a las Instituciones, Fundaciones y Sitios Sagrados que en ellas se especifican, de los estados que en ellas se indican. G.O. N° 42.387 del 30-05-2022.

Providencia administrativa N° 010/2021 del Instituto del Patrimonio Cultural, mediante la cual se dictan las Normas y Procedimientos para Realizar la Solicitud de Exportación Temporal o Definitiva de Bienes Culturales Patrimoniales y no Patrimoniales. G.O. N° 42.387 del 30-05-2022.

7. *Premios y condecoraciones*

Resolución N° 023/2022 del Ministerio del Poder Popular para el Turismo, mediante la cual se crea el “Premio Nacional de Turismo”, con el objeto de reconocer a los prestadores de servicios turísticos que, en sintonía con los objetivos estratégicos del sector, fomentan la calidad, innovación, inclusión y democratización en la prestación de los servicios asociados con el Turismo en Venezuela. G.O. N° 42.387 del 30-05-2022.

8. *Salud*

Decreto N° 4.678, mediante el cual se instruye al Ministerio del Poder Popular para la Salud a que, en ejercicio de sus funciones de regulación y control del Sistema Público Nacional de Salud, proceda a la inmediata intervención de la prestación de los servicios públicos de salud en el estado Nueva Esparta, con el objeto de velar por la continuidad de la prestación del servicio de salud en los establecimientos públicos. G.O. N° 42.359 del 20-04-2022.

## **VII. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO**

1. *Ambiente y recursos naturales*

Resolución N° 008/2022 del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, mediante la cual se dictan las condiciones especiales de aprovechamiento para la temporada 2021-2022, bajo criterios de pausa ecológica, a los fines de la investigación de la especie baba (Caimán *Crocodylus Crocodylus*). G.O. N° 42.304 del 25-01-2022.

Decreto N° 4.682, mediante el cual se declara el estado de emergencia en los estados Mérida, Zulia, Trujillo, Táchira, Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital, y la Gran Caracas; como consecuencia de las intensas y recurrentes lluvias acaecidas en dichos territorios, por un lapso de 90 días. G.O. N° 42.364 del 27-04-2022.

## 2. *Transporte y tránsito*

### A. *Sistema de transporte acuático y aéreo*<sup>2</sup>

Resolución N° 1 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se ordena la transferencia inmediata al Ejecutivo Nacional, por Órgano de este Ministerio, a través de la Empresa Bolivariana de Aeropuertos (BAER) S.A., ente adscrito a ese Ministerio, 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 el Aeropuerto Nacional “Luisa Cáceres de Arismendi”, ubicado en la ciudad de Barinas, en el estado Barinas. G.O. N° 42.293 del 10-01-2022.

Resolución N° 021/2021 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se establece el sistema de tarifas e incentivos para los trámites y servicios prestados por los administradores de aeródromos y aeropuertos, públicos o privados ubicados en el territorio nacional de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 42.304 del 25-01-2022, reimpresso en N° 42.311 del 03-02-2022.

Resolución N° 020/2022 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se modifica el nombre del Aeropuerto Nacional “Gral/Bgda Oswaldo Guevara Mujica” para que en adelante sea nombrado “Aeropuerto Nacional Batalla de Araure”. G.O. N° 42.404 del 22-06-2022.

## 3. *Telecomunicaciones*

Decreto N° 4.652, mediante el cual se dicta Reglamento de Vías Generales de Telecomunicaciones. G.O. N° 6.690 del 15-03-2022.

## 4. *Energía y minas*

Decreto N° 4.631, mediante el cual se reserva al Ejecutivo Nacional y se declara como elemento estratégico para su exploración y explotación y beneficio-transformación el mineral magnesita, por lo cual queda sujeto al régimen de reserva previsto en el 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. G.O. N° 42.298 del 17-01-2022.

Resolución N° 002/2022 del Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico, mediante la cual se establece el régimen transitorio mediante el cual todos aquellos derechos mineros otorgados para el ejercicio de las actividades de exploración, explotación y beneficio-transformación del mineral magnesita, antes de la publicación del Decreto N° 4.631, de fecha 17-01-2022, en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 42.298 de la misma fecha, podrán adecuarse a cualquiera de las modalidades previstas en el 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. G.O. N° 42.314 del 04-02-2022.

Decreto N° 4.660, mediante el cual se transfiere a la Corporación Venezolana de Guayana (CVG), el derecho al ejercicio de las actividades primarias de exploración y explotación del Mineral Magnesita. G.O. N° 42.340 del 18-03-2022.

---

<sup>2</sup> Transcripciones disponibles en el Boletín de Derecho Aeronáutico editado por el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), en <http://www.cidep.com.ve>

Decreto N° 4.661, mediante el cual se transfiere a la Corporación Venezolana de Minería, S.A., (CVM), el derecho al ejercicio de las actividades primarias de exploración y explotación del Mineral Oro. G.O. N° 42.340 del 18-03-2022.

Decreto N° 4.662, mediante el cual se transfiere a la Corporación Venezolana de Minería, S.A. (CVM), el derecho al ejercicio de las actividades primarias de exploración y explotación del Mineral Casiterita. G.O. N° 42.340 del 18-03-2022.

Resolución N° 010/2022 del Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico, mediante la cual se establece el monto de las tarifas aplicables a las actividades de vigilancia y control sobre los procesos de prospección, exploración, explotación, producción, almacenamiento, comercialización, transporte, de minerales, así como a su vez de todas las actividades conexas a la actividad minera ejercida en todo el territorio nacional. G.O. N° 42.349 del 31-03-2022.

Decreto N° 4.681, mediante el cual se mantiene la vigencia de la declaratoria de emergencia energética de la industria de hidrocarburos, a los fines de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad energética nacional y proteger la industria ante la agresión multiforme, externa e interna, que se ejecuta para afectar la producción y comercialización petrolera del país. G.O. N° 42.364 del 27-04-2022.

## Comentarios Legislativos

### EL ÚLTIMO GOLPE AL ESTADO DE DERECHO: UNA “LEY CONSTITUCIONAL” “ANTIBLOQUEO” PARA REMATAR Y REPARTIR LOS DESPOJOS DE ECONOMÍA ESTATIZADA, EN UN MARCO DE SECRETISMO Y DE INSEGURIDAD JURÍDICA

Allan R. Brewer-Carías

*Director de la Revista*

**Resumen:** *Este artículo analiza la llamada “Ley antibloqueo” mediante la cual, con el objeto de obtener “recursos adicionales” mediante la implementación de un “cambio” de política económica consistente en desestatizar, desnacionalizar y privatizar indiscriminadamente, y en secreto, la economía, y realizar nuevas negociaciones de financiamiento público, para supuestamente atender necesidades en el país; ello se hace subvirtiendo totalmente el ordenamiento jurídico, atribuyéndose al Ejecutivo nacional la potestad sin límites para “inaplicar” normas de rango legal, en un régimen caracterizado por la ausencia total de transparencia, al preverse que su aplicación se hará en un marco secreto y reservado.*

**Palabras Clave:** *Privatización; Empresas públicas; Contratación pública; Secreto administrativo.*

**Abstract:** *This article analyzes the so-called "Anti-Blockade Law" through which, in order to obtain "additional resources" through the implementation of a "change" of economic policy consisting of denationalizing and privatizing indiscriminately, and secretly, the economy, and conducting new public financing negotiations, to supposedly meet needs in the country; this is done by totally subverting the legal system, attributing to the National Executive an unlimited power to "disapply" norms of legal rank, in a regime characterized by the total absence of transparency, since it is foreseen that its application will be done in a secret and reserved framework.*

**Key words:** *Privatization; Public enterprises; Public contracting; Administrative secrecy.*

I. LA SUBVERSIÓN DEL ORDEN JURÍDICO PARA LA APLICACIÓN, EN SECRETO, DE UNA “NUEVA” POLÍTICA ECONÓMICA DE DESESTATIZACIÓN, DENACIONALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN DE LA ECONOMÍA PARA LA OBTENCIÓN DE “RECURSOS ADICIONALES”

El 8 de octubre de 2020, la Asamblea Nacional Constituyente, convocada y electa inconstitucional y fraudulentamente en 2017,<sup>1</sup> aprobó sin mayor debate<sup>2</sup> una llamada “Ley Constitucional” (figura por demás inexistente en el ordenamiento constitucional venezolano, conforme al cual el único órgano con competencia para sancionar leyes es la Asamblea Nacional),<sup>3</sup> denominada *Ley antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos*, que fue redactada con base en un Proyecto de Ley que con el mismo título<sup>4</sup> había presentado el Sr. Nicolás Maduro una semana antes, el 1° de octubre de 2020.<sup>5</sup>

Con esta “Ley constitucional,”<sup>6</sup> según resulta de sus dispositivos, lo que se pretende básicamente en la obtención de “recursos adicionales” (art. 18), mediante la implementación de

<sup>1</sup> Véase sobre ello, Allan R. Brewer-Carías y Carlos García Soto (Coordinadores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017* Colección Estudios Jurídicos N° 119, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017

<sup>2</sup> Véase sobre ello, lo indicado en la reseña de Sebastiana Barráez, “La Ley Antibloqueo dividió al chavismo: legisladores de su propia asamblea denuncian que viola la Constitución de Venezuela,” en Infobae, 12 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.infobae.com/america/venezuela/2020/10/12/la-ley-antibloqueo-dividio-al-chavismo-legisladores-de-su-propia-asamblea-denuncian-que-que-viola-la-constitucion/>

<sup>3</sup> Véase sobre ello, Allan R. Brewer-Carías, *Usurpación Constituyente 1999, 2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Colección Estudios Jurídicos, No. 121, Editorial Jurídica Venezolana International, 2018.

<sup>4</sup> Véase la reseña y el texto del documento en “Presidente Maduro presentó ante la ANC proyecto de Ley Antibloqueo,” en *Aporrea*, 30/09/2020; disponible en: <https://www.lapatilla.com/2020/09/30/este-es-la-ley-antibloqueo-presentada-ante-la-constituyente-cubana-documento/>

<sup>5</sup> Véase nuestra crítica a dicho Proyecto de Ley en Allan R. Brewer-Carías, “La Ley Antibloqueo: una monstruosidad jurídica para desaplicar, en secreto, la totalidad del ordenamiento jurídico,” New York, 4 de octubre 2020. Véase en: <https://bloqueconstitucional.com/efectos-del-informe-de-la-mision-internacional-independiente-sobre-violaciones-a-los-derechos-humanos-en-venezuela-en-relacion-con-el-estado-de-derecho-y-las-elecciones/> Véase además sobre el Proyecto de ley, los comentarios críticos de: Juan Manuel Raffalli “Proyecto de Ley Antibloqueo crea cuarto oscuro que impide conocer documentos y procesos,” en *Lapatilla.com*, 1 de octubre de 2020, disponible en <https://www.lapatilla.com/2020/10/01/juan-manuel-raffalli-proyecto-de-ley-antibloqueo-crea-cuarto-oscuro-que-impide-conocer-documentos-y-procesos/>; Juan Manuel Raffalli, “El insólito proyecto de Ley Antibloqueo,” en *Prodavinci*, 7 de octubre de 2020, disponible en: <https://prodavinci.com/el-insolito-proyecto-de-ley-antibloqueo/>; Ramón Peña, “El Anti-bloqueo: la panacea,” en *The world News*, 4 de octubre de 2020, disponible en: <https://theworldnews.net/ve-news/el-antibloqueo-la-panacea-por-ramon-pena/>; Luis Brito García, “Proyecto Ley Antibloqueo,” *News Últimasnoticias*, 3 de octubre de 2020, disponible en: <https://theworldnews.net/ve-news/proyecto-de-ley-antibloqueo-luis-brito-garcia/>; en <https://primicias24.com/opinion/294724/luis-britto-garcia-proyecto-de-ley-antibloqueo/>; y en <https://ultimasnoticias.com.ve/noticias/especial/proyecto-de-ley-antibloqueo-luis-brito-garcia/>

<sup>6</sup> Véase en *Gaceta Oficial* No. 6.583 Extra. de 12 de octubre de 2020. Véanse comentarios críticos sobre la Ley en Alejandro González Valenzuela, “Ley Antibloqueo: Hacia el deslinde definitivo con la Constitución y el Estado de derecho,” *Bloque Constitucional*, 12 de octubre de 2020, disponible en: <https://bloqueconstitucional.com/ley-antibloqueo-hacia-el-deslinde-definitivo-con-la-constitucion-y-el-estado-de-derecho/>; José Guerra, en “Ley Antibloqueo es un golpe de Estado,” reseña de Enrique Meléndez, en *La Razón*, octubre 2020, disponible en: <https://www.larazon.net/2020/10/jose-guerra-ley-antibloqueo-es-un-golpe-de-estado/>; y en Acceso a la Justicia ONG,

un “cambio” de política económica consistente en desestatizar, desnacionalizar y privatizar indiscriminadamente, y en secreto, la economía, y realizar nuevas negociaciones de financiamiento público, para supuestamente atender necesidades en el país; pero todo ello, subvirtiendo totalmente el ordenamiento jurídico.<sup>7</sup> En la Ley Constitucional, así, si bien no se previó expresamente en su texto que la misma prevalecía *in toto* por sobre la Constitución (lo que sin embargo proponía el Proyecto de Ley presentado por N. Maduro), con su contenido puede lograrse un efecto aproximado, al declararse su articulado como de “aplicación preferente,” sobre todas las leyes, “de orden público y de interés general,” y de aplicación obligatoria por todos los niveles territoriales de gobierno, y por todas las personas (art. 2).

Esa ruptura del ordenamiento jurídico se observa concretamente en las siguientes previsiones:

*Primero*, en la concepción de la “Ley Constitucional” como un *marco normativo de un rango supra -legal*, es decir, superior a todas las leyes orgánicas y leyes ordinarias de la República, respecto de las cuales la “Ley Constitucional” se declara como de aplicación preferente (Disposición Transitoria primera), lo que equivale a decir lo que se expresaba en el Proyecto que le dio origen, que indicaba que quedaban “suspendidas las normas que colidirían con lo dispuesto” en la misma” (Disposición Transitoria segunda del Proyecto de Ley presentado por N. Maduro). Con la Ley aprobada, en todo caso, se logra un propósito algo parecido, al establecerse que sus disposiciones prevalecen sobre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias.

---

“Ley Antibloqueo de la írrita Constituyente en seis preguntas, en Acceso a la Justicia, 16 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/ley-antibloqueo-de-la-irrita-constituyente-en-seis-preguntas/>

<sup>7</sup> En criterio de Alejandro González Valenzuela, la Ley Antibloqueo afianza “un régimen de excepción constitucional” con la asignación al Ejecutivo Nacional de “potestades extraordinarias tales como: (i) la desregulación de sectores y actividades económicas (mediante la desaplicación de normas legales y eventualmente constitucionales); (ii) la celebración de actos y negocios jurídicos; modificación del régimen de constitución, propiedad, gestión y funcionamiento de empresas públicas y mixtas dentro y fuera de Venezuela; administración de pasivos y activos, mediante operaciones disponibles en mercados nacionales e internacionales; todo lo anterior sin acatar el régimen de reserva de actividades económicas instituido por el artículo 303 de la Constitución; (iii) la implementación de mecanismos excepcionales de contratación; (iv) la asociación con capitales ilegítimos en condiciones ilícitas, pero, también, lesivas para Venezuela; (v) el uso del aparato represivo totalitario contra quienes se opongan a “su ejecución.” Véase Alejandro González Valenzuela, “Ley Antibloqueo: Hacia el deslinde definitivo con la Constitución y el Estado de derecho,” *Bloque Constitucional*, 12 de octubre de 2020, disponible en <https://bloqueconstitucional.com/ley-antibloqueo-hacia-el-deslinde-definitivo-con-la-constitucion-y-el-estado-de-derecho/>. En sentido similar, José Ignacio Hernández ha resumido el objetivo de la Ley señalando que con ella se busca: “Disponer de activos del Estado y manejar la economía venezolana sin control parlamentario,” a cuyo efecto, “los “artículos” 19, 24, 27 y 29 permiten a Maduro (i) Realizar gastos públicos; (ii) Contratar operaciones de deuda y, en general, operaciones de renegociación; (iii) Celebrar contratos de interés público; y (iv) Reorganizar empresas del Estado para ceder sus activos a inversionistas privados, incluso, respecto de bienes que no han sido adquiridos formalmente, al estar afectados por medidas de “ocupación.” Previendo la ola de litigios que estas medidas podrían desencadenar, la “Ley” se encarga de crear un servicio especial para el ejercicio de acciones judiciales en el extranjero (artículo 36). Véase José Ignacio Hernández, “La Ley Constitucional Antibloqueo” y el avance de la economía criminal,” en *La Gran Aldea*, 15 octubre 2020, disponible en: <https://lagranaldea.com/2020/10/15/la-ley-constitucional-antibloqueo-y-el-avance-de-la-economia-criminal-en-venezuela/>.



*Segundo*, en el establecimiento de una *potestad sin límites para que el Ejecutivo Nacional pueda “inaplicar” en casos específicos las normas de rango legal* que estime necesarias para perseguir los propósitos de la Ley (art. 19), es decir, para que pueda decidir en casos específicos que una ley orgánica o cualquier otra ley *no se aplica*, lo que sin duda implica establecer una *delegación legislativa sin límites al Ejecutivo Nacional, para ejercer la potestad de legislar* a los efectos de poder suplir la ausencia de normas o vacío legislativo que originará la decisión ejecutiva de “inaplicar” las de normas de orden legal.

*Tercero*, el establecimiento también de la misma potestad sin límites a los efectos de que el Ejecutivo Nacional “inaplique” para casos específicos, es decir, singularmente, los reglamentos y demás normas de rango sublegal, cuya aplicación estime que es contraproducente para cumplir con los fines de Ley (art. 19), en violación al principio general de la no modificabilidad o inderogabilidad singular de los reglamentos garantizado por el artículo 13 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

*Cuarto*, el establecimiento de una *amplia potestad para la suscripción de “tratados, acuerdos y convenios internacionales, bilaterales o multilaterales, favoreciendo la integración de los pueblos libres”* que deben basarse “en obligaciones preexistentes de la República” (art. 10), buscando con ello obviar la necesaria aprobación de dichos instrumentos mediante ley de la Asamblea Nacional que exige la Constitución (art. 154).

*Y quinto*, el establecimiento formal y expreso de un *régimen de ausencia total de transparencia*, al preverse no solo inaplicar las leyes sobre licitación y contratación pública (arts. 21 y 28), sino que todos “los procedimientos, actos y registros efectuados con ocasión de la implementación de alguna de las medidas” establecidas en la Ley que “suponga la *inaplicación de normas* de rango legal o sublegal,” son declarados “*secretos y reservados*” (art. 42).

Lo anterior equivale a una subversión completa del orden jurídico del Estado, totalmente incompatible con los principios más elementales del Estado de derecho, materializándose en la “regulación” o establecimiento formal de la “inaplicabilidad” de las leyes, en secreto, por el Ejecutivo Nacional.<sup>8</sup> Aun cuando en la Ley se lo define como un “*marco normativo especial y temporal* que provea al Poder Público venezolano de *herramientas jurídicas*” para cumplir con el objeto establecido en la Ley, en la práctica es un “*régimen de excepción con vocación de permanencia,*”<sup>9</sup> con el objeto de lo que pareciera ser la ejecución de un cambio radical de la política económica, hacia una desestatización, desnacionalización y privatización de la economía, a los efectos de “contrarrestar, mitigar y reducir, de manera efectiva, urgente y necesaria, los efectos nocivos generados por la imposición, contra la República y su población,” de lo que se califican como:

<sup>8</sup> Como lo expresó la Conferencia Episcopal Venezolana, “La llamada “ley antibloqueo”, aprobada por la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente, es una expresión más de la voluntad del gobierno de conducir a nuestro país por caminos distintos a la legalidad, y así, dilapidar los recursos nacionales que son de todos, con el agravante, que ahora pretende hacerse de forma oculta y totalmente discrecional. “Véase CRV, “Exhortación Pastoral, Sobre la Dramática situación social, económica, moral y política que vive nuestro país,” 15 de octubre de 2020, disponible en: <https://conferenciaepiscopalvenezolana.com/downloads/exhortacion-pastoral-sobre-la-dramatica-situacion-social-economica-moral-y-politica-que-vive-nuestro-pais>

<sup>9</sup> Véase Bloque Constitucional Venezolano, “Sobre la pretendida Ley Antibloqueo,” en *Bloque Constitucional*, 16 de octubre de 2020, disponible en: <http://digaloahidigital.com/noticias/el-bloque-constitucional-de-venezuela-la-opini%C3%B3n-p%C3%B3blica-nacional-e-internacional-sobre-la>

“medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas, emanadas o dictadas por otro Estado o grupo de Estados, o por actos u omisiones derivadas de éstos, por organizaciones internacionales u otros entes públicos o privados foráneos.”

Según se afirma en la “Ley Constitucional,” dichas “medidas coercitivas,” afectarían los derechos humanos del pueblo venezolano, implican atentados contra el Derecho Internacional y, en su conjunto, constituyen crímenes de lesa humanidad” (art. 1); afirmaciones que chocan e ignoran los crímenes de lesa humanidad cometidos y denunciados en las “*Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela (443 pp.)*,”<sup>10</sup> presentadas apenas semanas antes, el 15 de septiembre de 2020, ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en cumplimiento de la resolución 42/25 del Consejo, de 27 de septiembre de 2019, y en las cuales se calificaron varios de los crímenes alentados por funcionarios del gobierno, ocurridos en Venezuela contra los derechos humanos, como crímenes de lesa humanidad.

Todo este marco normativo, por otra parte, en definitiva, como se dijo, se ha establecido con el propósito de obtener “nuevos ingresos” públicos, mediante la definición de una “nueva” política de desestatización, desnacionalización y privatización, implementada en secreto, con la excusa de alcanzar objetivos que no son nuevos pues están enunciados en la Constitución de 1999 (arts. 112 a 118, y 399 a 321), y que simplemente se repiten en la Ley. Así se puede apreciar, por ejemplo, de los enunciados de sus diversos artículos referidos al “desarrollo armónico de la economía nacional orientado a generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país” (art. 3.2); al “derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales” (art. 3.3); a la protección de los “derechos de terceros, incluidos otros Estados, inversores y otras personas naturales o jurídicas que se relacionan con la República” (art. 5.3); a “asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos humanos, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida” (art. 6); a desarrollar “sistemas compensatorios del salario o del ingreso real de los trabajadores” (art. 18.1); a financiar el “sistema de protección social” (art. 18.2); a “recuperar la capacidad de proveer servicios públicos de calidad (art. 18.3); a “impulsar la capacidad productiva nacional, sobre todo de las industrias estratégicas y la sustitución selectiva de importaciones” (art. 18.4); a “recuperar, mantener y ampliar la infraestructura pública”(art. 18.5); a “fomentar y estimular el desarrollo de la ciencia, tecnología, e innovación” (art. 18.6); a “restituir progresivamente el valor de las prestaciones sociales, beneficios acumulados y ahorros obtenidos por los trabajadores y las trabajadoras del país” (art. 22); y a “la implementación de políticas públicas nacionales en materia de alimentación, salud, seguridad social, provisión de servicios básicos y de otros bienes económicos esenciales” (art. 23).

Todo ello está previsto en la Constitución, por lo que, en realidad, si el propósito fuera alcanzar esos objetivos bastaría, con haber definido clara y transparentemente desde el gobierno un *cambio* de orientación de la política económica orientada a abandonar la de carácter estatista y nacionalizadora que se ha desarrollado desde el gobierno conforme a las pautas del denominado “Socialismo del Siglo XXI,” y que lo que ha producido es parálisis econó-

<sup>10</sup> Informe de 15 de septiembre de 2020, disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A\\_HRC\\_45\\_CRP.11\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf). Véase los comentarios sobre este Informe en Allan R. Brewer-Carías, “Efectos del Informe de la Misión Internacional Independiente sobre violaciones a los derechos humanos en Venezuela en relación con el Estado de derecho y en las elecciones,” 1 de octubre de 2020, disponible en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/10/1261.-Brewer.-efectos-del-informe-de-la-mision-internacional-independiente-en-el-estado-de-derecho-y-en-las-elecciones.pdf>

mica, miseria y empobrecimiento del país. La apertura y privatización de la economía que se pretende hacer ahora en secreto, pudo haberse incluso realizado, como lo advertimos al estudiar los primeros decretos de “emergencia económica” dictados y prorrogados a partir de 2016, utilizando los extraordinarios e inconstitucionales poderes que el Ejecutivo se atribuyó a sí mismo, fuera de todo marco constitucional, conforme a los cuales se podría haber tomado materialmente cualquier decisión.<sup>11</sup> Toda la inconstitucionalidad que ha acompañado esos decretos, sin embargo, ni siquiera tuvo utilidad alguna.

Con la “Ley Constitucional,” en cambio, la vía por la cual optó la Asamblea Nacional Constituyente, a petición del Ejecutivo Nacional, para ejecutar ese “cambio” de política económica para buscar obtener “nuevos ingresos,” fue la de establecer un marco “normativo,” *para regular una situación de inaplicación del derecho*, es decir, de todas las leyes orgánicas y ordinarias y los reglamentos que se considere necesario, y en tal sentido, para que pueda tomar todas las medidas que se estime necesarias, sin límites, a medida que el Ejecutivo Nacional lo juzgue conveniente.<sup>12</sup>

En esta forma, se ha inventado un nuevo término (“inaplicación”) en el campo de los principios de la vigencia temporal de la ley, y que comporta una delegación legislativa ilimitada al propio Ejecutivo Nacional el cual queda habilitado para llenar el “vacío” normativo que resulte de la “inaplicación” de normas.

Agregándose a ello, como ya hemos expresado, la expresa disposición en la “Ley Constitucional” que todo ese régimen de prevalencia de sus disposiciones sobre todas las leyes orgánicas y ordinarias, y de la inaplicación de leyes y reglamentos en casos específicos, con la consecuente delegación del Ejecutivo de la potestad legislativa, se hará en el marco expreso de una ausencia total de transparencia, es decir, en un marco de secreto y confidencialidad, al declararse ahora que la política económica es una materia concerniente a la seguridad de la Nación (arts. 37, 42).

## II. EL PROPÓSITO FUNDAMENTAL DE LA LEY: LA GENERACIÓN DE “INGRESOS ADICIONALES” MEDIANTE LA PRIVATIZACIÓN DE LA ECONOMÍA A TRAVÉS DE CUALQUIER TIPO DE CONTRATACIONES O NEGOCIACIONES REALIZADAS EN SECRETO

El objetivo fundamental de la “Ley Constitucional,” como se dijo, es la generación de “ingresos adicionales,” mediante un “cambio” de política económica a ser ejecutado al margen del derecho y en plena situación de secreto de Estado, basada en la desestatización, desnacionalización y privatización de la economía y realizando nuevas operaciones financieras para “contrarrestar, mitigar y reducir, de manera efectiva, urgente y necesaria,” como se

<sup>11</sup> Véase el decreto No. 6214 de 14 de enero de 2020, *Gaceta Oficial* Extra. N. 6219 de 11 de marzo de 2016. Allan R. Brewer-Carías, “La usurpación definitiva de la función de legislar por el Ejecutivo Nacional y la suspensión de los remanentes poderes de control de la Asamblea con motivo de la declaratoria del estado de excepción y emergencia económica,” en *Revista de Derecho Público*, No. 145-146, (enero-junio 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 444-468.

<sup>12</sup> Como lo ha considerado José Ignacio Hernández, en realidad se trata “más bien, de la renovación del objetivo de Maduro de *manejar a discreción la economía*, facilitando así arreglos que fortalezcan su *cleptocracia* y sus *alianzas* con el crimen organizado. Ese objetivo, como veremos, comenzó a fraguarse luego del triunfo de la oposición en las *elecciones parlamentarias* de diciembre de 2015.” Véase José Ignacio Hernández, “La “Ley Constitucional Antibloqueo” y el avance de la economía criminal en Venezuela,” en *La Gran Aldea*, 15 de octubre de 2020, disponible en: <https://lagranaldea.com/2020/10/15/la-ley-constitucional-antibloqueo-y-el-avance-de-la-economia-criminal-en-venezuela/>

indicó en su artículo 1º citado, “los efectos nocivos generados por la imposición, contra la República y su población, de medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas.”

Sin embargo, dichos “ingresos adicionales” no son para ser canalizados dentro en la disciplina presupuestaria y el régimen de los ingresos públicos previstos en la Constitución, sino para ser dispuestos al margen de la misma, a cuyo efecto según dispone el artículo 18 de la misma ‘Ley Constitucional,’ los mismos:

“se registrarán separadamente dentro de las disponibilidades del tesoro nacional y se destinarán a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales del pueblo venezolano, así como a la recuperación de su calidad de vida y la generación de oportunidades a través del impulso de sus capacidades y potencialidades.”

La consecuencia es que además de que las medidas para obtener esos ingresos adicionales se adoptarían al margen del ordenamiento jurídico, de manera secreta, se prevé adicionalmente una contabilidad separada contrariando abiertamente las previsiones de la Constitución sobre el régimen de los ingresos públicos y sobre disciplina presupuestaria (art. 311 a 315).

Entre los mecanismos para obtener “ingresos adicionales,” además de la política de desestatización, desnacionalización y privatización, en la “Ley Constitucional” se regularon una serie de *medidas de financiación pública*, disponiéndose que el Ejecutivo Nacional puede “crear e implementar mecanismos financieros a gran escala” (art. 22), así como “crear o autorizar nuevos mecanismos o fuentes de financiamiento en cualquiera de sus formas” (art. 23); agregando en el artículo 32 que “a los fines de proteger las transacciones que involucren activos financieros de la República y sus entidades, el Ejecutivo Nacional podrá autorizar la creación e implementación de cualquier mecanismo financiero que permita mitigar los efectos de las medidas coercitivas unilaterales restricciones y otras amenazas que motivan esta “Ley Constitucional,” incluyendo el uso de criptoactivos e instrumentos basados en la tecnología de cadena de bloques.”

Todas estas previsiones, por supuesto son inconstitucionales, pues conforme al artículo 312 de la Constitución, que no puede “inaplicarse” solo la Asamblea Nacional puede fijar mediante ley los límites al endeudamiento público, debiendo las operaciones de crédito público ser autorizadas mediante ley, salvo las excepciones establecidas en la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público.

Por otra parte para la obtención de los ingresos adicionales, e implementar la política de desestatización, desnacionalización y privatización de la economía, y de las negociaciones financieras antes mencionada, la “Ley Constitucional” reguló además un marco de *flexibilización total del régimen de contratación pública*, al establecerse, en primer lugar, la “inaplicación” de las normas legales que establecen autorizaciones o aprobaciones de contratos de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional (art.21), y en segundo lugar, que el Ejecutivo Nacional puede “diseñar e implementar mecanismos excepcionales de contratación, compra y pago de bienes y servicios, preferentemente de producción nacional, destinados a: 1. La satisfacción de los derechos fundamentales a la vida, la salud y la alimentación; 2. La generación de ingresos, consecución de divisas y la movilización internacional de las mismas; 3. La normal gestión de las entidades objeto de las medidas coercitivas unilaterales, restricciones y otras amenazas que motivan esta Ley Constitucional, y 4. La sustitución selectiva de importaciones “ (art. 28).

Todo ello implica, sin duda, la “inaplicación” generalizada de las previsiones de la Ley de Contrataciones Públicas, de la Ley de Concesiones y de todas las leyes que regulan la

materia, incluidas aquellas leyes que regulan expresamente, conforme al artículo 150 de la Constitución, la necesidad de la aprobación de contratos de interés nacional por la Asamblea Nacional. Sin embargo, conforme a la misma Constitución, y por lo que se refiere a la búsqueda de “inversiones extranjeras,” cualquier contrato que se pretenda suscribir con Estados extranjeros, con entidades oficiales extranjeras o con compañías no domiciliadas en el país, para su validez requiere ineludiblemente dicha autorización previa por la Asamblea Nacional (art. 151); previsión que como se ha dicho, en ningún caso puede “inaplicarse.”

### III. LAS PREVISIONES ESTABLECIDAS EN LA LEY PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA “NUEVA” POLÍTICA ECONÓMICA DE DESESTATIZACIÓN, DESNACIONALIZACIÓN Y PRIVATIZACIÓN DE LA ECONOMÍA

En la “Ley Constitucional,” a los efectos de asegurar la obtención de los antes mencionados “recursos adicionales,” a lo largo de su articulado define la “nueva” política económica que se persigue, y que significa un giro total en la política de estatización de la economía que se ha desarrollado en los últimos 20 años, consistente, al contrario, en la desestatización, desnacionalización y privatización de la economía.<sup>13</sup>

Ello resulta de las siguientes previsiones:

1. *Las previsiones relativas a la política de desestatización o desnacionalización generalizada*

La “Ley Constitucional,” en efecto, a los efectos de “incrementar el flujo de divisas hacia la economía y aumentar la rentabilidad de los activos,” previó que el Ejecutivo Nacional puede “elaborar e implementar operaciones de *administración de pasivos*, así como de *administración de activos*, mediante las operaciones disponibles en los mercados nacionales e internacionales, *sin perjuicio de lo establecido en la Constitución*” (art. 27), lo que implica la posibilidad de disposición de activos, con la única limitación de lo establecido en la Constitución; referencia redundante, pero que en esta materia apunta a lo previsto en su artículo 303 (como lo decía expresamente el Proyecto de Ley), que exige que las acciones de PDVSA deben permanecer en poder del Estado.

La “Ley Constitucional,” además, autoriza expresamente al Ejecutivo Nacional para que “cuando resulte necesario para proteger sectores productivos fundamentales del país y los actores que participan en ellos” proceda al “*levantamiento de restricciones a la comercialización para determinadas categorías de sujetos, en actividades estratégicas de la economía nacional*” (art. 31).

<sup>13</sup> Como lo ha advertido Pedro Luis Echeverría, la “Ley Antibloqueo” ha sido “Concebida por el régimen para no reconocer la destrucción que ha causado de la economía nacional, evadir las sanciones internacionales que obran en su contra, favorecer ilegalmente a los grupos que le son leales, apropiarse ilícitamente de los bienes y activos de la Nación, eliminar normas de rango legal o sublegal que impidan al régimen llevar a cabo determinadas acciones e implementar medidas que faciliten sus gestiones entreguistas y depredadoras. Pretende, entonces, la sustitución de numerosas disposiciones contempladas en la Constitución Nacional por una entelequia llena de ambigüedades, secretismo, incertidumbre, entrega subrepticia de los activos de la República a quiénes el régimen designe a dedo, además de hacerlo, sin información pública ni las tareas de contraloría que debe ejercer la Asamblea Nacional legítima. Igualmente, la nueva jugarreta gubernamental trata de ocultar al país la incapacidad actual de la economía venezolana de generar y proveer a la población de los bolívares y divisas necesarios para atender sus necesidades.” Véase Pedro Luis Echeverría, “Ley Antibloqueo / La nueva trampa de Maduro,” en *Ideas de Babel.com*, 12 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.ideasdebabel.com/?p=101616>

A los efectos de implementar la política de desnacionalización que está implícita en estas previsiones, al prever la “Ley Constitucional” la posibilidad que tiene el Ejecutivo Nacional de “inaplicar” todas las leyes orgánicas y leyes ordinarias, el mismo tiene la posibilidad de decretar la inaplicación de las leyes orgánicas que han establecido la nacionalización o reserva al Estado de determinadas actividades económicas, entre las cuales están, fundamentalmente, las referidas a la industria y la comercialización de hidrocarburos (Ley Orgánica de Hidrocarburos 2001 y Ley Orgánica de reordenamiento del Mercado Interno de los Combustibles Líquidos, 2008); de la industria petroquímica (Ley que reserva al Estado las actividades petroquímicas, 2009), de los servicios conexos con la industria petrolera (Ley Orgánica de reserva al Estado de los servicios y actividades conexos con la industria petrolera, 2009); la industria del mineral de hierro (Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria de la explotación de Mineral de hierro, 1974 y Ley Orgánica de nacionalización de la industria del hierro y acero, 2008); de la industria del cemento (Ley Orgánica que reserva al Estado la industria del cemento, 2007), y de las actividades relativas con la explotación de oro (Ley Orgánica de nacionalización de la minería del oro y de la comercialización del oro, 2011).

Todas las regulaciones anteriores apuntan, en particular, a la posibilidad de la desnacionalización total de la industria petrolera y de la comercialización de los derivados del petróleo – entre ellos gasolina –, con la única y exclusiva limitación antes mencionada consistente en que las acciones de Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA), que es la empresa holding de la industria petrolera, conforme artículo 303 de la Constitución deben permanecer como propiedad del Estado (así se indicaba expresamente los artículos 22, 24 y 25 del Proyecto de Ley). Y así se deduce ahora de lo previsto en los textos equivalentes de los artículos 24, 26 y 27 de la “Ley Constitucional,” al regular entre sus propósitos la privatización de la economía, “sin perjuicio de lo establecido en la Constitución.” La aclaratoria, por supuesto, como se dijo, resulta innecesaria pues ninguna ley o acto estatal puede violar la Constitución.

En todo caso, el resultado de las previsiones de la Ley, es que, todas las empresas del Estado subsidiarias o filiales de PDVSA podrían ser total o parcialmente privatizadas, sin límites, secretamente.

Con ello, incluso, desaparecería el concepto mismo de empresa mixta o de participación accionaria del Estado en más del cincuenta por ciento de su capital que se regla en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la cual podría ser “inaplicada,” en todos los “casos específicos” que el Ejecutivo Nacional considere necesario, pudiendo las filiales de PDVSA, todas, pasar a capital privado, sin límites, dada la prevalencia de la “Ley Constitucional” y la potestad ejecutiva de inaplicar leyes de manera secreta.

## 2. *Las previsiones relativas a la privatización de empresas públicas*

La implementación de la política de desestatización y desnacionalización de la economía implica, por supuesto, adelantar un proceso de *privatización de empresas públicas*, a cuyo efecto, la “Ley Constitucional” autoriza al Ejecutivo Nacional, para “la *celebración de todos los actos o negocios jurídicos que resulten necesarios* sin perjuicio de lo establecido en la Constitución” (es decir, sin que se pueda variar la propiedad total del Estado de las acciones de PDVSA), con el objeto de proteger y de “impedir o revertir actos o amenazas de inmovilización, despojo o pérdida de control de activos, pasivos e intereses patrimoniales de la República o de sus entes, por efecto de la aplicación de las medidas coercitivas unilaterales, restricciones y otras amenazas” (art. 24).

A los efectos de la privatización de empresas públicas, en la “Ley Constitucional” se establecieron previsiones para la *reorganización total del sector empresarial público*, autorizándose al Ejecutivo Nacional, conforme a la política de desestatización y nacionalización



antes mencionadas, para “modificar los mecanismos de constitución, gestión, administración y funcionamiento de empresas públicas o mixtas, tanto en el territorio nacional como en el exterior, sin perjuicio de lo establecido la Constitución” (art. 26). Además, la Ley autoriza al Ejecutivo Nacional para:

“proceder a la organización y reorganización de los entes descentralizados con fines empresariales, dentro y fuera del país, en procura de su modernización y adaptación a los mecanismos utilizados en la práctica internacional, adecuados al objeto y fin del respectivo ente, mejorando su funcionamiento, relaciones comerciales, financieras o la inversión del Estado venezolano. La organización o reorganización debe garantizar primordialmente la salvaguarda del patrimonio de la República y sus entes” (art. 25).

Pero una privatización como política de Estado, es evidente que solo puede ser llevada cabo en medio de la más rigurosa transparencia;<sup>14</sup> de lo contrario lo que podemos presenciar es el reparto secreto de activos del Estado entre los aliados del régimen.<sup>15</sup>

### 3. *Las previsiones relativas a la participación, promoción y protección del capital privado nacional e internacional en la economía*

La política de desestatización y de desnacionalización, al prever la privatización de empresas públicas, implica, por supuesto, la necesidad de regular medidas para asegurar la participación del capital privado nacional e internacional en la economía, a cuyo efecto, la “Ley Constitucional” dispuso diversas previsiones expresas.

En primer lugar, en la “Ley Constitucional” se definieron *medidas de alianzas con el sector privado respecto de empresas que fueron apropiadas* (expropiadas, confiscadas, ocupadas) por el Estado, previéndose en el artículo 30, que:

“los activos que se encuentren bajo administración del Estado venezolano como consecuencia de *alguna medida administrativa o judicial restrictiva de alguno de los elementos de la propiedad* [que como es sabido, son el uso, el goce y la disposición], que sean requeridos para su incorporación urgente en un proceso productivo, podrán ser objeto de *alianzas con entidades del sector privado*, incluida la pequeña y mediana empresa, o con el Poder Popular organizado, a los fines de maximizar el aprovechamiento de la producción de bienes y servicios para la satisfacción de necesidades fundamentales del pueblo venezolano y para lograr la mejor eficiencia de las empresas del sector público.”

<sup>14</sup> Como lo expreso Asdrúbal Oliveros, “el régimen pudiera **comenzar un proceso de traspaso de activos** que podría centrarse en los sectores de metales, petroleras mixtas, especialmente para la producción de gasolina, y hoteleros;” Considerando que “la privatización es necesaria en Venezuela, pero una privatización en el contexto del Estado de Derecho, con garantías tanto para el Estado como para los ciudadanos y el inversionista. Con transparencia, que se conozca, **que se haga un proceso de licitación transparente** y una evaluación de lo que se está haciendo. Lamentablemente nada de esto existe porque es extremadamente opaco.” Véase en la reseña “Asdrúbal Oliveros: Ley antibloqueo formaliza prácticas ocultas que el chavismo realiza desde hace años,” en *El Nacional*, 14 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.elnacional.com/economia/asdrubal-oliveros-ley-antibloqueo-formaliza-practicas-ocultas-que-el-chavismo-realiza-desde-hace-anos/>

<sup>15</sup> Por ello, José Ignacio Hernández, ha expresado sobre la política establecida en la ley, que más bien se trata de medidas del gobierno para “complacer a sus aliados económicos y políticos, fomentando más todavía la criminalización de la *economía venezolana*.” Es decir, “no puede verse esta política como una suerte de “apertura económica” hacia el “capitalismo”, pues **su objetivo no es expandir la libertad de empresa**, sino repartir activos estratégicos entre los aliados de Maduro, como en el 2016 *Citgo* fue repartida entre los tenedores del *Bono 2020* y *Rosneft*.” Véase José Ignacio Hernández, “La Ley Constitucional Antibloqueo” y el avance de la economía criminal,” en *La Gran Aldea*, 15 octubre 2020, disponible en: <https://lagranaldea.com/2020/10/15/la-ley-constitucional-antibloqueo-y-el-avance-de-la-economia-criminal-en-venezuela/>.



Esto implica la posibilidad para el Ejecutivo Nacional de privatizar todas las empresas e industrias que fueron expropiadas o confiscadas mediante medidas administrativas y judiciales durante los lustros pasados, incluso pudiendo convenir, en la restitución con sus antiguos dueños, mediante alianzas, como se preveía expresamente en el Proyecto de Ley presentado por Nicolás Maduro.

En segundo lugar, para asegurar la desestatización de la economía mediante la privatización de las empresas públicas, la “Ley Constitucional” reguló *medidas de promoción de la participación de capital privado en la economía nacional*, previendo para ello como objetivo de la misma, “la captación de inversión extranjera, sobre todo a gran escala” (art. 20), atribuyéndose al Ejecutivo Nacional la potestad de “autorizar e implementar medidas que estimulen y favorezcan la *participación, gestión y operación parcial o integral del sector privado nacional e internacional* en el desarrollo de la economía nacional” (art. 29).

En tercer lugar, y cónsono con las medidas anteriores, en la “Ley Constitucional” se definieron *medidas de protección de la inversión privada* autorizándose al Ejecutivo Nacional para acordar “con sus socios e inversionistas, por el plazo establecido contractualmente, *cláusulas de protección de su inversión [...] a los fines de generar confianza y estabilidad*” (art. 34). En tal sentido, por ejemplo, de acuerdo con la “Ley Constitucional,” podrían suscribirse aquellos “contratos de estabilidad jurídica” que la derogada Ley de Promoción y Protección de Inversiones de 1999 estableció, y que nunca pudieron suscribirse por considerarse que eran contrarios al interés nacional.<sup>16</sup>

En el marco específico de la *protección de la inversión extranjera*, el artículo 34 de la “Ley Constitucional” permite, además, expresamente, que se puedan suscribir “cláusulas” de “resolución de controversias,” entre las cuales está, sin duda, la figura del *arbitraje*, y particularmente, del arbitraje internacional, figura jurídica que sin embargo también fue muy vilipendiada en los pasados lustros por considerarse contraria al interés nacional. Es de destacar, que en la “Ley Constitucional” no se recogió lo que se proponía en el Proyecto de Ley que se sometió a consideración de la Asamblea Nacional Constituyente, en el sentido de exigir el agotamiento de recursos internos para poder acudir al arbitraje.

Por último, en el marco de estímulo a la iniciativa privada, en particular, la Ley reguló lo que denominó “iniciativa social,” previendo que el Ejecutivo Nacional debe crear e implementar “programas que permitan y aseguren la inversión por parte de los profesionales, técnicos, científicos, académicos, empresarios y grupos u organizaciones de trabajadores y trabajadoras del sector público y privado y del poder popular organizado, en proyectos o alianzas en sectores estratégicos” (art. 33).

<sup>16</sup> En fin, como lo anunció ante el Cuerpo Diplomático la Vice Presidenta de la República: “Se prevé emplear mecanismos «excepcionales» para la captación de ingresos adicionales. Para ello, plantean alianzas con empresas privadas e inversores de distinta índole. [...] esta ley protegerá las inversiones económicas extranjeras, «bajo formas novedosas de asociación, de sociedad, y habrá también formas especiales de protección a la información, para proteger a quienes vengan a invertir a Venezuela».” Véase la reseña: “Deley Rodríguez vende la ley antibloqueo como protección a inversiones extranjeras,” en *Tal Cual*, 13 de octubre de 2020, disponible en: <https://talcualdigital.com/deley-rodriguez-vende-la-ley-antibloqueo-como-proteccion-a-inversiones-extranjeras/>. Con esa presentación, según lo explicó Rodrigo Cabezas, “quedó en evidencia” que “la ley antibloqueo está dirigida al sector económico internacional” [...] “El corazón de la propuesta de dicha ley es el negocio petrolero y las privatizaciones posibles de empresas nacionales y mixtas, la privatización de activos como puertos, aeropuertos, minas (...) Quieren raspar los bienes de la República sin ningún control.” Véase la reseña “Exministro chavista: Quieren ‘raspar’ los bienes de la República con la ley antibloqueo,” en *Tal Cual*, 14 de octubre de 2020, disponible en: <https://talcualdigital.com/rodrigo-cabezas-quieren-raspar-los-bienes-de-la-republica-sin-ningun-control/>

#### IV. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA NUEVA POLÍTICA ECONÓMICA Y DE FINANCIAMIENTO PÚBLICO MEDIANTE LA “INAPLICACIÓN” EJECUTIVA DE NORMAS LEGALES

En la “Ley Constitucional,” como se ha dicho, a los efectos de ejecutar la “nueva” política económica y de financiamiento antes mencionada, lo que más destaca es la Disposición Transitoria primera (que de “transitoria” no tiene nada), conforme a la cual:

“Las disposiciones de esta Ley Constitucional serán de aplicación preferente frente a las normas de rango legal y sublegal, incluidas respecto de leyes orgánicas y especiales que regulen la materia, aún ante el régimen derivado del Decreto mediante el cual se acuerda el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional [...]”

El efecto práctico de esta previsión es que puede considerarse que *no hay normas jurídicas preestablecidas* para la adopción de las medidas que puede adoptar el Ejecutivo Nacional en ejecución de la política económica – o el cambio de la misma – que se pretende con la Ley, pues si las previstas en las leyes vigentes difieren de lo que se establece en la “Ley Constitucional,” desde la publicación de la misma quedan en una especie de “suspensión” o situación de “inaplicabilidad” (como lo decía expresamente el Proyecto de Ley);<sup>17</sup> es decir, en una situación de ausencia de derecho aplicable, que se pretende suplir con la autorización al Ejecutivo Nacional para decretar su “inaplicabilidad” en “casos específicos” y legislar consecuentemente para llenar el vacío legislativo a los efectos de implementar la “política económica” fijada en la Ley.

Precisamente para ello, la implementación del trastocamiento general del orden jurídico que se “decreta” en la Ley, con la declaratoria de su prevalencia general, se detalla en sus artículos 19 a 21, en los que se autoriza al Ejecutivo Nacional para proceder a “*inaplicar* normas de rango legal o sublegal” cuando se trate de “la implementación de las medidas de equilibrio económico y productivo” (art. 21); y además, específicamente se lo autoriza para “*inaplicar*, para casos concretos, aquellas normas de rango legal o sublegal” “cuando resulte necesario para superar los obstáculos o compensar los daños que las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas generan a la actividad administrativa, o cuando ello contribuya a la protección del patrimonio del Estado venezolano frente a cualquier acto de despojo o inmovilización, o a mitigar los efectos de las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas que afectan el flujo de divisas” (art. 19), y cuando su “aplicación resulte imposible o contraproducente como consecuencia de los efectos producidos por una determinada medida coercitiva unilateral u otra medida restrictiva o punitiva” (art. 19).

Es decir, a partir de la entrada en vigencia de esta “Ley Constitucional,” en realidad, puede decirse que en Venezuela se formalizó en texto legal expreso la inseguridad jurídica

<sup>17</sup> El Bloque Constitucional Venezolano, sobre esta Disposición Transitoria Segunda, indicó que: “no deja lugar a dudas sobre el propósito ilegítimo de esta tentativa normativa, al señalar que todas las normas que colidan con esa *pseudo* ley quedan suspendidas, propiciando en la práctica una disrupción constitucional para crear un nuevo orden económico (excepcional), a partir de una “hoja en blanco”, lo que viene a ser una verdadera aberración jurídica, por cuanto, una “hoja en blanco constitucional”, a ser llenada con la sola voluntad ilimitada de los detentadores del poder, es la expresión más inequívoca de la arbitrariedad, de la ausencia de estado de derecho, lo que generará mayor vulnerabilidad e imprevisibilidad para los venezolanos.” Véase Bloque Constitucional Venezolano, “Sobre la pretendida Ley Antibloqueo,” 16 de octubre de 2020, disponible en <http://digaloahidigital.com/noticias/el-bloque-constitucional-de-venezuela-la-opini%C3%B3n-p%C3%BAblica-nacional-e-internacional-sobre-la>

que ya existía, pero ahora respecto de la vigencia y efectos de las normas legales y reglamentarias relacionadas con las materias reguladas en la misma, las cuales pueden ser “suspendidas” en su aplicación por el Ejecutivo Nacional,

El reino de la arbitrariedad que implica esta potestad ejecutiva absoluta de decidir cuándo se aplica o no una norma legal o reglamentaria, cuyo ejercicio por supuesto solo podría originar actos nulos viciados de nulidad absoluta, solo se limitó levemente al exigirse que se elabore un cada caso un “informe técnico” – por supuesto nada jurídico –, para determinar “con claridad los dispositivos desaplicados y el fundamento de tal desaplicación” (art. 42), que se obtengan algunas opiniones previas de determinados organismos (art. 35), y que la suspensión sea:

“indispensable para la adecuada gestión macroeconómica, la protección e impulso de la economía nacional, la estabilidad del sistema productivo y financiero locales, la captación de inversión extranjera, sobre todo a gran escala, o la consecución de recursos para garantizar los derechos básicos del pueblo venezolano y el sistema de protección social estatal” (art. 20).

La Ley, en todo caso, estableció un límite general para el ejercicio de esta potestad única y novedosa de “inaplicar” el derecho, al indicar expresamente que “en ningún caso podrán inaplicarse normas relativas al ejercicio de derechos humanos” (art. 21); lo contrario hubiese sido la negación total de la Constitución.

El otro límite que se estableció es que no pueden “inaplicarse” las normas “relativas a la división del Poder Público” (art. 21), pero agregando que siempre “*que no correspondan a potestades aprobatorias o autorizatorias,*” lo que significa que si una ley establece la necesaria aprobación de la Asamblea Nacional para la realización de determinados actos o contratos, la norma sin embargo puede ser suspendida, tal como ya ocurrió en el marco de los decretos de emergencia económica en los cuales desde el inicio Nicolás Maduro se autorizó a sí mismo a suscribir contratos de interés nacional sin la aprobación o autorización de la Asamblea Nacional,<sup>18</sup> tal como ha ocurrido desde 2016, en el marco de la situación de desacato en la cual la Sala Constitucional ha colocado inconstitucionalmente a la Asamblea Nacional.<sup>19</sup>

En esta forma, por ejemplo, en el marco de ejecución de esta “Ley Constitucional,” el Ejecutivo Nacional podría declarar “inaplicable” las previsiones de la Ley Orgánica de Hidrocarburos que exigen la autorización de la Asamblea Nacional para que puedan constituirse empresas mixtas en el sector de los hidrocarburos, lo cual evidentemente sería inconstitucional, pues las leyes solo se derogan por otras leyes, no pudiendo las mismas ser “suspendidas” en su aplicación por decisión ejecutiva.

Hay que advertir, en todo caso, que la autorización dada al Ejecutivo Nacional para “inaplicar” leyes orgánicas y leyes en la inconstitucional “Ley Constitucional,” no implica, en ningún caso, la posibilidad de que pueda también “inaplicar” la Constitución, particularmente la previsión de su artículo 151 que exige que en todo caso de contratos de interés nacional que se pretenda celebrar con entidades oficiales extranjeras o con compañías extranjeras

---

<sup>18</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “El control político de la Asamblea Nacional respecto de los decretos de excepción y su desconocimiento judicial y Ejecutivo con ocasión de la emergencia económica decretada en enero de 2016, en *VI Congreso de Derecho Procesal Constitucional y IV de Derecho Administrativo, Homenaje al Prof. Carlos Ayala Corao, 10 y 11 noviembre 2016*, FUNEDA, Caracas 2017. pp. 291-336.

<sup>19</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, “La paralización de la Asamblea Nacional: la suspensión de sus sesiones y la amenaza del enjuiciar a los diputados por “desacato,” en *Revista de Derecho Público*, No. 147-148, (julio-diciembre 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 322-325

no domiciliadas en el país, deben ser previamente autorizados por la Asamblea Nacional. Por supuesto, sería totalmente inadmisibles e ilegal que pudiera llegarse a considerar como “secreto” el Registro Mercantil, para ocultar la información sobre las empresas extranjeras que se puedan domiciliar en el país, para evadir esta exigencia constitucional de control parlamentario.

#### V. EL SECRETO COMO REGLA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA “LEY CONSTITUCIONAL” Y EN PARTICULAR RESPECTO DE LA DESAPLICACIÓN DE NORMAS LEGALES

El anterior marco de inseguridad jurídica que se “regula” expresamente en la “Ley Constitucional,” basado en la potestad otorgada al Ejecutivo Nacional para inaplicar todo tipo de normas según lo considere indispensable para ejecutar las medidas económicas destinadas a implementar los objetivos de la Ley, se completa en una forma por demás aberrante y asombrosa, al disponerse que dicha “inaplicación” de normas, debe necesariamente hacerse en el marco oculto de lo secreto y confidencial,<sup>20</sup> de espaldas a y fuera del conocimiento de los ciudadanos.<sup>21</sup>

Es elemental que para que cualquier ley o norma pueda tener efectos jurídicos sobre los ciudadanos, la misma sea publicada. Sin embargo, conforme a las previsiones de esta “Ley Constitucional,” la desaplicación de las normas legales y reglamentarias que autoriza, para implementar el cambio de una política económica de desestatización, desnacionalización y privatización, que también afecta a todos los ciudadanos, se declara como una materia concerniente a “la seguridad de la Nación” y se la considera como una actividad secreta del Estado. Con ello, se coloca al ciudadano en la absurda situación de no saber ni poder saber - porque está prohibido, al ser secreto - cuál norma está o no en aplicación, o cuál negociación se hizo, pudiendo ser sancionado con pena de prisión si pretende “develar” el secreto, conforme a la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación (art. 55).

Y en ese marco se pretende precisamente el absurdo de implementar unas medidas para “atraer” inversionistas, que lo primero que requieren en cualquier parte del mundo, es seguridad jurídica; a menos que se trate precisamente de aquellos inversionistas que solo se mueven en la sombra.

<sup>20</sup> Como lo ha reconocido expresamente la Vicepresidente de la República: “La Ley contempla mecanismos de confidencialidad en la información, confidencialidad en la identidad en objeto, en el desarrollo de la actividad, hay un sistema con una plataforma tecnológica que permitirá la protección de esas inversiones.” Véase en Agencia Efe, “Delcy Rodríguez: No revelaremos la procedencia de las inversiones extranjeras o nacionales,” en *Noticiero Digital ND*, 18 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.noticierodigital.com/2020/10/delcy-rodriguez-no-revelaremos-la-procedencia-de-las-inversiones-extranjeras-o-nacionales/>. Véase igualmente en: EFE, “El régimen dice que Venezuela recibirá inversiones sin revelar su procedencia de fondos,” en *El Nacional*, 18 de octubre de 2020, disponible in: <https://www.elnacional.com/venezuela/el-regimen-dice-que-venezuela-recibira-inversiones-sin-revelar-su-procedencia-de-fondos/>

<sup>21</sup> Sobre esto, Jesús Rangel Rachadell ha comentado que se “dijo que la ley era “para blindarnos”, y el primer blindaje es que averiguar las operaciones económicas relacionadas con esta normativa es prohibido, porque impide el acceso a la información. [...] Se oculta quienes adquieren los bienes del Estado, cuánto pagan, plazos y condiciones, garantías, excepciones de responsabilidad, procedimientos de licitación o asignación directa, los actos y registros, la jurisdicción aplicable (país en el que se podrá exigir el incumplimiento de obligaciones), causales de nulidad, métodos de interpretación [...] Lo que es el colmo es que los ciudadanos quedemos sin enterarnos de la inaplicación de normas de rango legal o sublegal para que el Estado negocie sin control.” Véase Jesús Rangel Rachadell, “Todo será secreto,” en *El Nacional*, 13 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/todo-sera-secreto/>

La muestra más patente de esta aberración jurídica se puede encontrar en el artículo 42 de la Ley, que dispone que:

“se declaran *secretos y reservados los procedimientos, actos y registros efectuados con ocasión de la implementación de alguna de las medidas establecidas [...en] esta Ley Constitucional, que supongan la desaplicación de normas de rango legal o sublegal [...].*”

Como si esto no fuera suficiente, con base en esa disposición general de reserva y secreto, el artículo 37 establece lo que se denomina un “régimen transitorio en materia de clasificación de documentos de contenido *confidencial y secreto* destinado a proteger y asegurar la efectividad de las decisiones tomadas por el Poder Público venezolano en el marco de la protección del Estado contra las medidas coercitivas unilaterales, medidas punitivas u otras amenazas.” - que de transitorio no tiene nada pues dura, como se indica en el artículo 42, “hasta 90 días después de que cesen las medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas que han propiciado la situación.”

Además, el mismo artículo 39 de la “Ley Constitucional” insiste en el tema de la confidencialidad y secreto, al autorizar a “las máximas autoridades de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, central y descentralizada, para otorgar, “por razones de interés y conveniencia nacional,” “el *carácter de reservado, confidencial o de divulgación limitada a cualquier expediente, documento, información, hecho o circunstancia*, que en cumplimiento de sus funciones estén conociendo, en aplicación de esta Ley Constitucional,” lo cual debe hacerse “por acto debidamente *motivado*, por tiempo determinado y con el fin último de garantizar la efectividad de las medidas destinadas a contrarrestar los efectos adversos de las medidas coercitivas unilaterales, medidas punitivas u otras amenazas impuestas.” Lo último, por supuesto, resulta un ejercicio inútil, pues la motivación de los actos estatales es para poder controlar su legitimidad, legalidad y proporcionalidad; sin embargo, como son secretos, para nada sirve exigir su motivación.

La consecuencia de la declaración de confidencialidad es que dicha documentación así calificada de secreta, confidencial y reservada, “será archivada en cuerpos separados del o los expedientes y con mecanismos que aseguren su seguridad,” destacándose en su “portada la advertencia correspondiente, expresando la restricción en el acceso y divulgación y las responsabilidades a que hubiera lugar para aquellos funcionarios o personas que puedan infringir el régimen respectivo” (art. 40)

Pero hay otra consecuencia de esta regulación expresa de la falta de transparencia y es, como lo dice el artículo 41 de la ley, el establecimiento de una prohibición al “acceso a documentación que haya sido calificada como confidencial o reservada,” lo que implica que de los mismos no pueden “expedirse copias simples ni certificadas.”

Esta prohibición de acceso prevista, en general, en el artículo 41 y desarrollada en particular en los artículos 37 y siguientes, es por supuesto totalmente incompatible y contradictoria con lo que el artículo 38 prevé como supuesto derecho de las personas de poder tener “acceso a los archivos y registros administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión o el tipo de soporte material en que figure, [...] de forma que no se vea afectada la eficacia de las medidas para contrarrestar los efectos de las medidas coercitivas unilaterales, medidas punitivas u otras amenazas, ni el funcionamiento de los servicios públicos, así como tampoco la satisfacción de las necesidades de la población por la interrupción de procesos administrativos destinados a ello.”

Si todo es confidencial, secreto y de acceso restringido, lo cual, por supuesto es violatorio de la Constitución, no puede garantizarse derecho alguno de acceso.

Por último, las previsiones en la Ley sobre el “control” posterior por parte de la Contraloría General de la República (art. 13), órgano que, como es bien sabido, no tiene autonomía alguna, incluso aparecen como inocuas pues para que la Contraloría pueda tener acceso a los documentos secretos deberá “coordinar” con el Ejecutivo Nacional cómo ejercer su control (art. 43), lo que es la negación del control mismo.

La “Ley Constitucional” llega igualmente al absurdo de someter a los órganos judiciales que requieran información declarada como confidencial, en abierta violación a la autonomía e independencia que deben tener los jueces, a “tramitar” sus requerimientos ante el Procurador General de la República quien tiene la última palabra sobre ello (art. 44).

#### REFLEXIÓN FINAL

La “Ley Constitucional” aprobada por la inconstitucional y fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente convocada y electa inconstitucionalmente en 2017, la cual, incluso si hubiese sido electa regularmente, en ningún caso tendría potestades legislativas, puede considerarse que no tiene valor jurídico alguno, por ser contraria a la Constitución, no siendo sino un acto de fuerza que violenta el orden jurídico del Estado de derecho.<sup>22</sup>

Con la misma, delegándose casi sin límites el poder legislativo al Ejecutivo Nacional, para suplir los vacíos que se produzcan con la inaplicación de leyes, lo que se pretende, en definitiva, es cambiar la política económica en una forma encubierta, opaca, secreta y poco transparente, desestatizando, desnacionalizando y privatizando la economía, promoviendo y protegiendo la participación del capital privado nacional e internacional en el proceso económico, pero solo de aquél que opera en la oscuridad y opacidad que es el que resulta de un marco de total inseguridad jurídica y de secreto, que a lo que podría conducir es a la transferencia indiscriminada de activos del Estado a particulares nacionales o extranjeros, seleccionados discrecionalmente a dedo, sin garantía alguna de que haya control ni disciplina presupuestaria.<sup>23</sup>

En ese marco de inseguridad jurídica, de inaplicación ejecutiva de leyes en secreto y de falta de transparencia, resulta un total contrasentido que se pueda pensar, sensatamente, en

---

<sup>22</sup> Por ello, la Asamblea Nacional mediante Acuerdo de fecha 13 de octubre de 2020, al “reiterar que la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente es inexistente jurídicamente y sus actos son ineficaces,” acordó “desconocer, en todas sus partes, la supuesta “Ley antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos” y, por lo tanto, reputarla como inexistente e ineficaz.” Véase “Acuerdo en desconocimiento de la irrita Ley Antibloqueo dictada de manera inconstitucional por la fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente,” disponible en: <https://asamblea-nacional-media.s3.amazonaws.com/documentos/acto/acuerdo-en-desconocimiento-de-la-irrita-ley-antibloqueo-dictada-de-manera-inconstitucional-por-la-fraudulenta-asamblea-nacional-constituyente-20201013204743.pdf>

<sup>23</sup> Como lo destacó Gustavo Rossen al comentar la Ley: “¿Qué puede pasar en un país mal administrado, empobrecido, endeudado, dislocado por un modelo estatista? Pueden pasar muchas cosas, previsible unas, sorprendentes otras. Inventarse, por ejemplo, una ley que apela al antibloqueo pero que es, de verdad, antitransparencia, antirendición de cuentas, anticontrols. Una ley para la subasta del país, que justifica o autoriza la venta al mejor postor de los activos de la nación, una “monumental operación de expoliación nacional para blanquear capitales extranjeros y los de los carteles de las drogas” como dice el comunicado de un grupo de líderes políticos venezolanos. Una ley, además, que bloquea la información y consagra el secretismo y la complicidad. Una ley, en fin, que con la oferta de salvar el presente termina comprometiendo gravemente la seguridad de las nuevas generaciones.” Véase Gustavo Rossen, “La nueva oligarquía,” en *El Nacional*, 19 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/la-nueva-oligarquia/>



que se puedan atraer e incorporar efectivamente inversiones privadas nacionales e internacionales para sectores productivos en Venezuela que efectivamente esté ajustadas al interés nacional, en particular en el sector petrolero;<sup>24</sup> existiendo más bien un grave riesgo de que quienes puedan en definitiva acudir al reparto indiscriminado y secreto de los despojos de la economía para ocultar deliberadamente sus implicancias, no sean los que mejor garanticen los derechos e intereses de los venezolanos.<sup>25</sup>

Para los curiosos de la historia, y de leyes y políticas similares que se han sancionado y ejecutado en otros países, puede decirse que con esta “Ley Antibloqueo,” *por si sola*, se corre el grave riesgo de terminar originando situaciones como las que, *por una parte*, derivaron de la *Ley para el remedio de las necesidades del Pueblo y del Reich*, aprobada como “ley habilitante” por el Parlamento alemán el 23 de marzo de 1933, mediante la cual se delegó a Canciller Adolf Hitler la totalidad del poder legislativo (por ejemplo, el artículo 1º disponía que: “En adición al procedimiento establecido por la Constitución, las leyes del Reich pueden también ser emitidas por el Gobierno del Reich;” y el artículo 4º, que “Los tratados celebrados por el Reich con Estados extranjeros que afecten materia de las legislación del Reich no necesitarán la aprobación de las cámaras legislativas”), habiendo sido dicha Ley la base jurídica fundamental para el derrumbe definitivo de la República de Weimar y la consolidación de la Alemania Nazi;<sup>26</sup> y *por la otra*, las que produjo el *enorme programa de privatización de empresas públicas de la antigua Unión Soviética* realizado entre 1991 y 1999 bajo el gobierno del primer Presidente Ruso, Boris Yeltsin, y luego de su sucesor Vladimir Putin, que permitió que las más importantes antiguas empresas públicas, en medio de una gran corrupción y criminalidad, terminaran en manos de los llamados “Oligarcas,” es decir, los nuevos ricos amigos del régimen.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Véase la reseña: “Ley antibloqueo faculta a Maduro privatizar participación de PDVSA en empresas mixtas,” en *Petrogui@*, 4 de octubre de 2020, disponible en: <http://www.petroguia.com/pet/noticias/petr%C3%B3leo/ley-antibloqueo-faculta-maduro-privatizar-participaci%C3%B3n-de-pdvsa-en-empresas>. Véase también en: “Ministro Tareck El Aissami: Ley Antibloqueo fortalecerá la industria petrolera nacional,” 1 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.vtv.gov.ve/el-aisami-ley-antibloqueo-fortalecera-industria-petrolera/>; y en: “Ley Antibloqueo: Maduro busca más poder legal en Venezuela para sellar nuevos negocios petroleros,” 1 de octubre de 2020, disponible en: <https://albertonews.com/nacionales/ley-antibloqueo-maduro-busca-mas-poder-legal-en-venezuela-para-sellar-nuevos-negocios-petroleros/>

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo, lo expresado por varios líderes políticos en el documento “Acta de remate de la República,” en la reseña, “Líderes políticos alertan: régimen de Maduro pretende rematar Venezuela. En un documento público, María Corina Machado, Antonio Ledezma, Diego Arria, Humberto Calderón Berti, Asdrúbal Aguiar, Enrique Aristeguieta Gramcko y Carlos Ortega se dirigen a los venezolanos y a la comunidad internacional para denunciar de las maniobras para liquidar y blanquear los activos de la nación en un acto de traición a la patria,” en *El Nacional*, 11 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.elnacional.com/venezuela/lideres-politicos-alertan-regimen-de-maduro-pretende-rematar-venezuela/>. Disponible también en: <https://www.el-carabobeno.com/documento-publico-maduro-se-propone-rematar-en-secreto-bienes-de-la-nacion/>

<sup>26</sup> Véase sobre ello, entre otros, William Sheridan Allen, *The Nazi seizure of power*. Echo Point Books & Media, 2010; y la reseña publicada en *Rea Silva*, “La muerte de la democracia en Alemania. Una democracia liberal no muere de un día para otro. Para acabar con el marco legal de un estado de derecho es necesario una serie de actores capaces de minar su legitimidad y estabilidad mediante todo tipo de tácticas políticas,” disponible en <https://reasilvia.com/2017/09/la-muerte-la-democracia-alemania/>

<sup>27</sup> Véase sobre ello, entre otros, Chrystia Freeland, *Sale of the Century: Russia's Wild Ride From Communism to Capitalism*, Crown Business, 2000; David Hoffman, *The Oligarchs: Wealth and Power in New Russia*, Public Affairs, 2002; y la reseña de Jeffrey Hay, en *Facts and details*, “Rus-



Ojalá nada de esto ocurra en Venezuela, y menos aún que ocurra como una gran farsa, como lo que escribió Karl Marx en 1851, que “la historia ocurre dos veces: la primera vez como una gran tragedia y la segunda como una miserable farsa.”<sup>28</sup>

---

sian Privatization and Oligarchs. Privatization Of Russian Industry,” 2016, disponible en [http://factsanddetails.com/russia/Economics\\_Business\\_Agriculture/sub9\\_7b/entry-5169.html](http://factsanddetails.com/russia/Economics_Business_Agriculture/sub9_7b/entry-5169.html)

<sup>28</sup> La famosa frase de Karl Marx con la cual inició su estudio sobre “El 18 Brumario de Luis Bonaparte,” publicado en la Revista *Die Revolution*, Nueva York, 1852, decía: “Hegel dice en alguna parte que todos los grandes hechos y personajes de la historia universal aparecen, como si dijéramos, dos veces. Pero se olvidó de agregar: una vez como tragedia y la otra como farsa.” Véase Karl Marx, *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, consultado en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/panama/cela/ta-reas/tar122/04marx.pdf>

# EL ENGAÑO CONTINÚA. LA SUBREPTICIA MODIFICACIÓN DEL TEXTO DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE 2022

Miguel Ángel Torrealba Sánchez\*  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo UCV*

**Resumen:** *Se describe la fraudulenta modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2022 y las consecuencias de la posible generalización de esa práctica.*

**Palabras Clave:** *Tribunal Supremo de Justicia- reforma legal-reimpresión por error material-fraude Ley de Publicaciones Oficiales.*

**Abstract:** *The fraudulent modification of the Supreme Court of Justice Act of 2022 and the consequences of the possible generalization of this practice are described.*

**Key words:** *Supreme Court of Justice -law reform-reprint due to material error-fraud- Official Publications Act.*

## I. PRELIMINAR. RECORDANDO EL ENGAÑO DE LA “REIMPRESIÓN POR ERROR MATERIAL” DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE 2010

La fraudulenta práctica de modificar los textos de leyes mediante el artificio de la “reimpresión por error material”, con el fin de evadir el procedimiento de reforma legal regulado en la Constitución y en el Reglamento de Interior y Debates de la Asamblea Nacional, ha sido empleada frecuentemente durante las últimas dos décadas. Basta revisar las Gacetas Oficiales, comenzando por la publicación, con modificaciones de forma y fondo y la adición de una exposición de motivos, del propio texto constitucional, entonces recién aprobado, en marzo de 2020. Reimpresión cuestionada y cuestionable, como puso de relieve la doctrina<sup>1</sup>. De allí en adelante cualquier cosa podía pasar.

---

\* Universidad Central de Venezuela: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Abogado y Especialista en Derecho Administrativo - Universidad de la Coruña, España: Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano - Universidad Carlos III de Madrid, España: Máster en Política Territorial y Urbanística - Universidad Monteávila, Caracas: Profesor de Derecho Administrativo y Director Adjunto del Centro de Estudios de Regulación Económica (CERECO) - Universidad Católica “Andrés Bello”, Caracas: Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo - Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA).

<sup>1</sup> BREWER-CARIÁS, Allan R.: Comentarios sobre la ilegítima “Exposición de Motivos” de la Constitución de 1999 relativa al sistema de Justicia Constitucional. *Revista de Derecho Constitucional*, Núm. 2. Editorial Sherwood. Caracas, 2000, pp. 47-59.

Un caso notable fue el de la reforma de 2010 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo LOTSJ), mediante la cual el texto fue totalmente reelaborado, lo que era especialmente necesario, dada la lamentable ausencia, no solo de técnica legislativa, sino de mínima corrección gramatical en la ley de 2004. En aquella ocasión, el instrumento legal ya reformado nuevamente fue publicado acudiendo a tal práctica de la “reimpresión”, con el fin de hacer una modificación destinada a reducir los lapsos necesarios para la selección de los Magistrados, pasando de un plazo mínimo a máximo<sup>2</sup>. Ello, por supuesto, obviando el cumplimiento de los requisitos pautados para la reforma de cualquier texto legal<sup>3</sup>.

Nuevamente la Ley ha sido modificada este año, una primera vez, mediante su reforma, sancionada el 18 de enero de 2022 y promulgada y publicada el día siguiente. Y al menos una segunda vez, en fecha indeterminada, ya que en esta oportunidad el fraude no se cometió mediante la “reimpresión por error material”, sino, pura y simplemente, a través de la modificación del texto originalmente publicado y colocado en formato pdf en los portales electrónicos oficiales.

## II. TRES MODIFICACIONES SUBREPTICIAS DEL TEXTO DE LA REFORMA DE LA LOTSJ DE 2022. DOS DE FORMA Y UNA DE FONDO

Se trata, en efecto, de una práctica quizá más fraudulenta por su carácter totalmente subrepticio. En lugar de que el texto legal inicie con el consabido aviso de la Secretaría de La Asamblea Nacional de “reimpresión por error material”, sencillamente se modifica el texto original sin ningún tipo de advertencia ni justificación. Es decir, se está ya ante una situación totalmente de hecho, en la que los responsables de la Imprenta Nacional y de la Gaceta Oficial colocan un segundo texto en los portales electrónicos, el cual sustituye al originalmente publicado. Situación que, por ser de hecho, ni siquiera resulta un acto formal, sino una actuación material contraria a Derecho que, por subrepticia, resulta de más difícil prueba -y por tanto cuestionamiento- desde el punto de vista jurídico<sup>4</sup>.

Tan es así que quien esto escribe advirtió la modificación del texto solo en el momento en que, al estar analizando el texto la reforma de la Ley en referencia durante la impartición de una clase de pregrado notó que el texto que leían los estudiantes no tenía los errores for-

<sup>2</sup> Cfr. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor: Sobre la nueva reimpresión por “supuestos errores” materiales de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, octubre de 2010. *Revista de Derecho Público* Núm. 124. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, pp. 109-110.

<sup>3</sup> Véase también: SILVA ARANGUREN, Antonio: Tras el rastro del engaño en la web de la Asamblea Nacional. *Revista de Derecho Público* Núm. 124. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, pp. 112-113. El título de ese trabajo da lugar a este, suerte de secuela en la constatación de fraudes vinculados con las leyes que regulan al máximo tribunal a partir de la Constitución de 1999.

<sup>4</sup> Para demostrar el fraude habría que tener: 1) Un ejemplar en papel de la Gaceta Oficial publicada originalmente, dado su carácter de documento público y auténtico según el artículo 8 de la Ley de Publicaciones Oficiales, lo que entiendo que no es posible en la actualidad porque esta no se publica en ese formato, a pesar de lo dispuesto en los artículos 9 y 15 eiusdem; o 2) Una certificación por parte del funcionario competente del Servicio Autónomo Imprenta Nacional de la correspondiente Gaceta, sea la versión electrónica o su impresión en papel, lo cual en teoría es posible, conforme al portal electrónico respectivo: <http://www.imprentanacional.gob.ve/>. Pero, cualquiera que vive en Venezuela sabe que los servicios electrónicos o informáticos de la Administración Pública, cuando funcionan, lo hacen esporádicamente. En todo caso, habría que tener certificadas todas las leyes que se han dictado desde el momento en que se dejó de imprimir diariamente en papel la Gaceta. Y ello no garantizaría el respeto a la seguridad jurídica, dada la ausencia de Poder Judicial digno de ese nombre.

males de la versión original. Así pues, al confrontar “su” texto en pdf obtenido del portal electrónico del Tribunal Supremo de Justicia, con “el” texto que se leía en clase, evidenció los cambios, que luego fueron corroborados al acudir nuevamente al mismo portal electrónico. Allí me quedó claro que había una “primera” versión del texto de la ley, la que obtuve electrónicamente el 19 de enero de 2022, y una “segunda” -como mínimo- versión del texto, colocada posteriormente. Versión modificada, aunque obtenida de la misma fuente y del mismo enlace electrónico, esta vez, el 11 de abril del mismo año.

Veamos a continuación los tres cambios detectados<sup>5</sup>:

1. Una errata en la denominación.

El texto original, de fecha 19 de enero, se intitulaba: “Ley Orgánica...” en un evidente error material, que se encontraba tanto en el sumario y en el título del articulado de la reforma (página 1 de la Gaceta), así como en la fecha de promulgación (página 20), mas no en el título del nuevo texto legal íntegro colocado luego de los artículos reformados (página 2). Ese fue el primer cambio sobrevenido, al corregir el error y colocar “Ley Orgánica”, asunto sin duda de forma, pero que no podía haberse hecho de otra manera que reformando el texto legal; o bien, demostrando la discrepancia entre el texto sancionado por la Asamblea Nacional y el publicado en Gaceta Oficial para poder acudir legítimamente a la “reimpresión por error material” (artículo 12 de la Ley de Publicaciones Oficiales).

2. Otra errata en una fecha.

Un error de forma similar se encontraba en la fecha de sanción de la Ley de reforma (página 20), donde se leía en el texto original: “a los dieciocho días del mes de enero de dos mil veintidós 2021”, evidenciando una discrepancia entre la fecha indicada en letras con la referida en los guarismos. El cambio en la segunda versión fue eliminar la fecha en guarismos.

3. El añadido en el artículo 73.

Por último, el artículo 73 de la versión original, obviamente incompleto, estipulaba:

**“Baremo de preselección de las postuladas o postulados** Artículo 73. El Comité de Postulaciones Judiciales aprobará, por las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes, el baremo que se utilizará para la preselección de las postuladas o postulados. El Comité de Postulaciones preseleccionará, entre las postuladas o postulados, un número no inferior al triple de los cargos de Magistradas o Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, y al día siguiente remitirá al Poder Ciudadano la lista de preseleccionadas o preseleccionados con sus respectivos” (sic).

La versión modificada del texto legal *completa* el texto en cuestión, al añadir las últimas líneas del párrafo, al igual que un apartado adicional. El artículo quedó así:

**“Baremo de preselección de las postuladas o postulados** Artículo 73. El Comité de Postulaciones Judiciales aprobará, por las dos terceras (2/3) partes de sus integrantes, el baremo que se utilizará para la preselección de las postuladas o postulados. El Comité de Postulaciones preseleccionará, entre las postuladas o postulados, un número no inferior al triple de los cargos de Magistradas o Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, y al día siguiente remitirá al Poder Ciudadano la lista de preseleccionadas o preseleccionados con sus respectivos expedientes.

En caso de que el número de postuladas o postulados no exceda al triple del número de tales cargos, se preseleccionarán todos las postuladas y postulados”.

---

<sup>5</sup> Información obtenida de la revisión y comparación de ambos textos realizada a petición mía por el profesor Antonio Silva Aranguren, a quien agradezco.

Es evidente que este tercer cambio no es una simple corrección de un error material, sino que, por una parte, “completa” el supuesto de hecho de la regla general. Pero, además, agrega una excepción a esta, al establecer que, si no se dan los supuestos fácticos requeridos, se opta por una solución totalmente distinta.

La pregunta obligada es si la norma estaba redactada en ese sentido cuando fue sancionada, o si se trata de un añadido posterior. Y, para responderla, se requeriría acudir a las instancias oficiales y solicitar una certificación del texto sancionado por la Asamblea Nacional. Conociendo la actitud del funcionario público actual, así como su intuición -lamentablemente acertada- de que los principios constitucionales y los derechos de la persona frente al Poder Público solo están consagrados normativamente, pero que en la práctica lo que se aplica es la voluntad del jerarca de turno, es clara la escasísima posibilidad de tener éxito en esa gestión, que sería sencilla y de rutina en un Estado de Derecho<sup>6</sup>.

### III. EL ÚLTIMO ESTADIO EN LA PRÁCTICA DE MODIFICAR INCONSTITUCIONALMENTE LAS LEYES: SIMPLEMENTE SUSTITUYENDO LOS TEXTOS YA PUBLICADOS EN LA GACETA OFICIAL

El resultado de lo antes expuesto es que, al menos en esta ocasión -mal podríamos garantizar que no haya precedentes de los que ni siquiera nos hemos enterado- se produjo la modificación de una ley por la vía de los hechos, de forma totalmente subrepticia, opaca y, por supuesto, en abierta violación de las normas constitucionales y legales. Y no se trató solo de cambios de forma ante erratas producto del descuido o la negligencia del órgano legislativo en cuanto a que faltara una coma o hubiera un error ortográfico en una fecha, sino que se “completó” un precepto legal con varios añadidos.

Visto ello, para futuras ocasiones no parece que pueda descartarse que, luego de la publicación de un texto legal en la Gaceta Oficial, este se modifique para “corregir”, “completar” o “mejorar” uno o varios preceptos normativos, de manera de “enmendarle la plana” al Parlamento<sup>7</sup>. Es decir, cambiar textos legales prescindiendo de forma absoluta de los requisitos que para actuaciones tan relevantes exige el ordenamiento jurídico, comenzando por la salvaguarda del principio de separación de ramas del Poder Público, el respeto a las situaciones jurídicas consolidadas, la publicidad y la transparencia, entre muchos otros. Principios fundamentales e intangibles en una sociedad que cuente con un Estado de Derecho, así sea precario.

La generalización de esa práctica -que no es otra cosa que una actuación material antijurídica y, por tanto, sin ninguna justificación- conducirá, obligadamente, a la materialización del mayor estadio de inseguridad jurídica posible, al estilo de cualquier distopía apocalíptica cada vez menos lejana. En efecto, le bastará a quien tenga el poder fáctico para ello (el verdadero poder en las sociedades primitivas o en las que no existe el Estado de Derecho, que en definitiva no se diferencian demasiado), con dar la orden de cambiar el texto de uno o varios

<sup>6</sup> Comparto la opinión de SILVA ARANGUREN, *op. cit.*, p. 113, para un caso similar: “Lo ideal sería, claro está, hacerse con una certificación de la propia Asamblea Nacional en la que conste el texto sancionado, pero suponemos que ello podría ser difícil, debido al férreo control partidista que hoy existe. A efectos de estas notas basta llamar la atención sobre el posible fraude cometido a través de la reimpresión. Si bien el link y el archivo PDF pueden lucir débiles (y efímeros) como prueba, nos permiten afianzar la creencia de que el recurso a la reimpresión por errores materiales es un truco más en una cadena interminable de ardid parlamentarios”.

<sup>7</sup> Eso es lo que parece haber acaecido en el presente caso, en el que se prescindió de la práctica de la “reimpresión por error material”.

preceptos de un instrumento legal con el fin de modificar el marco regulatorio vigente hasta el día anterior, eliminando cualquier vestigio de derechos consolidados al amparo de este. O, como en este caso, modificando sobrevenidamente requisitos para ejercer potestades públicas o alterando el diseño de procedimientos legales. En definitiva, cancelando el pasado cada día.

Como consecuencia de ello, cada vez que el colega profesional del derecho -o incluso el ciudadano común- pretenda basar un argumento destinado a apoyar su defensa jurídica en el derecho positivo, deberá asegurarse de que este último se mantiene todavía igual, y que no fue subrepticamente modificado la víspera.

Corremos el riesgo de quedar, pues, sometidos a que el pasado normativo, incluso el más reciente, nos lo puedan borrar la noche anterior para alterarlo por uno más conveniente a los designios del Poder, a la usanza de la práctica de los siniestros ministerios de la orwelliana novela 1984, o de los constantes cambios con que los tenebrosos seres casi invisibles que controlan la "*Dark City*" (reflejada en la película "Ciudad de Sombras" dirigida por Alex Proyas en 1998), experimentan con la psique de sus atribulados e indefensos moradores.

# EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO

## Reflexiones sobre la anunciada privatización parcial de diversas Empresas del Estado a la luz de la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación\*

José Antonio Muci Borjas\*\*

*Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*

**Resumen:** *El artículo versa sobre la teoría del levantamiento del velo corporativo y su aplicación a las Empresas del Estado. A tales efectos, analiza las reglas de la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación que desconocen la personalidad jurídica y la autonomía de las Empresas del Estado.*

**Palabras Clave:** *El levantamiento del velo corporativo. Empresas del Estado. Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación.*

**Abstract:** *The essay deals with the legal concept of the piercing of the corporate veil and its application to State Enterprises. For such purposes, it analyzes the rules of the Organic Law for the Creation of the Central Planning Commission which disregard the legal personality and autonomy of State Enterprises.*

**Key words:** *The piercing of the corporate veil. State Enterprises. Organic Law for the Creation of the Central Planning Commission.*

### SECCIÓN I. PREÁMBULO

§1. La prensa venezolana reseñó en fecha reciente el anuncio, hecho por quien ejerce la jefatura del gobierno nacional, de colocar acciones, representativas de no más del diez por ciento (10%) del capital social de diversas Empresas del Estado controladas -directa o indirectamente- por la República, en una bolsa de valores venezolana. La lista de empresas cuyas acciones serían ofrecidas incluye empresas de telecomunicaciones (Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela (CANTV) y Telecomunicaciones Movilnet C.A. (Movilnet)) y petroquímicas, entre otras<sup>1</sup>.

---

\* La versión original de este ensayo fue elaborada para su inclusión en el libro que la Academia de Ciencias Políticas y Sociales acordó editar para rendir homenaje a su ex-presidente, Humberto José Romero-Muci.

\*\* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB, 1986), con estudios de postgrado en Derecho Administrativo, Tributario y Procesal Civil (Università La Sapienza (1987-1988), Derecho Constitucional y Derecho Tributario (University of Miami, 1994) y Derecho Financiero (UCAB, 1996-1998). Profesor Titular de Derecho Administrativo en la UCAB (1988-) Profesor Investigador Invitado, Universidad Carlos III (Madrid), (2005). Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Venezuela), (Sillón N° 27).

<sup>1</sup> El Nacional, edición del 11 de mayo de 2022 (vid., Maduro anunció que ofertará en la bolsa de valores acciones de empresas públicas, incluidas las petroleras).



§2. Este breve ensayo considera uno de los escollos a los que se enfrenta la colocación de tales valores: la Ley Orgánica de Creación de la Comisión Central de Planificación (en lo adelante, por mor de brevedad, la “Ley de la Comisión Central de Planificación”)<sup>2</sup>.

## SECCIÓN II. LA LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (2001) Y LA LEY DE LA COMISIÓN CENTRAL DE PLANIFICACIÓN

### A. *Introducción*

§3. Tradicionalmente las Empresas del Estado no estaban sometidas al control de tutela<sup>3</sup>. El susodicho dispositivo legal, diseñado para vigilar la actuación de las entidades creadas conforme a mecanismos de Derecho Público, se contraponía al control accionario, propio del Derecho Privado, que el Estado ejerce, en asamblea de accionistas<sup>4</sup>, sobre las sociedades mercantiles de su propiedad.

§4. El control ejercido sobre las Empresas del Estado sufrió cambios de significación con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Administración Pública de 2001<sup>5</sup>, primero; y, segundo, la Ley de la Comisión Central de Planificación de 2007.

### B. *La Ley Orgánica de Administración Pública de 2001*

§5. La Ley Orgánica de Administración Pública de 2001 extendió el control de tutela a las Empresas del Estado. En resumen, la Ley Orgánica de Administración Pública de 2001:

A. Autorizó la creación de sociedades anónimas con un único accionista (artículo 104). Como representante del accionista único, el Ministro al que se adscribiese la sociedad podía nombrar a todos los miembros de su Junta Directiva.

B. Habilitó al Presidente de la República para determinar el Ministerio al que debían adscribirse las distintas Empresas del Estado (Artículo 115)<sup>6</sup>.

C. Facultó al Ministerio de adscripción para (i) definir las políticas que debían desarrollar las Empresas del Estado y poder para formular las directivas necesarias a tales efectos; (ii) coordinar, supervisar y controlar permanentemente a las Empresas de Estado a su cargo para asegurar, entre otras cosas, el cumplimiento de las políticas definidas; y (ii) evaluar

<sup>2</sup> Gaceta Oficial de la República N° 5.841 Extraordinario, del 22 de junio de 2007. Aunque la Ley de la Comisión Central de Planificación de 2007 fue objeto de sucesivas reformas en 2010 (Gaceta Oficial de la República N° 5.990 Extraordinario, del 29 de julio de 2010) y 2011 (Gaceta Oficial de la República N° 39.604, del 28 de enero de 2011), la norma legal sobre la cual discurriremos en este ensayo —aludimos al artículo 4°, numeral 3°, de la Ley de 2007— ha permanecido inalterada hasta el día de hoy.

<sup>3</sup> El control de tutela habilita al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministro al cual se adscriba el ente descentralizado, para, inter alia, revisar y modificar las decisiones adoptadas por este último (vid., artículo 96 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, Gaceta Oficial de la República N° 2.818 Extraordinario, del 1 de julio de 1981).

<sup>4</sup> Brewer-Carías, Allan Randolph, Régimen Jurídico de las Empresas Públicas en Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, p. 97).

<sup>5</sup> Gaceta Oficial de la República N° 37.305, del 17 de octubre de 2001.

<sup>6</sup> El artículo 115 de la Ley Orgánica de Administración Pública, así como los artículos 116, 117 y 119 eiusdem (ut infra, §4.c y §4.d), forman parte del Título IV (De la Desconcentración y de la Descentralización Funcional), Capítulo II (De la Descentralización Funcional), Sección V (Del Control sobre los Órganos Desconcentrados y sobre los Entes Descentralizados Funcionalmente), de dicha ley.

permanentemente el desempeño y los resultados de gestión de las Empresas del Estado, e informar oportunamente al Presidente de la República (artículo 117)<sup>7</sup>.

D. Contempló la necesidad de que los Ministerios de Adscripción y las Empresas del Estado suscribieran compromisos de gestión. Tales compromisos debían servir como instrumento de control de supervisión sobre el desempeño de las Empresas del Estado (artículo 119).

C. *La Ley de la Comisión Central de Planificación de 2007*

§6. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4° (numeral 3°) de la Ley de la Comisión Central de Planificación, corresponde a la Comisión Central de Planificación, órgano integrado por el Vicepresidente Ejecutivo de la República, quien hace las veces de Presidente y coordinador de la misma, el Ministro de Planificación y Desarrollo, en rol de Secretario Ejecutivo, y los ministros y ciudadanos designados por el Presidente de la República,

«[c]ontrolar y coordinar que los ministerios, servicios autónomos, institutos autónomos, empresas, fundaciones, asociaciones, sociedades civiles del Estado y demás entes adscritos descentralizados, actúen de conformidad con los lineamientos, políticas y planes emanados de la Comisión Central de Planificación, debidamente aprobados por el Presidente o Presidenta de la República. En ese sentido, los referidos entes no gozarán de autonomía organizativa, ni de autonomía para la planificación administrativa-financiera.

En consecuencia, todos los órganos y entes de la Administración Pública, no obstante su naturaleza y forma organizativa previstas en los instrumentos de creación, deberán actuar conforme a lo establecido en este numeral, y las potestades atribuidas a la Comisión Central de Planificación se realizarán sin menoscabo de los controles de tutela, accionarial y estatutario a los cuales aquellos están sometidos. La personalidad jurídica y el patrimonio propio no debe ser obstáculo para el cumplimiento de lo ordenado en el presente numeral».

§7. El artículo 4°, numeral 3°, de la Ley de la Comisión Central de Planificación debe ser administrado con los artículos 14 y 19 *eiusdem* (intitulados, respectivamente, “De la obligatoriedad en el cumplimiento de los lineamientos estratégicos, políticas y planes”, y “De la obligatoriedad y aplicación prevalente”), de acuerdo con los cuales:

A. Las Empresas del Estado «se regirán en sus actuaciones por los lineamientos estratégicos, políticas y planes aprobados conforme a la planificación centralizada». Consecuentemente, los Ministros, «en ejercicio de sus funciones de coordinación, supervisión y control [...] harán cumplir dichos lineamientos, políticas y planes por los órganos [...] que les estén adscritos.

<sup>7</sup> El artículo 117 de la Ley Orgánica de Administración Pública establecía textualmente que «[l]os ministerios u otros órganos de control, nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, tienen las siguientes atribuciones: 1. Definir la política a desarrollar por tales entes, a cuyo efecto formularán las directivas generales que sean necesarias. 2. Ejercer permanentemente funciones de coordinación, supervisión y control. 3. Evaluar en forma continua el desempeño y los resultados de su gestión e informar oportunamente al Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda. 4. Informar trimestralmente al organismo u órgano nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal, encargado de la planificación acerca de la ejecución de los planes por parte de los entes. 5. Proponer al Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, o alcalde o alcaldesa, según corresponda, las reformas necesarias a los fines de crear, modificar o eliminar las entidades descentralizadas funcionalmente que respectivamente le estén adscritas. 6. Las demás que determinen las leyes nacionales, estatales y las ordenanzas y sus reglamentos». El artículo 117 debe ser leído conjuntamente con el artículo 116 *eiusdem*, a tenor del cual «[t]odo instituto autónomo, empresa o fundación, asociaciones y sociedades civiles del Estado se encontrarán adscritos a un determinado ministerio u órgano de la Administración Pública correspondiente».

- B. Las «normas y principios relativos a la planificación, organización, control y supervisión de la Administración Pública contenidas en el presente Decreto Ley, son de obligatorio cumplimiento para todos los órganos y entes de la Administración Pública», y deben ser «aplicadas de manera prevalente en el ordenamiento jurídico vigente».

§8. Un detenido análisis de las normas de la Ley de la Comisión Central de Planificación invocadas con anterioridad permite constatar que estas erosionan la autonomía, propia y característica de una sociedad creada conforme a las pautas del Derecho Privado, pues trasladan el foro en el que han de debatirse y adoptarse de decisiones societarias fundamentales, de la Junta Directiva societaria al Ejecutivo Nacional *-i.e.*, al gobierno central-.

§9. Como veremos de seguida, ese desplazamiento de los poderes de decisión en materia de organización y planificación no puede ser conciliado con la personalidad jurídica que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las sociedades mercantiles.

### SECCIÓN III. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO Y EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN EL DERECHO VENEZOLANO

#### A. *Introducción*

§10. De acuerdo con el artículo 201 del Código de Comercio, las sociedades anónimas son personas jurídicas. Al ser personas jurídicas, las sociedades anónimas tienen identidad y patrimonio propios, diferentes a los de sus accionistas. Entre los accionistas y la sociedad existe un muro que los separa o divide. Por causa de ese muro, en principio:

- A. Los socios no responden con su patrimonio por las obligaciones de la sociedad anónima. Las consecuencias legales que puedan derivarse de las actuaciones de la sociedad anónima solo pueden imputarse a esta última<sup>8</sup>; y, al revés,
- B. La sociedad anónima no responde con su patrimonio por las obligaciones de sus socios. Las consecuencias legales que puedan derivarse de las actuaciones de los socios de una sociedad anónima no pueden serle imputadas a esta última.

§11. El artículo 201 del Código de Comercio resulta aplicable a las Empresas del Estado porque estas son «sociedades mercantiles» en las cuales la República —*inter alia*— tiene una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social (artículo 103 de la Ley Orgánica de Administración Pública<sup>9</sup>), por una parte; y por la otra, porque las empresas del Estado se rigen, en principio, «por la legislación ordinaria» (artículo 106 *eiusdem*).

#### B. *El levantamiento del velo corporativo*

§12. En determinadas circunstancias de excepción los tribunales venezolanos y ciertos organismos administrativos pueden subvertir el orden establecido por el artículo 201 del Código de Comercio y desconocer la personalidad jurídica de una sociedad anónima, esto es, levantar o descorrer el velo corporativo, con el resultado de que la sociedad y (i) sus accionis-

---

<sup>8</sup> Muci Borjas, José Antonio, El abuso de la forma societaria (El “levantamiento del velo corporativo” a la luz de la doctrina de la Administración Pública y de la jurisprudencia venezolanas en materia civil, mercantil, administrativa, tributaria, laboral y penal), Editorial Sherwood, Caracas, 2007, pp. 26 y 118-120.

<sup>9</sup> Gaceta Oficial de la República N° 6.147 Extraordinario, del 17 de noviembre de 2014.

tas, o (ii) las sociedades vinculadas a aquella a la que se descorre el velo, pueden ser considerados como una única persona<sup>10</sup>.

§13. De acuerdo con el Derecho venezolano, el levantamiento del velo corporativo puede ser el resultado, primero, de una disposición legal que ignora o desconoce específicamente la personalidad jurídica de la sociedad para un efecto jurídico determinado<sup>11</sup> o, segundo, de un abuso de derecho o de un fraude a la ley<sup>12</sup>.

§14. El levantamiento del velo corporativo ha sido utilizado por los tribunales venezolanos y los organismos administrativos para:

- A. Primero, responsabilizar a los accionistas de una sociedad anónima por los actos realizados por dicha sociedad (*piercing of the corporate veil*).
- B. Segundo, responsabilizar a una sociedad anónima por los actos realizados directa o indirectamente por sus accionistas (*reverse piercing*).
- C. Tercero, responsabilizar a una sociedad anónima por los actos realizados por una sociedad relacionada (*triangular piercing*)<sup>13</sup>.

§15. Los tribunales venezolanos y la Administración Pública han levantado el velo corporativo para desconocer la personalidad jurídica tanto de sociedades de propiedad privada como de Empresas del Estado<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Sin llegar a levantar el velo corporativo y, por tanto, sin que llegaran a producirse los efectos propios de dicha figura (ut supra, §10), nuestra legislación ha permitido adentrarse en la composición accionaria de las sociedades mercantiles para dispensarle a estas un régimen distinto al que, en principio, les corresponde en su condición de comerciantes ex artículo 10 del Código de Comercio (Gaceta Oficial de la República N° 475 Extraordinaria, del 21 de diciembre de 1955). Cabría citar aquí, e.g., el artículo 42, numeral 15, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (Gaceta Oficial de la República N° 1.893 Extraordinario, del 30 de julio de 1976), que atribuía a la Sala Político-Administrativa de dicha Corte, y no a los jueces mercantiles, la competencia para conocer y decidir las acciones que se propongan contra las empresas «en la[s] cual[es] el Estado tenga participación decisiva, si su cuantía excede de cinco millones de bolívares, y su conocimiento no está [expresamente] atribuido a otra autoridad». En este mismo orden de ideas cabría invocar a Muci-Abraham, para quien Petróleos de Venezuela, S.A. no podía incurrir en quiebra, habida consideración de la identidad de su único accionista (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?”, en Revista de Derecho Público N° 49, enero-marzo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 52-70).

<sup>11</sup> Hung Valliant, Francisco, “La denominada Doctrina del Levantamiento del Velo por Abuso de la Personalidad Jurídica”, en El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI (Estudios Homenaje al Profesor Allan R. Brewer-Carías), Tomo II, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2003, p. 2.049; y, Muci Borjas, José Antonio, El abuso de la forma societaria, op. cit., pp. 100-102 y 116.

<sup>12</sup> Muci Borjas, José Antonio, El abuso de la forma societaria, op. cit., p. 117.

<sup>13</sup> Muci Borjas, José Antonio, El abuso de la forma societaria, op. cit., pp. 118-120.

<sup>14</sup> Muci Borjas, José Antonio, El abuso de la forma societaria, op. cit., pp. 135-136 y 225-229.

Sobre el levantamiento del velo corporativo de sociedades estatales puede también consultarse en el Derecho comparado De Ángel Yagüez, Ricardo, La Doctrina del «Levantamiento del Velo» de la Persona Jurídica en la Reciente Jurisprudencia, 2ª edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, pp. 193-199; Ortiz Vaamonde, Santiago, El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo (Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros), La Ley-Actualidad, S.A., Madrid, 2004, pp. 78-79; y, Goisis, Francesco, Contributo allo Studio delle Società in mano Pubblica come Persone Giuridiche, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.a., Mi-

Por lo que a estas últimas respecta, en el pasado la justicia venezolana ha descubierto el velo corporativo cuando existen estrechos vínculos económicos y de gestión entre la Empresa del Estado y su accionista.

C. *El levantamiento del velo corporativo y las Empresas del Estado: el fallo Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (“Cadafe”)*<sup>15</sup>

§16. Como destacamos con anterioridad, la justicia venezolana ha descubierto el velo corporativo cuando existen vínculos económicos y de gestión —íntimos o estrechos— entre la Empresa del Estado y su accionista.

§17. El fallo judicial pronunciado en el asunto *Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (“Cadafe”)* reconoce que el accionista único de una empresa —en el caso de la especie, una Empresa del Estado— puede desarrollar sus negocios por intermedio de sociedades mercantiles «formalmente distintas a la [matriz], pero unidas a ella no solo por lazos económicos, sino de dirección, ya que las políticas económicas y gerenciales se las dicta [su empresa matriz]». De acuerdo con el fallo invocado, no obstante la personería jurídica que distingue al accionista único de las sociedades mercantiles de su propiedad, esta última en ocasiones goza de una «autonomía [meramente] formal», pues el control ejercido por el accionista puede convertir a la sociedad «en meras instrumentaciones del controlante». Siempre según el fallo judicial invocado, cuando las sociedades mercantiles «reciben ordenes o instrucciones» del accionista que las controla, puede surgir una «relación de subordinación o de dependencia administrativa» entre el accionista y las sociedades mercantiles controladas, en virtud de la cual estas terminen obrando «en un momento dado como personas interpuestas».

§18. La existencia de ese tipo de vínculos íntimos entre las sociedades mercantiles y su accionista de control es un hecho que demanda alegación y prueba salvo, claro está, que la circunstancia derive de una norma legal.

D. *El levantamiento del velo corporativo y las Empresas del Estado según la Ley de la Comisión Central de Planificación*

§19. El artículo 4º, numeral 3º, de la Ley de la Comisión Central de Planificación habilita a la República, por órgano de su Comisión Central de Planificación, para:

---

lano, 2004, pp. 241-342. También cabría invocar aquí a García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 5ª edición, Madrid, 1991, p. 421.

<sup>15</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 558, del 18 de abril de 2001, asunto C.A. de Administración y Fomento Eléctrico (C.A.D.A.F.E.).

Ortiz Vaamonde afirma con tino que cabe descubrir el velo corporativo de las Empresas del Estado cuyas ejecutorias no se guían por criterios económicos —esto es, el de las empresas que no operan con criterios de rentabilidad económica, sino que, al contrario, persigan «fines públicos» no obstante su costo— (Ortiz Vaamonde, Santiago, El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo (Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros), La Ley-Actualidad, S.A., Madrid, 2004, p. 80). Sobre la —necesaria— rentabilidad económica de las Empresas del Estado cabría invocar aquí, *mutatis mutandis*, el artículo 3º de la Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, de acuerdo con el cual «[I]a gestión del comercio exterior de los hidrocarburos se efectuará teniendo como objetivos esenciales los siguientes: Llevar al máximo el rendimiento económico de la exportación, en concordancia con los requerimientos del desarrollo nacional» (Gaceta Oficial de la República N° 1.769 Extraordinario, del 29 de agosto de 1975).

- A. Adoptar las «directrices, políticas y planes» obligatorios que deben ser observadas por las Empresas del Estado.
- B. Controlar y coordinar que las Empresas del Estado actúen «de conformidad con» las directrices, políticas y planes impuestos por Comisión Central de Planificación. Ese control es adicional «a los [tradicionales] controles de tutela, accionarial y estatutario».

§20. La asignación legal de competencias a la Comisión Nacional de Planificación es complementada por una regla, limitativa de la autonomía propia de una sociedad anónima, que niega la existencia de órganos de gobierno (societarios) con capacidad para gerenciar la empresa profesionalmente. Ciertamente, el artículo 4° —numeral 3°— citado con anterioridad añade que las Empresas del Estado controladas directa o indirectamente por la República carecen de «autonomía organizativa», y carecen también de «autonomía para [manejar su] planificación administrativo-financiera».

§21. Expresado en otros términos, la Ley de la Comisión Central de Planificación despojó a las Empresas del Estado controladas por la República de su capacidad, clave para la autonomía que define a una sociedad anónima, para (i) establecer las metas económicas y financieras de la empresa; (ii) decidir cómo pueden y debe organizarse la empresa para la mejor consecución de tales metas; y, en definitivas cuentas, (iii) establecer cuáles son sus (verdaderas) prioridades como empresa.

§22. Tras asignar tales competencias a la Comisión Central de Planificación y restringir la autonomía de las Empresas del Estado, el artículo 4°, numeral 3°, de la Ley de la Comisión Central de Planificación agregó -la cita es textual- que «[l]a personalidad jurídica y el patrimonio propio [de las Empresas del Estado] no debe ser obstáculo para el cumplimiento de lo ordenado en el presente numeral». En otras palabras, la personalidad jurídica de las Empresas del Estado controladas directa o indirectamente por la República no puede ser invocada para (i) impedir o frustrar la estricta, precisa o rigurosa aplicación de las directrices, políticas y planes diseñados -e impuestos- por la República, por órgano de la Comisión de Planificación Central o (ii) afirmar la autonomía de la Empresa del Estado. Privadas de todo atisbo de vida propia, esas Empresas del Estado quedaron reducidas a meras ejecutoras de las decisiones impuestas por la República<sup>16</sup>.

§23. Las interferencias en el giro autónomo o independiente de las Empresas del Estado impuestas por la regla contenida en el artículo 4°, numeral 3°, de la Ley de la Comisión Central de Planificación, convierten a la República en un administrador encubierto (*Shadow Director*) de la empresa<sup>17</sup>.

#### E. *A modo de recapitulación*

§24. La negación de la autonomía -y el consecuente desconocimiento de la personalidad jurídica- de las Empresas del Estado controladas directa o indirectamente por la República deriva de una explícita norma de ley. Por consiguiente, el levantamiento del velo corporativo de este tipo de sociedades no demanda mayor probanza. La letra del artículo 4°, numeral 3°,

<sup>16</sup> El Preámbulo de la Ley de la Comisión Central de Planificación aclara aún más la intención perseguida por su autor. De acuerdo con el susodicho Preámbulo la Ley de la Comisión Central de Planificación representó un nuevo avance en relación con los pasos dados anteriormente por la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, dado que la actuación atomizada y aislada de los entes estatales (incluidas las Empresas del Estado), particularmente en el terreno económico, había sido un problema estructural e histórico en el país.

<sup>17</sup> Vid., *mutatis mutandis*, Muci Borjas, José Antonio, El abuso de la forma societaria, op. cit., pp. 130-132.

de la Ley de la Comisión Central de Planificación autoriza el levantamiento del velo corporativo de las Empresas del Estado controladas por la República sin necesidad de alegar -y probar- que se está frente a un fraude a la ley o un abuso de derecho.

§25. En virtud del levantamiento del velo corporativo resultante, cabe responsabilizar a la República por los actos realizados por sus Empresas del Estado (*piercing of the corporate veil*). Según los casos, cabe también responsabilizar a la Empresa del Estado por los actos realizados por la República (*reverse piercing*).

#### SECCIÓN IV. LOS RETOS QUE PLANTEA LA LEY DE LA COMISIÓN CENTRAL DE PLANIFICACIÓN A LA OFERTA PÚBLICA DE ACCIONES EMITIDAS POR EMPRESAS PÚBLICAS CONTRALADAS POR LA REPÚBLICA

§26. Para ser exitosa, la colocación -en bolsa de valores- de las acciones representativa del capital social de Empresas del Estado poseídas directa o indirectamente por la República demanda un marco normativo distinto al existente. En ese nuevo y sustancialmente diferente marco normativo:

- A. Las Empresas del Estado deben perseguir objetivos de carácter o naturaleza comercial. La sola persecución de finalidades públicas, a cualquier costo, es materia extraña a este tipo de sociedades mercantiles.
- B. A las Empresas del Estado se les debe reconocer autonomía en el giro de sus negocios. A tales efectos, las decisiones de las Empresas del Estado deben ser debatidas y adoptadas en el seno de los órganos sociales (Asamblea de Accionistas y Junta Directiva) de cada una de tales sociedades.
- C. La administración de las Empresas del Estado debe ser encomendada a gerentes profesionales. Los inversionistas y el mercado rechazarán que las decisiones empresariales sean impuestas por un tercero sobre la base de criterios esencialmente políticos.

§27. La aprobación de un marco normativo que garantice el éxito de la colocación de acciones, representativas del capital social de diversas Empresas del Estado controladas:

-directa o indirectamente- por la República en una bolsa de valores venezolana entraña, no cabe duda alguna, una profunda reforma o la derogación de la Ley de la Comisión Central de Planificación.



# ANÁLISIS JURÍDICO DEL PROYECTO DE LEY DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Alí Daniels

Abogado

**Resumen:** *El Proyecto de Ley de Cooperación Internacional tiene contradicciones y graves deficiencias de técnica legislativa, pero más allá de las mismas, en su concepción, definida en su exposición de motivos y reflejada a lo largo de su texto, se manifiesta el considerar la cooperación internacional como un mecanismo contrario a un concepto desfasado de soberanía, lo que genera una propuesta de medidas contra las organizaciones no gubernamentales que son manifiestamente arbitrarias y violan los derechos humanos, en detrimento de los beneficiarios de la ayuda humanitaria que estas prestan y así como de la labor de los defensores de derechos humanos.*

**Palabras Clave:** *Cooperación internacional, libertad de asociación, derechos humanos, soberanía, derecho a prestar y recibir ayuda humanitaria, debido proceso, norma penal en blanco, derecho al debido proceso.*

**Abstract:** *The International Cooperation Law Project has contradictions and serious legislative technical deficiencies, but beyond them, in its conception, defined in its the explanatory introduction and reflected throughout its text, the consideration of international cooperation as a mechanism contrary to an outdated concept of sovereignty, which generates a proposal for measures against non-governmental organizations that are manifestly arbitrary and violate human rights, to the detriment of the beneficiaries of the humanitarian aid they provide and as well as the work of human rights defenders.*

**Key words:** *International cooperation, freedom of association, human rights, sovereignty, right to provide and receive humanitarian aid, due process, blank criminal law, right to due process.*

## I. ANTECEDENTES

El proyecto de Ley de Cooperación Internacional (PLCI) tiene antecedentes de más de una década, pues la primera versión se produjo en el año 2005 y fue aprobado en primera discusión el 13 de junio de 2006 por parte de la Asamblea Nacional<sup>1</sup>. Luego, en el año 2010 y en el 2015 volvió a incorporarse en la agenda legislativa sin ser finalmente aprobado, generando diversos pronunciamientos en contra tanto de la sociedad civil<sup>2</sup> como de organizaciones internacionales de derechos humanos<sup>3</sup> y de órganos internacionales de protección como la

---

<sup>1</sup> Vid.: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/informe-de-sinergia-sobre-proyecto-de-ley-de-cooperacion-internacional-1.pdf>

<sup>2</sup> Vid.: <https://transparencia.org.ve/mensajes-de-las-organizaciones-de-la-sociedad-civil-ante-el-proyecto-de-ley-de-cooperacion-internacional>

<sup>3</sup> Vid.: <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2015/11/venezuela-proyecto-de-ley-de-cooperacion-internacional-pone-en-peligro-la-labor-de-las-defensoras-y-los-defensores-de-derechos-humanos/>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>4</sup>. Ahora se presenta un nuevo proyecto que incluye 2 artículos nuevos y una exposición de motivos con importantes cambios al documento original del año 2005.

## II. LEY VIGENTE SOBRE LA MATERIA

Lo relativo a la cooperación internacional es regulado actualmente en el país por la Ley sobre Cooperación Internacional (G.O. 25.554 de fecha 8 de enero de 1958). En prácticamente todo el articulado de dicha ley se regula las obligaciones del Estado venezolano sobre la cooperación, indicándose en su artículo 1 que el estado venezolano “declara su propósito de contribuir a hacer efectiva esa cooperación mediante fórmulas prácticas para la solución de problemas que afecten el bienestar de los pueblos”, de modo que se considera la cooperación, y la facilitación de la misma, como una obligación del estado venezolano.

**ES DECIR, LA LEY VIGENTE, ATENDIENDO A LA REALIDAD DE SU ÉPOCA, TIENE COMO PRINCIPAL OBJETO REGULAR LA COOPERACIÓN QUE EL ESTADO VENEZOLANO DA HACIA EL EXTERIOR.**

Asimismo, en dicho texto se hace una breve mención a los particulares y otros involucrados en la cooperación cuando en el artículo 3 se señala que el “Ejecutivo Nacional podrá disponer que la realización de los programas de cooperación se haga por medio de alguna de sus dependencias, de un Instituto Autónomo o de empresas o entidades privadas venezolanas”. Esto, además, es confirmado por el texto constitucional de 1999 que en su preámbulo señala como deber del Estado “Promover la cooperación pacífica entre las naciones”. **Es importante destacar que la ley vigente establece límites y condiciones a la cooperación internacional que el estado pueda dar hacia al exterior (arts. 5, 7 y 8), pues con el PCLI estos límites quedarían derogados.**

Lo expuesto significa que el régimen jurídico actual en el país es de libertad en el ejercicio del derecho de asociación para ejecutar la cooperación internacional, sin más limitaciones que las establecidas en la ley (que son fundamentalmente para la Administración Pública) y en el Código Civil, que regula la constitución y funcionamiento de las diversas formas asociativas de la sociedad civil. Así entonces, el marco normativo actual **no establece condiciones para la cooperación internacional con organizaciones de la sociedad civil ni establece límites a la misma, y, por el contrario, obliga al estado a facilitarla.**

Esto es importante **a los efectos del principio de progresividad de los derechos humanos** en la medida en que cualquier limitación impropia de las exigencias de una sociedad democrática implica una regresión, y por tanto una violación al derecho de libertad de asociación, así como al derecho a la participación en los asuntos públicos, al derecho de prestar y recibir ayuda humanitaria<sup>5</sup>, la libertad de expresión, la libertad de reunión pacífica, y el derecho a defender los derechos humanos en cualquier ámbito de la dignidad humana.

## III. EL PROYECTO DE LEY DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL ACTUAL

Como se indicó, el proyecto es básicamente el mismo con una nueva exposición de motivos y la inclusión de dos artículos, el 4 y el 26. Sin embargo, para tener una idea general del

<sup>4</sup> Vid.: <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2010/118-10sp.htm>

<sup>5</sup> El derecho tanto a recibir ayuda humanitaria y como de darla fue reconocido en el Código de conducta relativo al socorro en casos de desastre para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las organizaciones no gubernamentales (ONG) de 1995. Vid: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/64zpm8.htm>

texto debe analizarse en su globalidad para apreciar la intención del legislador expuesta en su motivación, así como analizar la coherencia de su estructura normativa.

### 1. *Exposición de motivos*

A pesar de no tener un carácter normativo *per se*, la exposición de motivos de una ley, - cuando se cuenta con ella-, es fundamental para su interpretación. El artículo 4 del Código Civil expresa que luego de la interpretación de la literalidad de una norma (“A la Ley debe atribírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí”), el segundo nivel de interpretación corresponde a la “intención del legislador”. En ese sentido a lo primero que se recurre en ese contexto es a la exposición de motivos, y de no contarse con ello, a los debates parlamentarios correspondientes. En consecuencia, la exposición de motivos es una muy valiosa herramienta de interpretación en la medida en que nos indica las intenciones del legislador y las razones que acompañaron a las normas por él dictadas.

La exposición de motivos del texto del PLCI que hasta ahora se conoce inicia señalando que “tiene como objetivo, además de la actualización de la legislación existente, proporcionar al Presidente o Presidenta de la República una Ley marco que le permita crear los organismos administrativos y financieros necesarios para la ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas, acciones y actividades que se lleven a cabo en materia de cooperación internacional”. Lo citado es importante en la medida en que el objetivo de la ley es “actualizar” la normativa existente, y dar al poder ejecutivo la potestad de crear nuevos organismos para que estos sigan y evalúen la cooperación internacional.

Respecto a esto último, hemos de indicar que para la creación de organismos (aunque el término correcto sería órgano<sup>6</sup>) para evaluar o seguir la cooperación internacional el poder ejecutivo **no tiene necesidad de una ley**, porque los artículos 15, 46 y 61 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, le da amplias facultades para crear los órganos y entes que considere.

Asimismo, la exposición de motivos concibe la cooperación de este modo:

“En el ámbito de la cooperación internacional la política del Estado venezolano se orienta a la búsqueda del equilibrio internacional y la construcción de un mundo multipolar en contraposición al modelo neoliberal y unipolar que busca la internacionalización y potenciación de la acumulación del capital para imponer su hegemonía de pensamiento único por la vía del diseño ideológico de la globalización, ajeno a las culturas, idiosincrasias, e historias de los pueblos del mundo”.

Luego se añade que se está “concibiendo la cooperación internacional como medio de desarrollo humano integral, justicia social y bienestar de los pueblos cuya razón fundamental es la superación de las desigualdades que se observan en el mundo de hoy”.

Nótese que **este enunciado de cooperación no hace referencia ni a los derechos humanos, ni a la ayuda humanitaria, ni a la facilitación de la cooperación internacional a la que obliga la Constitución**, y limita la cooperación a la lucha contra la desigualdad en una aparente supremacía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) respecto de otros, en abierta violación del principio de interdependencia e interrelación de derechos, principio este reconocido por todos los sistemas internacionales de protección. Recordemos además que el artículo 2 de la Constitución señala la “preeminencia de los derechos humanos”, sin distinción alguna, y que, asimismo, el artículo 19 del máximo

<sup>6</sup> Vid. Art. 15 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública.

texto normativo garantiza “el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos”, lo que es soslayado en el texto antes citado. Lo expuesto será una constante a lo largo del proyecto.

Luego, la exposición de motivos hace referencia a “las medidas coercitivas unilaterales violatorias del derecho público internacional” a la “cooperación para el desarrollo” que considera “dádivas condicionadas a comportamientos subordinados a sus propios intereses geopolíticos y comerciales en el escenario internacional”, así como que “A los mecanismos de opresión citados en líneas anteriores no podemos dejar de agregar las crisis humanitarias inducidas como resultado de sanciones, embargos, amenazas, guerras y cercos económicos y financieros”.

Destacamos lo anterior por no hacer ninguna mención a las políticas económicas internas que generaron la emergencia humanitaria venezolana y precedieron a las sanciones.

Adicionalmente indica que “La política del imperialismo y sus aliados del eje anglosajón y los países pertenecientes al Cartel de Lima, han venido alentado (*sic*) golpes de estado y más recientemente, golpes parlamentarios e implementando una política agresiva para erosionar la democracia en nuestra región”. A esto se agrega la reiterada alusión a que se viene arrastrando la crisis iniciada con el “viernes negro” en la década de los 80 del siglo pasado, sin considerar los ingentes recursos que durante los años iniciales de este siglo recibió la actual administración y de la cual todavía no ha rendido cuentas públicas.

También hace la exposición de motivos una apología de los diversos programas y ayudas que ha ejecutado el estado venezolano en otros países, aunque no se hace alusión a la necesidad de que esta cooperación deba ser objeto de transparencia y rendición de cuentas.

Es muy importante destacar que la exposición de motivos afirma que “El término cooperación internacional no tiene una definición única válida en todo tiempo y lugar, por el contrario, la interpretación y expresión práctica de este concepto ha variado en función de los acontecimientos históricos, de los lineamientos del pensamiento, políticas y valores presentes en las relaciones internacionales” y que esta ha sido objeto de distorsiones por parte de la OEA y del “Cartel de Lima” que “intentaron utilizar la cooperación, violentando sus reglamentos y las leyes que rigen la materia, para la aplicación de una agresión militar” a través del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR).

A continuación, la exposición señala el siguiente concepto de cooperación:

“En términos generales, puede decirse que la cooperación internacional es el conjunto de actuaciones en el ámbito mundial orientadas al intercambio de experiencias, capacidades y recursos entre países para alcanzar metas comunes basadas en criterios de autodeterminación, solidaridad, equidad, interés mutuo, complementariedad, sostenibilidad y corresponsabilidad. ***Tiene como propósito la erradicación de la pobreza, el desempleo, la exclusión social y la búsqueda de la sostenibilidad y el aumento permanente de los niveles de desarrollo político, social, económico y cultural***, a los fines de contribuir a elevar la calidad de vida de los pueblos” (énfasis propio).

Lo expuesto confirma que en la PLCI se considera que la cooperación sólo puede estar dirigida a algunos, no a todos, los DESCAs, pues no se hace mención a las reivindicaciones sindicales, a la violencia contra la mujer o la discriminación en razón del género, a la lucha por los derechos ambientales, la reivindicación territorial y cultural de los pueblos originarios o a la reivindicación de los derechos LGBTI, dado que la exclusión no sólo puede ser social, sino también por género, raza, orientación sexual, ideología política y muchas otras razones.

De modo que no sólo se da preeminencia a algunos derechos, sino que, además, aun dentro de la categoría elegida, se hace una **distinción contraria a la interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos**.

Tan grave como lo anterior es que se considere que “La ayuda humanitaria también forma parte de la cooperación internacional y por lo tanto debe regirse por el respeto a la soberanía y a la autodeterminación de los pueblos” sin hacer consideración alguna sobre la íntima relación entre la ayuda y los derechos humanos. Además se hace mención a que “El eje anglosajón ha utilizado la ayuda humanitaria con una visión injerencista, intervencionista y desestabilizadora como ocurrió en el caso de la ayuda humanitaria que intentaron introducir por Colombia en lo que se ha llamado la batalla de los puentes”, estableciendo como regla lo que es una excepción, puesto que **desde 2019 se instaló la arquitectura de la ayuda humanitaria en el país, a cargo de la Organización de las Naciones Unidas, en su gran mayoría ejecutada a través de sus mecanismos y bajo el conocimiento de las autoridades competentes**.

Sorprende que se afirme que “Durante este año de pandemia hemos sido víctimas de campañas globales de desinformación sobre los tratamientos para combatir el virus” sobre todo cuando desde el gobierno venezolano se afirmó, y hasta ahora no se ha retractado de ello, que había conseguido la cura contra el COVID 19<sup>7</sup>, sin que haya tenido respaldo en la realidad.

Respecto a la migración venezolana se afirma que “Un caso especial son las migraciones inducidas por intereses políticos de una gran potencia y la imposición de sanciones económicas unilaterales y coercitivas o en el ámbito humanitario como es el caso de (sic) la República Bolivariana de Venezuela y de otros países” sin hacer referencia ni al tamaño de esa migración, estimada ya en 6 millones de personas, ni el hecho de que las causas de la mismas son previas a las sanciones.

Luego de todo lo expuesto, en donde, como se ha indicado, no hay referencia alguna al derecho de libertad de asociación, ni al derecho a la participación en los asuntos públicos, al derecho de prestar y recibir ayuda humanitaria, la libertad de expresión, la libertad de reunión pacífica, y el derecho a defender los derechos humanos, y sólo se mencionan algunos derechos en el ámbito DESCA, se pasa luego en la exposición de motivos a describir la estructura del proyecto de ley.

De esta descripción, debemos destacar lo correspondiente al capítulo III que “versa sobre la participación social en la cooperación internacional” y que establece en su artículo 15 “el deber del Estado venezolano de fomentar y regular, de conformidad con la Constitución y las leyes vigentes, la participación de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, nacionales o extranjeras, universidades, empresas, organizaciones empresariales, sindicatos y demás agentes sociales en actividades relacionadas con la cooperación internacional”, con lo que **el universo de sujetos a los que les es aplicable la ley es muy amplio y va mucho más allá de las ONG, afectando incluso a las iglesias, si las mismas reciben algún tipo de cooperación**.

En el mismo tono se afirma que:

---

<sup>7</sup> Se afirmó que “El caravativir pasó todos los estudios, y ha mostrado una efectividad de cien por ciento contra el virus”. Vid. <https://elpais.com/internacional/2021-03-28/el-carvativir-las-gotas-milagrosas-que-promociona-el-gobierno-venezolano.html>

“En el contexto de la agresión multiforme a la cual ha sido sometida la República seentende que en el marco del principio de la corresponsabilidad que atañe a los venezolanos y venezolanas y a las personas naturales y jurídicas en la seguridad de la **Nación se podrá someter a evaluación para su prohibición, suspensión, restricción o eliminación definitiva la cooperación existente de las asociaciones civiles en Venezuela con otras asociaciones, gobiernos u organismos internacionales que participen en la aplicación, de manera directa o indirecta, de la aplicación de medidas coercitivas unilaterales** por cuanto atentan contra el desarrollo integral de la Nación” (énfasis propio).

De este texto lo primero que llama la atención es que no se corresponde con lo que dice el artículo correspondiente del proyecto, pues en el número 26, no se señala que se evaluarán para su prohibición y demás consecuencias, la “cooperación existente” sino se dice que:

“Serán sometidas a evaluación a los fines de su prohibición, suspensión, restricción o eliminación definitiva **todas aquellas organizaciones no gubernamentales, fundaciones o asociaciones sin fines de lucro, públicas o privadas,** que realicen actividades de cooperación internacional en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela que, de manera directa o indirecta, promuevan o participen con otras asociaciones, organizaciones, gobiernos u organismos internacionales, en la aplicación de medidas coercitivas unilaterales contra la República”

Como puede apreciarse, en un caso se hace mención de la cooperación y en otro de las organizaciones, por lo que la diferencia no es menor.

Finalmente, se hace alusión a que la ley está adecuada a los “instrumentos de cooperación internacionales suscritos por la República” y a los criterios y principios establecidos en la “Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos”, siendo esto último muy llamativo en la medida en que esa última “ley” se establecen condiciones que permiten la no revelación de información en la ejecución del presupuesto público<sup>8</sup>.

Esto último explicaría por qué la ley sólo exige obligaciones de transparencia para las ONG, pero no tiene, ni lejanamente, el mismo nivel de exigencia para el sector público, al que de hecho nada se exige en tal particular.

## 2. Aspectos más resaltantes de la ley

### A. Coherencia estructural

La ley consta de 3 capítulos, 26 artículos, 1 disposición derogatoria, 2 disposiciones transitorias y 1 disposición final. De los 26 artículos, 24 corresponden al proyecto del 2005 y sólo 2 se agregaron, el que ahora es el número 4 y el último, el número 26. El capítulo I de la ley tiene 11 artículos, en los que se establece, entre otros, el objeto de la ley, su ámbito de aplicación, la definición de cooperación internacional, los principios de la misma (artículo nuevo), sus propósitos, sus objetivos y la creación de un órgano desconcentrado para la cooperación internacional.

Respecto al objeto de la ley, el artículo 1 señala que es:

<sup>8</sup> Véase como ejemplo el artículo 42: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 325 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se declaran secretos y reservados los procedimientos, actos y registros efectuados con ocasión de la implementación de alguna de las medidas establecidas en capítulo segundo de esta Ley Constitucional, que supongan la inaplicación de normas de rango legal o sublegal. (énfasis propio)

“ESTABLECER EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL DEL ESTADO VENEZOLANO, EN CUANTO A LA PROMOCIÓN Y EJECUCIÓN DE ACCIONES Y PROGRAMAS DE COOPERACIÓN ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA Y LOS GOBIERNOS DE OTROS PAÍSES, ORGANISMOS INTERNACIONALES, ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES Y EN GENERAL DE TODAS AQUELLAS INSTITUCIONES, ORGANIZACIONES, FUNDACIONES O ASOCIACIONES SIN FINES DE LUCRO, PÚBLICAS O PRIVADAS, QUE ESTABLEZCAN Y REALICEN ACTIVIDADES DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL.

De este modo, en primer lugar, el artículo concibe la cooperación como “la cooperación internacional del Estado venezolano” incurriendo en una grave falta conceptual en la medida en que existen medios de cooperación que no son “del Estado”, sino que pueden ser ayudas directas a organizaciones privadas sin fines de lucro, o incluso particulares, que forman parte de la cooperación. De este modo un cargamento de alimentos o medicinas traída por una organización internacional para zonas en condición de riesgo y que le es entregada directamente a los beneficiarios, bajo ningún supuesto es “del Estado”.

Esta expresión, más que error formal, implica *de iure* una nacionalización o, *rectius*, una estatización de la cooperación en la medida en que la expresión otorga una titularidad que no tiene ningún basamento jurídico ni en los tratados internacionales de derechos humanos ni en la Constitución, por lo que afecta desde su raíz la situación jurídica de la cooperación al considerarla como *res publica* en tanto considera a su titular al Estado venezolano.

Sin embargo, si tal no fue la intención de los proyectistas, la expresión correcta debió ser “la cooperación con el Estado”, pues esta permite distinguir entre los diferentes sujetos que en él se encuentran, sean públicos o privados.

En segundo término, el artículo hace alusión a la promoción y ejecución de programas de cooperación entre el gobierno y “los gobiernos de otros países, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales”, y debemos reiterar que siendo ese uno de los elementos de la ley no regula tales medios de cooperación, ni establece mecanismos de control, ni de rendición de cuentas o de transparencia, ni tampoco indica cuáles deben ser las formalidades a cumplir para hacer efectivos tales mecanismos de cooperación (cosa que sí estaba regulada, aunque muy someramente, en la ley vigente de 1958<sup>9</sup>), por lo que este objeto de la ley no tiene seguimiento en el cuerpo de la misma y pone en evidencia que, aunque se le señala como tal, en realidad la regulación versa sobre otro tema.

Lo dicho se confirma cuando al leer el artículo 2 se indica que el ámbito de aplicación de la PLCI es la cooperación hacia la República, o desde esta hacia el exterior, pero sobre este último supuesto no existe una regulación sustantiva como la que se pretenda aplicar para el sector privado.

EN CONSECUENCIA, ESTE PROYECTO, EN VEZ DE REGULAR LA COOPERACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO, LA DESREGULA.

<sup>9</sup> Por ejemplo, los créditos dados por la República bajo un esquema de cooperación no pueden tener un interés superior al 6% anual, y de igual modo dichos préstamos deben tener la “Determinación de las garantías de recuperación de los créditos otorgados y de sus réditos” (Art. 5) lo que es violado por la política constante del gobierno actual de condonar deudas a pesar de lo establecido en la ley.



Así entonces, debemos recordar que cooperación internacional es tanto la que se recibe desde el exterior al país como la que el gobierno da a otros países, y ambos tipos de cooperación deberían estar sujetas a condiciones y limitaciones de acuerdo a su naturaleza.

Por ello, al no regularse la cooperación internacional que el gobierno da a otros países u organizaciones, se derogarían los límites que la ley vigente establece. Un ejemplo lo tenemos en los créditos que, bajo la cooperación internacional, ha dado Venezuela a otros estados. De acuerdo con la ley actual, deberían existir mecanismos para su reembolso, pero, por el contrario, el gobierno en muchos casos ha optado por condonar esas deudas en perjuicio del patrimonio público y contrariando la ley. Con la desregulación que plantea el PLCI, esa ilegalidad se eliminaría en perjuicio del bien común.

ES DECIR, SE ELIMINAN LOS LÍMITES DE LA COOPERACIÓN QUE DA EL ESTADO Y SÓLO SE REGULA LA QUE RECIBE LA SOCIEDAD CIVIL EN UNA MANIFIESTA DISCRIMINACIÓN.

Ahora bien, **determinado como ha sido que el objeto de la ley no es el que la misma señala**, encontramos que su verdadero objeto es el indicado en el último aparte del artículo 2 que se refiere a la “promoción y ejecución” de acciones y programas de cooperación “de todas aquellas instituciones, organizaciones, fundaciones o asociaciones sin fines de lucro, públicas o privadas, que establezcan y realicen actividades de cooperación internacional”, precisamente porque estas son las verdaderamente afectadas y reguladas por la ley.

Sobre la promoción de la cooperación con particulares puede decirse lo mismo que sobre la regulación al sector público, **pues es difícil encontrar incentivos para la cooperación cuando precisamente la ley no los establece.**

Finalmente, la ley hace mención de sus propósitos (Art. 5) y de sus objetivos (Art. 6). Esto resulta confuso en la medida en que el DRAE señala que un propósito es el “Objetivo que se pretende conseguir”; mientras que objetivo sería “fin o intento”, con lo cual tanto propósitos como objetivos serían sinónimos y por ello la distinción que hace el proyecto resulta contraria a la literalidad que establece el significado propio de las palabras, con lo cual se pone manifiesto una deficiencia conceptual muy grave en el proyecto.

De lo expuesto resulta entonces que el PLCI carece de una coherencia normativa, pues no hay identidad entre su objeto y su contenido, lo cual puede observarse en una excesiva y arbitraria regulación sobre las entidades privadas en contraposición a un silencio normativo sobre las obligaciones correlativas del Estado tanto cuando da como cuando recibe ayuda, además de una confusión conceptual que dificulta su interpretación.

#### B. *Concepto de cooperación internacional*

En su artículo 3, el PLCI establece la transferencia de recursos y capacidades para apoyar el “desarrollo social, humano y económico” y que provenga de “países” (*rectius*: estados), organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales, y “en general por todas aquellas instituciones, organizaciones, fundaciones o asociaciones sin fines de lucro, públicas o privadas que establezcan y realicen actividades de cooperación”.

Continúa el mismo artículo señalando que la cooperación internacional “es el medio por el cual el Estado venezolano recibe, transfiere e intercambia recursos humanos, bienes, servicios, capitales y tecnología de fuentes cooperantes externas e internas, con el objetivo de complementar y contribuir a los esfuerzos de naciones en materia de desarrollo”.

Este concepto es en primer lugar incompleto, porque concibe la cooperación desde la perspectiva de la ayuda para el desarrollo, cuando la misma también puede y debe implicar

ayuda humanitaria, siendo estos conceptos diferentes, pero al mismo tiempo complementarios, pues el segundo implica asistencia ante la inexistencia o imposibilidad de brindar elementos mínimos para la subsistencia a grandes grupos de la población, mientras que el primero está dirigido a mejorar, de acuerdo con estándares internacionales, los servicios y bienes existentes en una sociedad.

De este modo, en el caso venezolano ante la existencia de una emergencia humanitaria compleja se requiere y se ha obtenido, aunque sea parcialmente, ayuda humanitaria para paliar la inexistencia de un aparato estatal que provea de servicios y bienes esenciales a la población, pero nada de esto está regulado explícitamente por el PLCI, sino que se engloba bajo la incompleta categoría de ayuda para el desarrollo. Esto último se confirma cuando el artículo señala que es cooperación la que se dé para “complementar y contribuir a los esfuerzos nacionales”, cuando precisamente en el ámbito humanitario lo que se llena es un vacío estatal en muchos casos. Como se ve la diferencia no es formal, sino de fondo.

Finalmente, resulta también contradictorio que no se incluya a la ayuda humanitaria en el concepto de cooperación, pero sí como uno de las “modalidades” de cooperación de acuerdo con numeral 4 del artículo 10, así como también es considerada como una de las “áreas de cooperación” según el artículo 7, generando de este modo una confusión e identidad de términos que responden a realidades completamente diferentes.

### C. Principios de la ley

El artículo 4 de la ley es una de las novedades del PLCI y establece los siguientes principios:

1. Independencia e igualdad entre los Estados.
2. Libre determinación y no intervención en los asuntos internos.
3. Respeto a la soberanía.
4. Cooperación.
5. Reciprocidad entre las partes.
6. Amistad entre los pueblos.
7. Complementariedad.
8. Solidaridad.

Constituyendo los principios de una ley la forma de guiar su aplicación resulta notable que se haya omitido la mención de los derechos humanos. En este sentido, a pesar de la obligación constitucional de “la preeminencia de los derechos humanos” (art. 2 de la CRBV), estos se encuentran ausentes como uno de los principios de la cooperación y son sustituidos por conceptos utilizados en la defensa de la soberanía y la seguridad nacional, adoptando la fallida contraposición entre soberanía y derechos humanos, que desconoce su preeminencia, puesto que la soberanía se encuentra supeditada a los derechos y a la protección de estos debe su existencia. Así, una ley de cooperación, que obvie los derechos humanos como principio y coloque exclusivamente a la soberanía como concepto separado de estos, es contraria al propio texto de la Constitución que más bien les otorga un carácter preeminente.

Se puede responder a esto que los derechos humanos se mencionan como “propósitos” en el artículo 5, pero resulta más bien una confirmación de nuestra observación, en la medida en que se cita a los derechos humanos en un lugar muy subalterno, pues se les menciona luego de la no intervención en asuntos de otros países, la autodeterminación de los pueblos,

la solución pacífica de controversias y el rechazo a la guerra. Es decir que el proyectista considera que estos “propósitos” (algunos de los cuales se establecen como principios en el artículo anterior para agregar más confusión) tienen más importancia que los derechos humanos dado el orden de prelación que él mismo establece. Esto resulta más preocupante si agregamos que entre los objetivos del PLCI (Art. 6), tampoco se menciona lapromoción o defensa de los derechos humanos, y siendo así, una ley de cooperación que no concibe como principio la preeminencia de los derechos humanos es contraria al ordenamiento constitucional.

#### D. *Sujetos obligados por el PLCI*

De acuerdo con el artículo 6 del PLCI son sujetos de la cooperación internacional las organizaciones no gubernamentales, universidades, empresas, organizaciones empresariales, sindicatos y demás agentes sociales vinculados con la cooperación. Esto último implicaría también las diferentes iglesias que prestan servicios asistenciales y de ayuda en diversos ámbitos con financiamientos de sus pares de otros países, con lo cual el espectro de sujetos afectados y obligados es mucho más amplio que las organizaciones no gubernamentales.

Respecto a estas últimas, llama la atención el segundo aparte del artículo 17 del PLCI que señala que las mismas “deberán gozar de plena capacidad jurídica”, lo que en el contexto venezolano puede tener interpretaciones muy diferentes a los de la mayoría de los países, pues la simple sustitución de un miembro de una junta directiva, problema bastante usual para las ONG en el país, puede resultar en un impedimento para tener “plena capacidad jurídica”, situación que puede ser peor si se considera que el Registro Unificado de Sujetos Obligados ante la Oficina Nacional Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, aunque claramente inconstitucional y contrario a los principios del GAFI<sup>10</sup>, puede ser una condición de existencia de una ONG como señala el artículo 10 de la providencia ONC-DOFT-002-2021.

Adicionalmente, debemos señalar que de acuerdo con el derecho venezolano la capacidad de obrar de las personas jurídicas es plena desde su constitución<sup>11</sup>, **de modo que el establecer la exigencia de que deban “gozar de plena capacidad jurídica” supone una inversión este principio y pondría a la organizaciones de lasociedad civil en el papel de probar que tienen esa “plena capacidad jurídica”** en contravención, una vez más, del principio de progresividad de los derechos humanos y del derecho de asociación.

#### E. *Sistema integrado de registro*

Como si con el registro antes mencionado, junto con todos los demás existentes (SENIAT, Registro público civil, IVSS, entre muchos otros) no fuera suficiente, ahora el PLCI exige otro con requisitos que se establecerán por vía reglamentaria (art. 19). Esta norma, además se complementa con el artículo 20 que establece el registro como requisito para que el Estado venezolano considere a las organizaciones “como entes susceptibles de realizar actividades de cooperación”, **por lo que en realidad no se trata de un registro, sino de un proceso habilitante o autorizador para recibir cooperación internacional**, en clara violación al derecho de la libertad de asociación, al derecho de dar y recibir ayuda humanitaria y al derecho a defender derechos.

<sup>10</sup> Grupo de Acción Financiera Internacional, organismo internacional encargado de normar a nivel internacional lo relativo a la lucha contra legitimación de capitales, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de armas de destrucción masiva.

<sup>11</sup> Artículo 19 del Código Civil.

#### F. *Deber de información*

Resulta además alarmante que mantenga la obligación, que ya estaba en el proyecto original, de que las organizaciones no gubernamentales están obligada a dar información y datos “a cualquier ciudadano que lo solicite” (art. 23), lo que las expone al escrutinio de grupos como los llamados “colectivos” u otros grupos y organizaciones con fines políticos que ejercen funciones públicas, con las consecuencias negativas que de ello pueden derivarse. Además, establece que la información no sólo sería sobre los estatutos de la organización, sino también sobre las “actividades que realizan”, lo que iría en contra de los derechos de confidencialidad que en muchos casos amparan a los beneficiarios de asistencia médica o a los denunciantes de violaciones de derechos humanos.

Lo anterior también es aplicable a la potestad que se da de forma genérica, sin indicar si la puede ejercer un órgano público o un particular, de auditar a las organizaciones (Art. 24). Debemos recalcar que esta posibilidad de que las ONG sean auditadas no se aplica al sector público, lo mismo en el caso del deber información a cualquier ciudadano, lo que pone de manifiesto una grosera discriminación.

Recordemos que es un principio de derecho público que las potestades deben ser expresas para que un órgano o ente de la Administración las ejerza, **pero en el proyecto existen potestades dadas a particulares o sin asignación específica a entidad pública alguna, lo que convierte esta discrecionalidad en una verdadera arbitrariedad.**

Esto se agrava, además, por el hecho de que el artículo 24 del proyecto establece que las organizaciones podrán ser auditadas, dejando en manos del reglamento cuáles serían las reglas en las que tales auditorías se podrían realizar, quien sería el órgano competente para realizar, y sobre todo, cuáles serían los supuestos que justificarían la auditoría, dejando esto sujeto, de nuevo, a una gran discrecionalidad.

Debemos indicar además que la palabra auditar no sólo hace referencia a la auditoría contable, sino que puede implicar auditar todas las áreas de trabajo de la organización y con ello violar de confidencialidad de información en los términos expuestos anteriormente, poniendo en peligro a los beneficiarios del accionar de las organizaciones sociales.

#### G. *Sanciones*

Aunque el PLCI no lo califique de esta forma, el artículo 26, -la otra novedad del PCL- establece la posibilidad de “prohibición, suspensión, restricción o eliminación definitiva todas (sic) aquellas organizaciones no gubernamentales” que de manera directa o indirecta promuevan o participen en la “aplicación de medidas coercitivas unilaterales con la República”.

Como puede apreciarse, no se indica el órgano competente para aplicar estas sanciones, ni el procedimiento aplicable o la escala de aplicación de las mismas según la gravedad de la falta. Esto es particularmente importante si se considera que la llamada “falta” es una sola: promover o participar directa o indirectamente en la aplicación de medidas coercitivas, por lo cual no se entiende cómo puede establecer el sancionador cuál es la medida aplicable para determinar una u otra sanción.

En materia sancionatoria, en virtud del artículo 49 de la Constitución se aplica el principio de legalidad de las faltas, lo que entre cosas implica el cumplimiento del principio de tipicidad, esto es que la conducta sancionable debe estar claramente determinada, así como la sanción a aplicar, situación esta última que no ocurre en el supuesto en estudio.

Tampoco se establece un lapso para recurrir la decisión ante una instancia judicial ni quién sería la competente para conocer de ese recurso.

Además, es especialmente preocupante la indicación de que son susceptibles de sanción los que de manera “indirecta” promuevan o participen en la aplicación de sanciones unilaterales, pues esto puede entenderse como una ausencia de intención, es decir, para poner un ejemplo claro: si una organización publica un informe sobretorturas en Venezuela, y debido a ello, un gobierno que no tiene ninguna relación con esa organización impone medidas contra el estado venezolano, esto implicaría la sanción de la organización, a pesar de que la misma no tenía intención alguna al respecto.

Esto es capital en el derecho sancionatorio pues la falta de dolo, e incluso de culpa, implica una responsabilidad objetiva que es ajena al derecho venezolano, y es, claramente una violación a la presunción de inocencia en la medida en que se castiga por las consecuencias y no por la intención en la comisión del acto.

Respecto de las sanciones en sí, esto es, la prohibición, suspensión, restricción o eliminación, también existen varias observaciones importantes. Primero, porque existen dos de estas sanciones que pueden ser homónimas, a saber, la prohibición y la extinción de la organización, pues, aunque la prohibición de una organización no implica la desaparición de la misma, tiene las mismas consecuencias que la extinción los efectos prácticos, pues de nada sirve que la organización exista si su funcionamiento está prohibido.

Tan importante como lo anterior es la utilización de conceptos ajenos al derecho asociativo, pues de acuerdo con el Código Civil, la extinción de las sociedades se realiza a través de su disolución (Art. 1673 y ss. del Código). Sin embargo, es posible que la no utilización de este término se deba a que, los casos de disolución forzosa (interdicción, insolvencia o quiebra de uno de los socios) implican la intervención de una autoridad judicial, y lo que se pretende es que la acción la realice directamente un órgano de la administración pública.

Sin embargo, dado que no existe un contenido jurídico específico, en materia de sociedades para prohibición o eliminación, resulta un vacío que una vez más da una amplia discrecionalidad al sancionador en los límites de la arbitrariedad.

Asimismo, debe indicarse que la suspensión, aunque puede tener los mismos efectos que la prohibición o la eliminación, puede entenderse que tendrá un carácter temporal para poder diferenciarse, pero al respecto nada dice la norma, de modo que la suspensión puede ser o no temporal, pero como no se indica un límite, esta sanción se convierte en una norma penal en blanco contraria a los principios básicos del derecho sancionador.

Respecto a las restricciones, nuestra observación es que es tan grave como las anteriores en la medida en que una o más restricciones implicaría de hecho una intervención de la organización, quedando la administración y dirección de la misma sujeta a lo que diga el órgano competente, y ese sentido, la restricción se convertiría en una grave violación del derecho de libertad de asociación.

Adicionalmente, no podemos dejar de mencionar que el término eliminación, más allá de su literalidad tiene un contenido y un tono punitivo muy preocupante en la medida en que no basta al proyectista prohibir la organización, sino que busca su eliminación, una de cuyas acepciones, según el DRAE es altamente perturbadora<sup>12</sup>.

Finalmente debemos señalar lo que significan “medidas coercitivas unilaterales con la República” pues de acuerdo con su literalidad, ellas aquellas dirigidas contra el estado venezolano. Sin embargo, de acuerdo con el director del del Observatorio Nacional de Medidas Coercitivas Unilaterales:

---

<sup>12</sup> “4. tr. Matar, asesinar.”

“De esos 30 países, la OFAC ha dictado 8 mil 376 sanciones, de las cuales 352 van a Venezuela. Venezuela es el sexto país de personas sancionada en 6 años; es el quinto país en empresas sancionadas; el tercero en buques sancionados, y el segundo en aeronaves sancionadas y eso ocurrió en un período de 6 años. **Lo que quiere decir es que Venezuela ha recibido un conjunto de agresiones** que no tienen paragon en la historia sancionatoria de los Estados Unidos en un período de tiempo tan corto”.<sup>13</sup> (énfasis propio)

Es decir, que la posición oficial del gobierno es equiparar sanciones individuales y colectivas. Esto es confirmado desde las más altas instancias gubernamentales como la Sra. Delcy Rodríguez, vicepresidente de la República, cuando se afirma:

“Recordó que desde el año 2015, el entonces presidente estadounidense Barack Obama, declaró a Venezuela “como una amenaza inusual y extraordinaria a la seguridad nacional de los Estados Unidos y su política exterior”, lo que representa la capacidad letal del país norteamericano hacia la nación suramericana.

**AL RESPECTO, DENUNCIÓ QUE MÁS DE 502 MEDIDAS COERCITIVAS UNILATERALES, IMPOSIBILITAN “EL PLENO DISFRUTE Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL PUEBLO VENEZOLANO”, PUES EL BLOQUEO ATENTA CONTRA LA ECONOMÍA VENEZOLANA”**<sup>14</sup>.

Siendo así, entonces, aunque el proyecto señala que serían sólo las sanciones contra República las que generarían las sanciones contra las ONG, lo cierto, es que la posición oficial del gobierno es considerar tanto las individuales como las que verdaderamente son contra el estado como un único concepto y por lo tanto, una organización podría ser objeto de una las sanciones del PLCI aún en el supuesto de que se sancione a un individuo, lo cual es muy grave por cuanto este tipo de sanciones sí son aceptadas en el derecho internacional, mientras que las que se realizan contra los estados sólo tienen apego al derecho internacional cuando emanan del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas<sup>15</sup>.

#### H. *Disposiciones transitorias*

Estas disposiciones también suponen graves inconvenientes para los sujetos obligados, por su falta de seguridad jurídica, pues, aunque en la disposición final única, se indica que la ley entraría en vigencia desde su publicación en gaceta, la primera disposición transitoria da un plazo de 6 meses a partir de la publicación para que “los organismos que realicen actividades de cooperación internacional” se ajusten a sus previsiones y a los lineamientos emanados del órgano desconcentrado encargado de la cooperación internacional.

Asimismo, la disposición transitoria segunda da al poder ejecutivo 90 días desde su publicación para reglamentar la ley.

Como resulta obvio, estas disposiciones coliden, porque si el poder ejecutivo dicta las normas reglamentarias al término de los 90 días que da la ley desde su publicación, a las organizaciones les quedarían sólo 3 meses, y no 6, para ajustarse a las condiciones que se establezcan por vía reglamentaria.

<sup>13</sup> <http://vicepresidencia.gob.ve/venezuela-expondra-consecuencias-de-las-medidas-coercitivas-unilaterales-a-mision-del-consejo-de-ddhh-de-la-onu/>

<sup>14</sup> <http://www.minpet.gob.ve/index.php/es-es/comunicaciones/noticias-comunicaciones/47-noticias-del-año-2019/2527-medidas-coercitivas-unilaterales-atentan-contras-las-economias-del-mundo>

<sup>15</sup> Artículo 41 de la Carta de Naciones Unidas.

Incluso, siendo todavía más cercanos a la realidad de la ineficacia de la administración pública venezolana, nos podemos encontrar en el escenario según el cual pasen los 6 meses y todavía no se cuente con la reglamentación, con lo cual las organizaciones quedarían, una vez más, expuestas a sanciones por hechos u omisiones ajenas a su voluntad.

#### CONCLUSIONES

1. El PLCI no regula todo el ámbito que ella misma señala, sino sólo a los particulares en manifiesta discriminación.

2. El PLCI tiene graves contradicciones internas tanto estructurales como conceptuales que la hacen contraria a principios constitucionales tales como la “preeminencia de los derechos humanos”.

3. El PLCI limita la acción de la cooperación internacional a la lucha contra la exclusión social, obviando otras causas de exclusión como pueden ser el género, la raza, la orientación sexual, entre muchas otras.

4. El PLCI sólo concibe la cooperación internacional para algunos DESCA, violando los principios de interdependencia e interrelación de los DDHH reconocidos en la CRBV y en los tratados internacionales de DDHH.

5. El PLCI desregula el marco normativo de la cooperación para el sector público.

6. EL PLCI al enunciar toda cooperación como “del Estado” nacionaliza o estatiza la misma.

7. El PLCI regula de forma discriminatoria a la sociedad civil al establecerle exigencias que no se determinan para el sector público.

8. El PLCI tiene una gran confusión conceptual al no incluir como cooperación la ayuda humanitaria ni tener como uno de sus principios a los derechos humanos.

9. El PLCI no establece la preeminencia de los derechos humanos entre los principios de la ley sobre otros conceptos como la soberanía, pues esta última está subordinada a aquellos.

10. El PLCI establece la obligación a la sociedad civil de dar información a particulares, pero no lo exige a la administración pública, a la que más bien le permite ocultar información a través de la inconstitucional Ley Antibloqueo.

11. EL PLCI al establecer la obligación de la sociedad civil de dar información sobre sus actividades a particulares viola del derecho a la confidencialidad (privacidad) de los beneficiarios de los programas vinculados a la salud o de denunciantes de violaciones de derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad.

12. El PLCI permite la auditoría de las organizaciones, sin limitarla a lo contable, exponiendo información confidencial de los beneficiarios de las mismas.

13. El PLCI, a pesar de reconocer la obligación de fomentar la cooperación, no establece medidas para hacerlo, sino por el contrario crea obstáculos que la desalientan con el correspondiente perjuicio para los beneficiarios finales de la acción de la sociedad civil.

14. El PLCI establece sanciones sin indicar el contenido esencial de las mismas, ni el procedimiento a seguir, ni el lapso para recurrir a una autoridad judicial.

15. El PLCI, al establecer como causa de sanción la llamada vía indirecta, prescinde de la intencionalidad del acto en violación de la presunción de inocencia.



16. El PLCI establece sanciones que pueden ser o no equivalentes entre sí, violando el principio de tipicidad, dejando una enorme discrecionalidad a quien la imponga, pues no establece un método que estratifique su aplicación.

17. El PLCI, al considerar como una sanción la restricción a las ONG, estaría permitiendo la intervención y dirección de la organización en clara violación del derecho de libertad de asociación.

18. El PLCI, al no establecer límites y condiciones a la suspensión de una ONG, viola el principio de tipicidad de las faltas y de las sanciones y la convierte en una norma penal en blanco.

19. El PLCI es un proyecto con fines de persecución, en clara violación al derecho de libertad de asociación, de dar y recibir ayuda humanitaria, y al derecho a defender derechos.

20. El PLCI al imponer límites contrarios a las exigencias de una sociedad democrática a la libertad de asociación se viola el principio de progresividad de los derechos humanos y convierte al PLCI en un acto regresivo.

21. El PLCI da unos lapsos de cumplimiento de las obligaciones que impone no adecuados a la realidad de la Administración pública del país, y por lo tanto haría a las organizaciones sujeto de sanciones por hechos ajenos a su voluntad.

22. A pesar de que PLCI establece sanciones a las organizaciones por la imposición, a su vez, de sanciones contra la República, lo cierto es que la posición oficial del gobierno es considerar tanto las individuales como las generales como un solo concepto y por tanto, haría a las organizaciones sujetos de sanción por la imposición de sanciones individuales.

# ASPECTOS TRIBUTARIOS EN LA NUEVA LEY DE REGISTROS Y NOTARÍAS

Juan Cristóbal Carmona Borja

*Individuo de Numero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*

**Resumen:** *La LRN es una clara expresión del proceder de la AN instalada el 5 de enero de 2021, signado por la flagrante violación de garantías y derechos constitucionales relativos al proceso legislativo y al sistema tributario. La falta de consulta pública, la sustitución de la Unidad Tributaria por el Petro y el fraude constitucional sostenido al negarle a los municipios el producido del impuesto a las transacciones inmobiliarias son muestra del talante de legislador actual.*

**Palabras Clave:** *Tasas por registros y notarias, unidad tributaria y Petro, impuesto a las transacciones inmobiliarias.*

**Abstract:** *The LRN is a clear expression of the performance that the Venezuelan National Assembly has been registering since January 5th, 2021. Its record has been characterized by the violation of constitutional guarantees and rights, not only, related to the legislative procedure, but also, with the tax system. The lack of public consultation, the substitution of the Tax Unit by the Petro and the constitutional fraud against the municipalities are some of the expressions of the behavior of the current Venezuelan legislators.*

**Key words:** *Registries and notaries rates, tax unit and Petro, immovable transactions tax.*

En Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.668 Extraordinario de fecha 16 de diciembre de 2021, apareció publicada la Ley de Registros y Notarías (LRN) que, valga observar, circuló casi tres meses después de su sanción por la Asamblea Nacional (AN).

Dicho instrumento no cumple con la formalidad propia de toda ley de reforma, esta es, la mención, en su título y en su letra, a su carácter de tal y al texto que la precede, éste es, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Registros y del Notariado (DLRPN) dictado en 2014.

La nueva LRN no sólo involucra la modificación de siete (7) artículos del DLRPN, sino también, el cambio de su título. A este aspecto tampoco alude el instrumento recientemente dictado, que ni siquiera incluyó la mandatoria disposición derogatoria de su antecesora.

Si lo anterior fuera poco, el texto refundido de la LRN publicado, específicamente en su Disposición Derogatoria Primera, deroga a la Ley de Registro Público y del Notariado de 2006 que, obviamente, había perdido vigencia en 2014.

La concepción que de aquel instrumento pareciera tener la actual AN, esta es, la de que se trata de una nueva ley, en lugar de un texto de reforma, quizá encuentre como justificación por parte de los parlamentarios, en el mandato contenido en su artículo 9, según el cual, debía incluirse a lo largo de su texto el “lenguaje de género”, agregarse los epígrafes que hicieran

falta y corregirse la numeración del articulado. En todo caso, es está la lamentable manera en que se legisla en los tiempos actuales.

Señala la Exposición de Motivos del referido instrumento que por su intermedio pretende subsanarse el desfase que se venía registrando entre los costos de los servicios prestados por los registros y las notarías y los importes que por concepto de tasas respecto de ellos se exigían, mayoritariamente expresados o estructurados en o con base en Unidades Tributarias (UT).

A efectos de la reciente reforma, recurre nuevamente el Legislador al argumento de los efectos nocivos producidos en la economía venezolana por las “Medidas Coercitivas Unilaterales” impuestas por los Estados Unidos de América y por la Unión Europea, de los cuales, según su opinión, no ha quedado exenta la UT. Al impacto de aquellas medidas la AN adiciona la repercusión de las dos últimas reexpresiones decretadas respecto del bolívar en 2018 y 2021, todo lo cual hacía impostergable la toma de acciones dirigidas a restablecer la proporcionalidad entre las realidades operativas y económicas de los registros y notarías en el país.

A los efectos de cuantificar los nuevos importes de las tasas exigidas por registros y notarías con miras a procurar el deseado equilibrio, así como lograr su permanencia en el tiempo, el Legislador no encontró mejor opción que sustituir a la UT por el criptoactivo soberano Petro (PTR).

Ante semejante paso que, valga observar, se viene consolidando como política pública, resulta necesario reiterar lo que hemos venido denunciando desde el año 2018, así como efectuar una serie de comentarios relativos al caso concreto que nos ocupa en esta oportunidad.

#### FALTA DE CONSULTA PÚBLICA

Lo primero que resulta mandatorio poner en evidencia respecto del instrumento en comentarios es la irregular práctica de la AN instalada el 5 de enero de 2021, de sancionar leyes sin dar cumplimiento a la consulta pública prevista en el artículo 211 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV). En el presente caso, el solo hecho de que entre la primera y la segunda discusión del proyecto de ley de reforma transcurriera tan solo 1 día, evidencia que la AN actuó de espaldas a la opinión pública. Los múltiples vicios que registra la LRN y que aquí serán expuestos, pudieron evitarse de haber mediado un proceso de consulta transparente y sincero y de existir real voluntad de rectificación por parte de los parlamentarios.

#### SUSTITUCIÓN DE LA UT POR EL PTR

Nadie puede negar que los importes de las tasas exigidas por los registros y notarías expresados en UT conforme al DLRPN de 2014 habían perdido razonabilidad respecto de los costos que suponen los servicios por ellos prestados actualmente, todo lo cual ameritaba pronta solución. Tales desfases, sin embargo, se pusieron de manifiesto mucho antes de la adopción por parte de los Estados Unidos de América y de la Unión Europea (2015) de las comentadas “Medidas Coercitivas Unilaterales”, por cuanto fue el propio Ejecutivo Nacional, coonestado por la AN, quien en su afán por disimular el impacto de la inflación, se negó a ajustar a la UT conforme a lo previsto en las distintas versiones del Código Orgánico Tributario (COT) que estuvieron vigentes entre los años 2014 y 2020, e incluso, mucho antes.

El desfase derivado del tratamiento legal conferido al ajuste de la UT, la falta de oportuna publicación de los indicadores aplicables a esos fines (IPC e INPC) y la subestimación de sus niveles, conductas todas estas imputables al Banco Central de Venezuela (BCV), al

SENIAT y a la AN, desnaturalizaron a esa unidad de valor, haciéndola perder su eficacia indexatoria. A ese proceder ha de agregarse, el impacto generado por las reexpresiones monetarias decretadas por el Ejecutivo Nacional, en las que nuevamente intervino el ente emisor.

En aquel contexto, el tiro de gracia dado a la UT lo representó el nuevo tratamiento que le fue conferido por los artículos 3 y 131.15 del COT de 2020, irritamente aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), en el que se suprimió, por una parte, toda referencia a la metodología para su cálculo y, por la otra, el rol contralor de la AN. Desapareció así de facto el protagonismo de la UT, al punto de que se circunscribió su utilización a los tributos controlados por el SENIAT, debiéndose en los demás casos, entre ellos, los de las tasas cobradas por el SAREN, registros y notaría, ser sustituida por otra unidad de medida, para lo que se concedió un año contado a partir de la vigencia del COT, plazo este que venció el pasado 1° de marzo de 2021 (Art. 346 COT 2020).

En la LRN, la AN reconoció al PTR como su mejor opción para dar cumplimiento a aquel mandato legal, ignorando todas las denuncias que se han hecho en cuanto a la inconstitucionalidad que encierra tal proceder. Es así como los artículos 29, 83, 84, 85, 86, 87 y 88 de la LRN terminaron adoptando un sistema de tasas basado en límites mínimos y máximos expresados en PTRs en el que se faculta al Director General del SAREN a fijar el importe aplicable en cada caso y oportunidad, manteniéndose, sin embargo, el pago en su equivalente en bolívares.

Con respecto a semejante medida debe recordarse ante todo que el PTR apareció en la escena patria en diciembre de 2017, con la idea de que operara como un “criptoactivo soberano”. En agosto de 2018, sin embargo, el PTR comenzó a ser utilizado por el gobierno nacional como una unidad de cuenta fluctuante (UCF), sin que para ello mediara disposición normativa alguna, lo que representó una clara violación al Principio de Legalidad Administrativa.

Fue con la aparición del *Whitepaper* de la SUNACRIP del 1° de octubre de 2018 en el que, al menos se formalizó la modalidad de valoración del PTR, adoptándose una fórmula basada en el precio de venta en los mercados internacionales de una serie de “*Commodities*”, (petróleo, hierro, diamantes y oro). Es así como de un tiempo a esta parte, diariamente la SUNACRIP publica el valor del PTR, tanto en bolívares como en divisas, sin perjuicio de que el referido criptoactivo se cotiza también, aunque, en términos muy distintos, en el exiguo mercado secundario de los “*exchanges*” autorizados.

En la moneda de curso legal el valor del PTR publicado por la SUNACRIP experimenta periódicamente significativas variaciones, en tanto que, en divisas, se mantiene relativamente estable. En definitiva, el PTR respecto del bolívar termina comportándose de manera muy similar a como lo hace nuestra moneda de curso legal frente al dólar, de ahí que, en opinión de algunos, la adopción del criptoactivo como UCF de lo que se trata es de una especie de dolarización encubierta.

Hemos sostenido que el PTR a diferencia de la UT (COT 1994 y 2014), no reúne los extremos necesarios para ser válidamente adoptado como unidad de valor a efectos tributarios. En ese sentido, insistimos en lo siguiente:

1. A pesar de que la naturaleza jurídica del *Whitepaper* es controversial, lo que sí queda muy claro es que no se trata de una ley. Siendo ello así, el que corresponda a la SUNACRIP definir la fórmula y fijar el valor del PTR y que en función de ello se impacte la estructura de las tasas, representa una clara violación al Principio de Reserva de Ley previsto en los artículos 133 y 317 de la CRBV y 3 y 4 del COT. En el caso de la UT, a pesar de ser fijado su importe por el Ejecutivo Nacional, hasta el

COT de 2014 lo era con base en la aplicación de una fórmula consagrada legalmente (Art. 131.15 - variación interanual del INPC-), lo que marcaba una gran diferencia frente al esquema seguido respecto del PTR.

2. Mientras la UT procuraba atender los efectos distorsionantes que producía la inflación registrada interanualmente en el país respecto de algunas variables cuantitativas vinculadas a la obligación tributaria y sus accesorios, el comportamiento del PTR, además de no haber respondido a un criterio constante y lógico, al estar vinculado con una serie de variables ajenas a la simple expresión monetaria de las obligaciones o elementos técnicos del tributo, queda descartado como opción válida a efectos indexatorios. Para poder reconocer la validez de un mecanismo indexatorio, la obligación sobre el cual aquél se aplique debe simplemente reexpresar su importe, sin que se desnaturalice su esencia, causa y magnitud en términos reales. Ello, indudablemente, no se logra con el PTR, en cuya valoración intervienen factores exógenos a la obligación tributaria (pecuniaria), entre ellos, los precios de cuatro *commodities*, el tipo de cambio de referencia y un evidente margen de discrecionalidad ejercido arbitrariamente por el Ejecutivo Nacional.
3. El PTR registra en bolívares incrementos constantes y de magnitudes considerables, con el consecuente impacto que su utilización produce en cualquier obligación que se mida en esa unidad. Tal realidad hace desproporcionado, agravatorio e irracional el mecanismo que con él pretende sustentarse, lo que resulta obviamente ajeno a los parámetros propios de la definición de los tributos.
4. Cuando un instrumento como la LRN adopta al PTR como UCF no queda claro ¿cuál es el valor de éste que debe aplicarse?, si el publicado por la SUNACRIP o el que deviene de las operaciones transadas a través de los “exchanges”. Entendemos que se trata del primero, pero ello no se encuentra expresamente establecido en el referido instrumento legal.

#### VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

La facultad que se confiere al Director General del SAREN para fijar el importe de las tasas en pleno respeto de los parámetros previstos en la LRN, representa, sin duda, otro tema polémico a abordar. Si bien es una práctica que toma cada vez mayor fuerza a nivel mundial, especialmente en materia de tasas, la de considerar cumplido el Principio de Reserva de Ley con la sola definición por parte del Legislador de los parámetros con base en los cuales los tributos terminan instrumentándose a través de actos sublegales, en un caso como el venezolano, el artículo 317 de la Carta Magna no permite tal flexibilización, motivo por el cual, pareciera evidente el vicio de nulidad que por razones de inconstitucionalidad registra el mecanismo adoptado por la AN en la ley en comentarios.

De acuerdo con el artículo 9 de la LRN, dentro de los quince (15) días siguientes a su publicación, el Ejecutivo Nacional deberá dictar una providencia en la que se fijen las tasas aplicables en cada caso, previa opinión de la AN.

Si bien a la luz del Parágrafo Segundo del artículo 3 del COT, ese tipo de práctica encuentra cabida, insistimos, en que esa disposición de la ley general tributaria venezolana colide claramente con el precitado artículo 317 constitucional, resultando ella y lo que en su ejecución se actúe, viciado de nulidad absoluta.

Valga adicionalmente observar que en nada subsana la violación anteriormente comentada el que se condicione la aplicación de la Providencia dictada por el Director General del SAREN a la opinión de la AN.

Finalmente, debe observarse que los 15 días con los que contaba el Director General del SAREN para dictar la referida Providencia deben contarse a partir del 17 de diciembre de 2021 que es el día siguiente a la publicación de la Ley en Gaceta Oficial y no a partir 5 de enero de 2022, fecha de su circulación. Aquel plazo ya vencido para el momento en que se dictó el referido acto administrativo.

#### INCREMENTO DE LAS TASAS

El incremento en los importes a ser exigidos por concepto de tasas por parte del SAREN, los registros y las notarías producto de la adopción del PTR como UCF, es de grandes magnitudes, si se les compara con los que resultaban de la aplicación del DLRPN de 2014 en los que aquellas se estructuraban con base en la UT.

A la fecha no se conoce estudio técnico alguno que justifique, si es que ello es posible, la magnitud de semejantes incrementos, que valga señalar, atenta claramente contra el libre acceso por parte de los venezolanos a servicios públicos esenciales como los prestados por los registros y las notarías.

Por tan solo destacar algunos casos representativos de aquella afirmación y tomando en cuenta el valor del PTR para el 12 de enero de 2022 (Bs. 262,12), basta con referirnos al artículo 29 de la LRN en el que se faculta al Director General del SAREN a incrementar las tasas de los servicios hasta 6 PTRs (Bs. 1.572) en caso de que medie habilitación. Por ese mismo concepto, el DLRPN de 2014 contemplaba el cobro de 5UT (Bs. 0,1) adicionales a la tasa ordinaria. En tal virtud, la referida reforma encierra un potencial aumento de lo exigido por ese concepto de hasta 1.572.000%.

El artículo 83 de la LRN relativo a las tasas cobradas por Registro Principales y Públicos contempla en su numeral 14 la obligación de pagar hasta de 2 PTRs (Bs. 524) por el otorgamiento de poderes especiales, actuación esta que conforme al DLRPN de 2014 implicaba el pago de 6UT (Bs. 0.72). Nuevamente la medida adoptada por la AN permite un considerable incremento, esta vez, de hasta 72.811%.

El mismo artículo 83 de la LRN en su numeral 18 contempla el pago de hasta 5 PTRs (Bs. 1.310) por concepto de sellado de libros, en tanto que su predecesor preveía el pago de 2,5 UT (Bs. 0.05) por ese mismo servicio. Dada esta reforma, existe la posibilidad de que se registre un aumento de hasta 2.621.200%.

Por concepto de inscripción de capitulaciones matrimoniales, el numeral 19 de esa misma norma de la LRN contempla el pago de hasta 50 PTRs (Bs. 13.106), en tanto que el DLRPN preveía por ese mismo servicio el pago de 10 UT (Bs. 0,2). En virtud de la nueva norma, podría llegarse a registrar un incremento de hasta 6.533.000% respecto de esa tasa.

Un caso adicional que merece ser comentado es el relativo a la tasa exigida en materia no contenciosa mercantil contemplada en el numeral 14 del artículo 85, esta es, la que se causa por concepto de inscripción y aumento de capital de sociedades mercantiles. Esta tasa en la versión del DLRPN de 2014 ascendía a 1% del capital, en tanto que en la LRN es incrementada a 2%. La particularidad en este caso no es sólo el incremento en un 100% de la alícuota, sino la base imponible que el legislador utiliza. Del total de 18 numerales que conforman el comentado artículo, en 17 casos la tasa equivale simplemente a una cantidad de PTRS a ser fijada entre un mínimo y un máximo por el Director General del SAREN, en tanto que en el supuesto del numeral 14, el tratamiento de la tasa es totalmente distinto, adoptando una estructura más propia de un impuesto. He aquí otro problema técnico de vieja data que registra este instrumento y que merece ser atendido correctamente de una vez por todas.

Semejantes incrementos, insistimos, más allá de generar dudas en cuanto a su respaldo y pertinencia técnica (estudio económico), atentan contra el pleno acceso que debe garantizar el Estado a la población en general a servicios tan importantes como los prestados por los registros y las notarías.

#### FRAUDE CONSTITUCIONAL

Resulta particularmente curioso que la AN haya reformado únicamente ciertos artículos del DLRPN que consagraban tasas basadas en UT, cuando lo lógico hubiera sido atender íntegramente la problemática suscitada en torno a ella. Es así como en el artículo 91 de la LRN, identificado bajo el título de “Impuesto a favor de la Hacienda Pública Municipal” (IFHM), el Legislador decidió mantener a la UT como unidad de valor.

Al analizar el caso del referido artículo deben tenerse presentes adicionalmente, por una parte, al numeral 7 del artículo 83 de la LRPN relativo a los “Derechos por Procesamiento de Documentos” (DPD) y, por la otra, al artículo 156.14 de la Carta Magna. La norma citada en segundo término establece que, corresponde al Poder Nacional la creación de impuestos sobre transacciones inmobiliarias, aun cuando es competencia de los municipios su recaudación y control.

Mientras el IFHM, tanto en el DLRPN de 2014 como en la LRPN se causa con el otorgamiento de documentos contentivos de operaciones como la venta, permuta y cesiones que tengan por objeto bienes inmuebles y su importe es un monto fijo expresado en UT que aumenta ligeramente según el valor de la transacción involucrada (Ej. Hasta 2.000 UT – se paga 1 UT, de 2.001 UT a 3.500 UT se pagan 2 UT, etc.), en el caso de los DPD, bajo el DLRPN el tributo tenía por base imponible el valor de la transacción involucrada en el documento a ser otorgado sobre el que se aplicaba una tarifa porcentual. A esos fines, el artículo 83.7 establecía tramos relativos a la transacción, expresados en UT, a los que se asignaba una tarifa porcentual que iba aumentando según mayor fuera el tramo de que se trataba (Ej. Hasta 2.000 UT se aplicaba 0,40%, de 2.001 UT a 3.500 UT se aplicaba 0,45%, de 3.501 UT a 4.500 UT se aplicaba 0,5% - El tramo superior se correspondía con montos mayores a las 6.501 UT y la alícuota aplicable era de 0,60%). Bajo la nueva LRN, ese mismo artículo sustituye a la UT por el PTR a efectos de definir los tramos de base imponible (valor del inmueble), manteniendo el sistema de tarifas porcentuales, aunque considerablemente incrementadas.

Es así como bajo el nuevo numeral 7 del artículo 83, se establecen tres tramos, el primero que parte de valores hasta 500 PTRs en el que la alícuota aplicable es de 0,50%; el segundo tramo que va de 501 PTRs a 1000 PTRs con una alícuota de 1% y; un tercer tramo relativo a operaciones que involucran inmuebles con valor superior a 1001 PTRs, en el que la alícuota es de 2%.

La magnitud del incremento de este impuesto que no tasa es de enormes magnitudes si tomamos en cuenta que su base es el valor del inmueble y que su alícuota mayor pasó de 0,60% a 2%.

Insistimos en que pareciera imposible encontrar una explicación lógica que justifique que la descalificación hecha por el Legislador respecto de la UT y la imperiosa necesidad de sustituirla por otra unidad de valor aplique para unos casos (Art. 83.7), pero no para otros (Art. 91). Posiblemente tan irracional proceder encuentre explicación en la escabrosa estrategia adoptada por la AN en perjuicio de los municipios, en virtud del cual a partir de la LRN de 2006 llamó tasa al tributo previsto en su artículo 83.7, cuando en realidad es un impuesto y calificó de impuesto al tributo previsto en el artículo 91, cuando en realidad no lo es, todo ello con el propósito de asignar a los entes menores, casi nada, y conservar en el Poder Central, casi todo.



En precisamente respecto de ese irregular proceder del Legislador donde entra en escena el precitado numeral 14 del artículo 156 constitucional, relativo a los Impuestos sobre Transacciones Inmobiliarias que no son otros que aquellos que se causan con ocasión a la celebración de contratos, transacciones o actos que impliquen transmisión de propiedad o la configuración de derechos reales respecto de bienes inmuebles, entre ellos, los de compra-venta, permuta, dación o aceptación en pago, aportes al capital de sociedades y adjudicaciones en remates judiciales, así como la constitución de hipotecas y otros gravámenes sobre los mismos, salvo las cancelaciones de hipotecas.

Tanto el artículo 83.7 como el 91 de la LRN contemplan tributos con ocasión a operaciones que involucran inmuebles, en el primer caso, el hecho imponible es la prestación del servicio registral, en tanto que, en el segundo, la transacción inmobiliaria propiamente tal, lo que hace que el primero deba corresponderse con una tasa y el segundo con un impuesto.

La supuesta tasa, prevista en el artículo 83.7 de la LRN es reconocida a favor del SA-REN, registros principales y públicos, cuando en realidad es el típico caso de un impuesto a las transacciones inmobiliarias cuya creación por mandato constitucional corresponde al Poder Nacional, pero su recaudación y administración es competencia de los municipios.

La calificación del tributo contemplado en el numeral 7 del artículo 83 de la LRN no sólo es “errónea” teniendo en cuenta el hecho generador involucrado, sino también, por la base imponible seleccionada (valor de la operación/inmueble) y por las alícuotas establecidas (porcentuales).

El tributo previsto en el artículo 91 de la LRN al que se identifica como impuesto, tiene un importe fijo expresado en UT, que insistimos se mantuvo inalterado y que se corresponde más bien con la estructura de una tasa, aunque con tales incongruencias que tampoco termina encuadrando en esa categoría.

A pesar del fraude constitucional que representa el proceder sostenido de la AN desde 2006, los municipios, principales afectados por semejante manipulación, se han mantenido en total sumisión, lo que resulta más desconcertante aún.

Esta nueva versión de la LRN, más allá de todos los vicios y críticas antes reseñadas, se centra en uno solo de los tantos problemas que encierra el funcionamiento de los registros y notarias venezolanos. A lo largo de los años, ha sido constante la denuncia en torno al bajo nivel de los servicios prestado por tan importantes órganos de la Administración Pública, que se atribuye, entre otros, al desfase tecnológico que registra la función, la lentitud de respuesta al público y los focos de irregularidades que en torno a ellos se generan, factores todos estos que siendo “públicos y notorios”, el legislador pasó totalmente por alto, haciendo de este nuevo instrumento emanado de la AN, otro con serias deficiencias y claros vicios de nulidad.



# JURISPRUDENCIA



# Información Jurisprudencial

## *Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Semestre de 2022*

Selección, recopilación y notas  
por Mary Ramos Fernández

*Abogada*  
*Secretaria de Redacción de la Revista*

### SUMARIO

#### **I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO**

1. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. A. Responsabilidad especial y la ordinaria: Características. 2. *Régimen de indemnización y daño moral*.

#### **II. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO**

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. *Principio de la separación de Poderes*. 2. *Poder Judicial*. A. Nombramiento Magistrados. Integración Comité de Postulaciones. Organización Judicial. B. Organización Judicial: Tribunal Supremo de Justicia. a. Facultad de Avocamiento. Admisibilidad.

#### **III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

1. *Interpretación Constitucional, Admisibilidad*. 2. *Revisión Constitucional*. A. Competencia. B. Admisibilidad. 3. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Admisibilidad. a. Amparo sobrevenido. B. Inepta Acumulación de pretensiones. C. Legitimación Activa. D. Procedimiento. Interposición de la Acción. E. Acción de amparo contra sentencias. a. Admisibilidad: Procedencia in limine en asuntos de mero derecho. b. Admisibilidad.

#### **IV. FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

1. *Derechos: Jubilación*.

#### **I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO**

1. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*

A. *Responsabilidad especial y la ordinaria: Características*

**TSJ-SPA (163)**

**22-6-2022**

Magistrada Ponente: Barbara Gabriela Cesar Siero

Caso: Gulfan Ramón Barrios y Alejandrina del Carmen Figuera González vs. COMPAÑÍA ANÓNIMA ELECTRICIDAD DE ORIENTE (ELEORIENTE), ahora Corporación Eléctrica Nacional S.A. (CORPOELEC).

...Así, determinado lo anterior, corresponde a esta Sala decidir acerca de la demanda por indemnización de daños materiales y morales interpuesta por la representación judicial de los ciudadanos Gulfan Ramón Barrios y Alejandrina del Carmen Figuera González, contra la Corporación Eléctrica Nacional S.A. (CORPOELEC), lo cual sobre la base de las siguientes consideraciones:

La parte demandante pretende que la empresa accionada sea condenada a pagar: i) por concepto de daños materiales, la suma de cinco millones de bolívares (Bs. 5.000.000,00), actualmente expresado en un céntimo de bolívar (Bs. 0,01), y ii) como indemnización por daño moral, a cancelar la cantidad de un mil millones de bolívares (Bs. 1.000.000.000,00), hoy expresado en un céntimo de bolívar (Bs. 0,01), como indemnización derivada del fallecimiento de su menor hija Betzabeth Alejandrina Barrios Figuera, ocurrido el 13 de julio de 2003, como “(...) consecuencia de [una] Descarga Eléctrica (...)” producida por una torre de iluminación situada en la “(...) Urbanización ‘La Manga’, ubicada en la carretera que conduce San Mateo-El Carito, Municipio Libertad del Estado Anzoátegui (...)”, frente a la “(...) manga de coleo de San Mateo (...)”. (Sic).

Fundamentan su petición en las disposiciones contenidas en los artículos 30, 43 y 46 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 1.185, 1.193 y 1.196 del Código Civil.

Por su parte, la representación en juicio de la empresa demandada al momento de contestar la demanda negó, rechazó y contradujo los hechos alegados por la demandante en el libelo, salvo los siguientes: 1) El fallecimiento de la hija de los actores y 2) que el hecho se produjo por una descarga eléctrica.

Asimismo, sostuvo que su mandante no tiene responsabilidad en el hecho sucedido “(...) debido a que la torre de iluminación (poste) en el cual ocurrió el siniestro no era propiedad de [su representada], sino que es propiedad de la manga de coleo a la cual (...) le presta servicio de energía y que fue colocado por la Alcaldía del Municipio Libertad (San Mateo) del Estado Anzoátegui y corría por su cuenta el mantenimiento preventivo y correctivo del mismo (...)”. (Sic). (Agregado de la Sala).

De igual forma, aseveró que no existe “(...) responsabilidad de [su] mandante en el siniestro ya que (...) en este caso se está en presencia del hecho de la víctima, el cual es producto de la negligencia de los padres de la niña al dejarla ir a jugar en un lugar donde según declaraciones de los mismos demandantes existía una condición de riesgo, no atendiendo así lo dispuesto en el Art. 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNA) (...)”. (Sic). (Agregado de este fallo).

Al respecto, se advierte que en relación al régimen jurídico aplicable a estos supuestos, la Sala en un caso similar al presente, esto es, donde los daños alegados fueron imputados a una empresa del Estado, dejó sentado el siguiente criterio jurisprudencial:

*“(...) La parte accionada es un ente asociativo organizado bajo las normas jurídicas propias del derecho privado, aun cuando por efecto de la reserva que el Estado venezolano hizo sobre la materia de hidrocarburos y por ser el único accionista sobre su empresa matriz Petróleos de Venezuela, S.A., le es parcialmente aplicable un régimen de derecho público.*

*Al respecto, establece el artículo 106 de la Ley Orgánica de la Administración Pública [aplicable a la controversia racione temporis] lo siguiente:*

*‘Artículo 106: Las empresas del Estado se regirán por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la presente Ley. Las empresas del Estado creadas por ley nacional se regirán igualmente por la legislación ordinaria, salvo lo establecido en la ley’.*

*Conforme a la norma transcrita, el régimen aplicable a la demanda es el de la legislación ordinaria, sin perjuicio de la aplicación especial de normas de derecho público cuando así sea pertinente (...)*” (Vid, entre otras, sentencia de esta Sala Nro. 02259 del 18 de octubre de 2006). (Agregado de la Sala).

De esta forma, se concluyó en el aludido precedente, ratificado, entre otras decisiones, por los fallos Nros. 00334 del 16 de marzo de 2016 y 00388 del 22 de junio de 2017, que de acuerdo a lo previsto en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Administración Pública de 2001 (hoy artículo 108 de la misma ley), debe atenderse al régimen previsto en el artículo 1.185 del Código Civil aplicable a los fines de la determinación de la responsabilidad civil, la cual conforme a la jurisprudencia pacífica de esta Sala, comporta tres condiciones o elementos concurrentes que deben ser probados fehacientemente a fin de declarar procedente la pretensión de la parte demandante, a saber:

1. La producción de un daño antijurídico;
2. Una actuación imputable al accionado; y
3. Un nexo causal que vincule la actuación del demandado con la producción del daño que se denuncia.

Por su parte el encabezado del artículo 1.193 del Código Civil, establece: “(...) *Toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero o por caso fortuito o fuerza mayor (...)*”, y el artículo 1.185 eiusdem dispone: “(...) *El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo (...)*”.

Ahora bien, el primero de los citados dispositivos prevé una de las formas bajo las cuales se verifica la denominada responsabilidad especial (la cual puede producirse por hecho ajeno o por cosas), en contraposición con la responsabilidad por hecho propio; siendo ambas clasificaciones desarrolladas ampliamente por la doctrina como derivación de la responsabilidad civil delictual o por hecho ilícito. (Vid, entre otras, sentencia de esta Sala Nro. 02176 de fecha 5 de octubre de 2006). [Véase: *Revista de Derecho Público* N° 108, Octubre – Diciembre 2006, p. 87 y ss]

Estas dos clasificaciones generales, a saber, la responsabilidad especial y la ordinaria, presentan diferencias marcadas que a la vez se constituyen en sus características más notables. Así se destaca como la principal de ellas, el hecho que mientras en la responsabilidad ordinaria el civilmente responsable es quien causó el daño; en la especial, lo es un tercero por el ilícito causado por una persona o una cosa con las cuales tiene un vínculo, en virtud de encontrarse bajo su dirección, guarda, control o vigilancia.

En segundo lugar, es preciso señalar que la culpa del agente causante del daño ha de ser demostrada en el supuesto de la responsabilidad ordinaria, en tanto que la culpa del civilmente responsable se presume en la segunda de estas categorías, constituyéndose en algunas situaciones (dueño o principal, guardián de la cosa) en una presunción de carácter absoluto.

Por lo tanto, la responsabilidad contemplada en el artículo 1.193 del Código Civil, exige la verificación de dos requisitos de procedencia, los cuales consisten en determinar que el demandado tenía la guarda del objeto que causó el daño y en segundo lugar, que hubo la correspondiente relación de causalidad entre éste y el daño sufrido por el demandante (Vid. sentencia de esta Sala Nro. 00395 de fecha 15 de abril de 2015).



**a) Que haya sido producido un daño antijurídico:**

De conformidad con lo anteriormente expuesto, teniendo presente el régimen jurídico aplicable a la controversia, se aprecia que constituye un hecho admitido por las partes el fallecimiento de la hija de los demandantes en virtud de una descarga eléctrica.

En efecto, en la oportunidad de dar contestación a la demanda, la representación judicial de la empresa accionada “(...) [negó, rechazó y contradijo] *en todas y cada una de sus partes la demanda incoada (...), por ser falsos los hechos en que se fundamenta y no asistirle derecho alguno en su reclamación (...)*”, más sin embargo, en modo alguno afirmó que la causa del lamentable suceso fuese diferente a la señalada, siendo así y tomando en cuenta que los daños cuya indemnización es pretendida tiene por base la muerte de la hija de los demandantes a “(...) *consecuencia de Descarga Eléctrica (...)*” recibida el día 13 de julio de 2003, al “(...) *agarrarse de uno de los postes de luz que prestan servicio tanto a la manga de coleo que existe en el lugar como a la vía pública (...)*”, situada dicha “(...) *manga de coleo (...)*” en la “(...) *carretera que conduce San Mateo-El Carito, Municipio Libertad del Estado Anzoátegui (...)*”, puede concluirse que el primer elemento al que se refiere el artículo 1.185 del Código Civil, esto es la ocurrencia de daño se encuentra verificado. **Así se determina.**

**b) Que el daño ocasionado sea imputable a la Corporación Eléctrica Nacional S.A. (CORPOELEC), con motivo de su funcionamiento:**

Con respecto al parámetro bajo examen, resulta necesario revisar lo establecido en artículo 36 numerales 1 y 3 de Ley Orgánica del Servicio Eléctrico publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 5.568 Extraordinario, de fecha 31 de diciembre de 2001, aplicable *ratione temporis*, el cual señala lo siguiente:

*“Artículo 36: Las empresas de distribución de energía eléctrica tienen, entre otras, las obligaciones siguientes:*

*1. Prestar el servicio a todos los que lo requieran dentro de su área de servicio exclusiva, de acuerdo con esta Ley y con la normativa que a ese efecto dicte la Comisión Nacional de Energía Eléctrica;*

*(...)*

*3. Ejecutar los programas de inversión y los de **mantenimiento necesarios para garantizar la prestación del servicio** en las condiciones requeridas (...)*. (Destacado de este fallo).

De lo antes transcrito se colige que entre las obligaciones que tienen las empresas de distribución de energía eléctrica se encuentran la de prestar el servicio dentro del área de servicio exclusiva que tiene asignada, en ese sentido, resulta necesario acotar que para la fecha en que ocurrieron los hechos que sirven de sustento a la reclamación de la parte actora, la prestación del servicio eléctrico era realizado por empresas bajo la modalidad de la concesión y enfocadas en atender regiones delimitadas del país, como ejemplo de ello tenemos a la empresa demandada Compañía Anónima Electricidad de Oriente (ELEORIENTE) para ese entonces, tal como lo prevé el artículo 47 *eiusdem*.

Otra de las obligaciones antes mencionadas es la de realizar los programas de mantenimiento necesarios para la prestación del servicio, de manera que, la empresa demandada es responsable de efectuar las aludidas labores de mantenimiento, lo cual conlleva a afirmar que ésta ostenta la guarda de dichas instalaciones, y por tanto puede concluirse que siendo la accionada una empresa dedicada a la distribución de energía eléctrica para la región oriental del país y estando constreñida a realizar las labores necesarias para la protección y buen funcionamiento de las instalaciones imprescindibles para realizar correctamente su labor, mal puede excusarse señalando, tal como lo expresó en el escrito de contestación de la demanda,

que el poste que produjo la descarga eléctrica causante de la muerte de la hija de los accionantes no era de su propiedad, más aún cuando dicho elemento (poste) formaba parte del alumbrado de un lugar público.

Así las cosas, aplicando los razonamientos anteriormente esbozados y por cuanto efectivamente la Compañía Anónima Electricidad de Oriente (ELEORIENTE) -ahora Corporación Eléctrica Nacional S.A. (CORPOELEC)-, tenía bajo su guarda el elemento (poste) perteneciente al alumbrado público que causó el daño a la menor fallecida, tal como fue señalado anteriormente, se da por verificado el segundo de los requisitos demostrativos de la responsabilidad de la Administración por guarda de cosas. **Así se establece.**

**c) De la relación de causalidad que debe existir entre el hecho imputado a la accionada y el daño efectivamente causado:**

Con relación a dicho aspecto, observa esta Sala que es un hecho controvertido entre las partes, que la causa de la muerte fuese consecuencia de la actividad de la empresa demandada, por cuanto a decir de su representante judicial, la “(...) *torre de iluminación (poste) en el cual ocurrió el siniestro no era propiedad de [su representada], sino que es propiedad de la manga de coleo a la cual (...) le presta servicio de energía y que fue colocado por la Alcaldía del Municipio Libertad (San Mateo) del Estado Anzoátegui y corría por su cuenta el mantenimiento preventivo y correctivo del mismo (...)*”. (Sic). (Agregado de la Sala).

De igual modo, sostuvo que no existe “(...) *responsabilidad de [su] mandante en el siniestro ya que (...) en este caso se está en presencia del hecho de la víctima, el cual es producto de la negligencia de los padres de la niña al dejarla ir a jugar en un lugar donde según declaraciones de los mismos demandantes existía una condición de riesgo, no atendiendo así lo dispuesto en el Art. 359 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNA) (...)*”. (Sic). (Agregado de este fallo).

Con respecto al primero de los planteamientos efectuados por la parte accionada, esto es, que el poste causante del incidente en el cual falleció la hija de los accionantes no es de su propiedad, conforme al análisis efectuado en acápites anteriores del artículo 36 numerales 1 y 3 de Ley Orgánica del Servicio Eléctrico publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 5.568 Extraordinario, de fecha 31 de diciembre de 2001, aplicable *ratione temporis*, la empresa accionada tenía, entre otras, la obligación de prestar el servicio dentro del área de servicio exclusiva que tiene asignada, en ese sentido, tal y como se señaló precedentemente, para la fecha en que ocurrieron los hechos que sirven de sustento a la reclamación de la parte actora, la prestación del servicio eléctrico era realizado por empresas bajo la modalidad de la concesión y enfocadas en atender regiones delimitadas del país, como ejemplo de ello tenemos a la empresa demandada Compañía Anónima Electricidad de Oriente (ELEORIENTE) para ese entonces, tal como lo prevé el artículo 47 *eiusdem*.

De igual modo, también era obligación de la empresa demandada conforme al mencionado cuerpo normativo, realizar los programas de mantenimiento necesarios para la prestación del servicio, de manera que, tal y como se indicó precedentemente, la accionada ostenta la guarda de dichas instalaciones y siendo una empresa dedicada a la distribución de energía eléctrica para la región oriental del país, estaba constreñida a realizar las labores necesarias para la protección y buen funcionamiento de las instalaciones imprescindibles para realizar correctamente su labor.

Así pues, en línea con lo señalado anteriormente, se estima que la demandada, mal puede excusarse señalando que el poste que produjo la descarga eléctrica causante de la muerte de la hija de los accionantes no era de su propiedad, más aún cuando dicho elemento (poste) formaba parte del alumbrado de un lugar público.

Ahora bien, con respecto al otro planteamiento efectuado por la demandada, esto es, la “(...) *negligencia de los padres de la niña (...)*”, resulta oportuno revisar lo previsto en el artículo 1.193 del Código Civil, norma que dispone lo siguiente:

*“ Toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor ”.*

Con relación a la norma antes citada, esta Sala en sentencia Nro. 02176 de fecha 5 de octubre de 2006, reiterada en decisión Nro. 00961 de fecha 2 de agosto de 2012, señaló:

*“(...) El dispositivo parcialmente transcrito contempla una de las formas bajo las cuales se verifica la denominada **responsabilidad especial** (la cual puede producirse por hecho ajeno o por cosas), en contraposición con la responsabilidad por hecho propio; siendo ambas, clasificaciones desarrolladas ampliamente por la doctrina, derivadas de la responsabilidad civil delictual o por hecho ilícito. Estas dos clasificaciones generales, a saber, la responsabilidad especial (en sus dos versiones), y la ordinaria, presentan diferencias marcadas que a la vez se erigen en sus características más notables. Destacando como la principal de ellas el hecho de que mientras en la responsabilidad ordinaria el civilmente responsable es quien causó el daño; en la especial, lo es un tercero por el ilícito causado por una persona o una cosa con las cuales tiene un especial vínculo, **en virtud de encontrarse bajo su dirección, guarda, control o vigilancia**. En segundo lugar, es preciso señalar que la culpa del agente causante del daño ha de ser demostrada en el supuesto de la responsabilidad ordinaria, en tanto que la culpa del civilmente responsable se presume en la segunda de estas categorías, **siendo esta presunción de carácter absoluto en algunas situaciones (tratándose del dueño o principal, o el guardián de la cosa)**, y *iuris tantum* (cuando lo que se analiza es la culpa de los padres, tutores, preceptores o artesanos por los daños cometidos por los menores que habiten con ellos, así como por los alumnos y aprendices, según sea el caso) (...)”.* (Resaltado de la Sala).

De tal forma, la norma antes transcrita contempla la responsabilidad derivada de la guarda de las cosas, así como los eximentes de la misma a saber: i) falta de la víctima, ii) caso fortuito o fuerza mayor y iii) hecho de un tercero, de los cuales, tomando en cuenta los alegatos expuestos por la parte accionada, solo corresponde verificar la ocurrencia del primero y el último de dichos supuestos.

Ahora bien, del examen de las actas procesales puede colegirse que la hija de los accionantes era aún una niña, ello atendiendo a su edad para la fecha del lamentable suceso, sin embargo tal calificación no debe conducir a equívocos en el asunto que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, toda vez que por su edad, es posible inferir que la víctima podía -y lo contrario no se alegó ni probó en autos- desplazarse sin inconvenientes por las adyacencias del lugar donde se hallaba la residencia familiar, y ello sin exponerse a riesgos que pusieran en peligro su vida.

Adicionalmente, es preciso aclarar que la causa eficiente del deceso de la menor Betzabeth Alejandrina Barrios Figuera no es el hecho de que se encontraba sola, sino como ya se indicó, por la falta de mantenimiento que presentaba la torre de iluminación (poste) que le produjo la descarga eléctrica y del cual es guardián la empresa accionada.

....Así las cosas, desestimados los argumentos planteados por la empresa demandada respecto a circunstancias que a su juicio inciden en la relación de causalidad entre el hecho imputado y el daño causado, esta Sala considera verificado tercero de los requisitos demostrativos de la responsabilidad de la Administración.

De manera que, comprobados como han sido los parámetros que determinan la responsabilidad extracontractual de la accionada y habiendo sido desechada la eximente de responsabilidad aducida en los términos descritos, este Máximo Tribunal concluye que la demanda-

da debe indemnizar a los actores por los daños experimentados por éstos con motivo de la muerte de su hija. **Así se decide.**

Ahora bien, en lo concerniente al daño material solicitado en el escrito libelar, generado en razón de los “(...) *gastos mortuorios* y [sepelio] *de la menor hija* (...)” de los accionantes, esta Sala estima necesario precisar que para su procedencia era necesario acompañar a la demanda la documentación que acreditase su existencia, por tanto era menester la comprobación por parte del demandante, a través de los medios probatorios conducentes, de la realización del desembolso que efectuaron para honrar los mencionados gastos, sin embargo del examen de las actas del expediente se aprecia que los demandantes no aportaron ningún elemento que le permitiese a este órgano jurisdiccional verificar o cuando menos presumir el pago de los gastos aludidos, así pues, por tales motivos declara improcedente la indemnización de daño material peticionada. **Así se decide.**

2. *Régimen de indemnización y daño moral*

**TSJ-SPA (163)**

**22-6-2022**

Magistrada Ponente: Barbara Gabriela Cesar Siero

Caso: Gulfan Ramón Barrios y Alejandrina del Carmen Figuera González vs. COMPAÑÍA ANÓNIMA ELECTRICIDAD DE ORIENTE (ELEORIENTE), ahora Corporación Eléctrica Nacional S.A. (CORPO-ELEC).

**La Sala en lo concerniente a la indemnización por daño moral, siguiendo con la doctrina y jurisprudencia patria han señalado que se deben dejar al juez amplias facultades para la apreciación y estimación del daño moral; ahora bien, no obstante que pertenece a la discreción y prudencia del juez la calificación, extensión y cuantía del daño moral, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado una serie de hechos objetivos que el administrador de justicia debe analizar en cada caso concreto, para determinar la procedencia del pago de la indemnización del daño moral y su cuantificación.**

...En otro orden de consideraciones y respecto al monto demandado como indemnización por daño moral, considera la Sala necesario efectuar las precisiones siguientes:

Del examen del libelo de la demanda se aprecia que los accionantes estimaron el daño moral sufrido por la muerte de su menor hija en la suma de un mil millones de bolívares (Bs. 1.000.000.000,00), ello conforme a lo establecido en los artículos 1.185, 1.193 y 1.196 del Código Civil, no obstante en la actualidad tal monto se encuentra expresado en un céntimo de bolívar (Bs. 0.01).

Ahora bien, con relación al daño moral, esta Sala ha señalado:

*“(...) la indemnización por daño moral encuentra su fundamento en la afección de carácter intangible desde el punto de vista material que se produce en la esfera inmanente al individuo, tomándose en cuenta para su valoración las circunstancias personales de la víctima, es decir, la edad, sexo y el nivel de incapacidad que le produjeron los daños. Este derecho a la indemnización por daño moral no persigue en modo alguno sancionar civilmente al causante del daño -como sucede en otros ordenamientos jurídicos- pues su fundamento es indemnizar el dolor sufrido por una persona a raíz de una pérdida inmaterial, espiritual o afectiva. De allí que el legislador haya dejado al Juez la estimación de la indemnización que merezca en cada caso, quien haya resultado dañado moralmente.*

*Advierte la Sala que para la determinación del monto de la indemnización no está obligado el Juez a tomar en cuenta el monto sugerido por la parte actora, ya que dicha cantidad se formuló a los únicos efectos de la estimación de la demanda (...)*” (Resaltado de este fallo). (Sentencia de esta Sala Nro. 00334 del 16 de marzo de 2016).

En el caso de autos, los demandantes señalaron que la muerte de su hija generó en ellos “(...) un grave daño [que les produjo] un tremendo trauma psicológico, dado el dolor, la angustia, el miedo y el sufrimiento que experimentaron cuando vieron a su menor hija sin signos vitales por la magnitud de la descarga eléctrica (...)”. (Sic). (Agregado de la Sala).

Al respecto resulta necesario señalar que es criterio reiterado de esta Sala que los daños morales “por su naturaleza esencialmente subjetiva no están sujetos a una comprobación material directa, pues ella no es posible” (Vid. sentencias Nros. 02874, 02452 y 00334, de fechas 4 de diciembre de 2001, 08 de noviembre de 2006, y 16 de marzo de 2016, respectivamente).

Dentro de ese orden de ideas y en lo que concierne a la indemnización por daño moral, la doctrina y jurisprudencia patria han señalado que se deben dejar al juez amplias facultades para la apreciación y estimación del daño moral; ahora bien, no obstante que pertenece a la discreción y prudencia del juez la calificación, extensión y cuantía del daño moral, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado una serie de hechos objetivos que el administrador de justicia debe analizar en cada caso concreto, para determinar la procedencia del pago de la indemnización del daño moral y su cuantificación. (Vid. sentencia de la Sala de Casación Social Nro. 144 del 7 de marzo de 2002).

En este sentido, atendiendo a los parámetros señalados que deben ser considerados para la cuantificación del daño moral, se evidencia que los mismos están referidos:

**i) La entidad o importancia del daño, tanto físico como psíquico, así como la llamada escala de los sufrimientos morales,** valorándolos, pues no todos tienen la misma intensidad, por las distintas razones que puedan influir en ellos, para llegar a una indemnización razonable, equitativa, humanamente aceptable, al respecto se debe señalar que el señalado extremo se patentiza al observar que la reclamación se sustenta en el fallecimiento de la menor hija de los accionantes lo cual debió generar en los demandantes un profundo pesar que no podrá ser remediado con el pago de una cantidad de dinero.

**ii) El grado de culpabilidad de la accionada o su participación en el accidente o acto ilícito que causó el daño,** sobre el particular conviene recordar que el aludido incidente tuvo su origen en una descarga proveniente de un poste eléctrico cuya guarda estaba asignada a la empresa demandada, en un área de acceso público.

**iii) La conducta de la víctima,** respecto a lo cual se insiste que para el momento en que ocurrieron los hechos, la hija de los accionantes era aún una niña, ello atendiendo a su edad, sin embargo, es posible inferir que la víctima podía -y lo contrario no se alegó ni probó en autos- desplazarse sin inconvenientes por las adyacencias del lugar donde se hallaba la residencia familiar y ello sin exponerse a riesgos que pusieran en peligro su vida.

**iv) El grado de educación, cultura, posición social y económica de los reclamantes,** sobre el particular se aprecia que los accionantes son habitantes de la “(...) Urbanización ‘La Manga’, ubicada en la carretera que conduce San Mateo-El Carito, Municipio Libertad del Estado Anzoátegui (...)”, sin que puedan evidenciarse mayores aspectos sobre los mismos.

**v) La capacidad económica de la parte accionada,** tendiendo como tal a la Corporación Eléctrica Nacional (CORPOELEC), la cual se trata de una empresa del estado.

vii) **Sobre los posibles atenuantes a favor de la responsable** se aprecia que, tal y como fue establecido en acápites anteriores, la Corporación Eléctrica Nacional (CORPOELEC) planteó que el poste generador de la descarga que ocasionó la muerte de la menor hija de los accionantes era propiedad de la Alcaldía del Municipio Libertad del Estado Anzoátegui y por ello no le correspondía lo relacionado a su mantenimiento, así como también que existió negligencia de los demandantes en la supervisión de su menor hija al permitirle jugar en un lugar riesgoso. No obstante, dichos argumentos fueron desestimados por esta Sala mediante el análisis respectivo.

viii) **El tipo de retribución satisfactoria que necesitaría la víctima**, cuyo examen se realiza tomando en consideración el alcance de la responsabilidad del dañante y todas las situaciones de hecho que se derivan del caso y las consecuencias del mismo, así como la posición económica de la demandada, todas éstas circunstancias se encuentran suficientemente explicadas en el desarrollo de este fallo.

ix) **Los pormenores y circunstancias que influyeron en su ánimo para fijar el monto de la indemnización por daño moral**, en cuanto a este aspecto debe la Sala destacar el hecho doloroso de la muerte de la hija de los accionantes, quien para la fecha en que ocurrió el hecho (13 de julio de 2003), apenas contaba con tres (3) años de edad.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto en el último aparte del artículo 1.196 del Código Civil, en atención al criterio jurisprudencial citado que establece que “*para la determinación del monto de la indemnización no está obligado el Juez a tomar en cuenta el monto sugerido por la parte actora*”, sin embargo, la Sala juzga necesario también atender al criterio establecido por la aludida Sala de Casación Civil de este Máximo Tribunal en el fallo Nro. AVOC.000081 de fecha 16 de abril de 2021, el cual señala lo siguiente:

*“(…) Ahora bien, conforme a todo lo antes expuesto, y de acuerdo a lo dispuesto en la doctrina de esta Sala reflejada en sus fallos números RC-254, expediente N° 2017-072. Caso: Luis Antonio Díaz Barreto contra Ysbetia Roció González Zamora, y RC-255, expediente N° 2017-675. Caso: Dalal Abdrer Rahman Masud contra Yuri Jesús Fernández Camacho y otra, ambos de fecha 29 de mayo de 2018, reiterados entre muchos otros, en fallo N° RC-156, expediente N° 2018-272. Caso: José Rafael Torres González contra Carmelo José González y otra, de fecha 21 de mayo de 2019 (...), así como lo señalado en fallo de esta Sala N° RC-517, expediente N° 2017-619. Caso: Nieves Del Socorro Pérez De Agudo contra Luis Carlos Lara Rangel, de fecha 8 de noviembre de 2018, **QUE INSTAURÓ LA FACULTAD DE ESTIMACIÓN DEL MONTO DEL DAÑO MORAL ‘...INCLUYENDO SU CORRECCIÓN DE OFICIO POR PARTE DE ESTA SALA DE CASACIÓN CIVIL, QUIEN EN DEFINITIVA FIJARÁ EL MONTO DE LA CONDENA** (...), y por cuanto, que la doctrina de esta Sala referente al daño moral, **SEÑALA QUE EL JUEZ UNA VEZ COMPROBADO EL HECHO ILÍCITO PROCEDE A FIJAR DISCRECIONALMENTE EL MONTO DEL DAÑO MORAL A SER INDEMNIZADO A LA VÍCTIMA**, con base en su criterio subjetivo, conforme a lo previsto en el artículo 1196 del Código Civil y artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, **DE MODO QUE QUEDA A SU APRECIACIÓN SUBJETIVA Y NO LIMITADA A LO ESTIMADO EN EL LIBELO DE LA DEMANDA**, y en aplicación de la **SENTENCIA VINCULANTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE ESTE TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, N° 606, de fecha 11 de agosto de 2017, expediente N° 2017-0558, en revisión constitucional, antes descrita en este fallo, que ‘...CONLLEVA A FORMULAR UN EXHORTO A LA SALA DE CASACIÓN CIVIL, PARA QUE EN EL MARCO DE SUS COMPETENCIAS Y CONFORME A LA DISCRECIONALIDAD EN LA FIJACIÓN DEL MONTO PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL, EFECTÚE UN NUEVO RAZONAMIENTO LÓGICO, ARRIBANDO A TRAVÉS DE ÉSTE A UNA INDEMNIZACIÓN JUSTA Y RAZONABLE, VALORANDO LA INCONMENSURABLE INTENSIDAD DEL SUFRIMIENTO PSÍQUICO...**”.*



*En efecto, es importante tener presente que el daño moral consiste en el sufrimiento que experimenta un individuo en la esfera íntima de su personalidad, que determina su degradación de valor como persona humana, respecto de otros en la sociedad en que se desenvuelve o frente a sí mismo, causado injustamente por un tercero. Dicho sufrimiento puede igualmente consistir en lesiones corporales o pérdidas físicas de familiares.*

*De lo anterior se colige que el daño moral al referirse a la esfera íntima afectiva del sujeto o lesionado, no es de naturaleza patrimonial y no existen parámetros que puedan determinar su cuantía, pues su determinación corresponde a la esfera íntima del sentenciador, es decir, el juez debe percibir cuál es la importancia del daño sufrido y atendiendo a la escala de sufrimientos, debe colocarse en la situación de la víctima para comprender qué cantidad razonable y equitativa podría reparar por equivalente dicho daño. Los criterios empleados por el sentenciador son enteramente subjetivos y guiados por su condición humana. De allí que ni la estimación del valor de la demanda, ni lo expresamente solicitado por el interesado o afectado constituye un dato vinculante para el juez al momento de acordarlo.*

**EN CONSIDERACIÓN A TODO LO ANTES SEÑALADO, ESTA SALA DE CASACIÓN CIVIL, PASA A FIJAR EL MONTO DEFINITIVO DEL DAÑO MORAL A RESARCIR EN ESTE CASO,** y en tal sentido observa:

**1.- La importancia del daño (...).**

**2.- El grado de culpabilidad del autor (...).**

**3.- La conducta de la víctima, sin cuya acción no se hubiera producido el daño (...).**

**4.- La llamada escala de los sufrimientos morales, valorándolos, pues no todos tienen la misma intensidad, por las distintas razones que puedan influir en ellos, para llegar a una indemnización razonable, equitativa, humanamente aceptable (...).**

**5.- El alcance de la indemnización.** Esta se hace tomando en consideración el alcance de la responsabilidad del dañante y todas las situaciones de hecho que se derivan del caso y las consecuencias del mismo, así como la posición económica (...) de la demandada (...).

**6.- Los pormenores y circunstancias que influyeron en su ánimo para fijar el monto de la indemnización por daño moral (...).**

*Y comprobado el llamado hecho generador del daño moral, o sea el conjunto de circunstancias de hecho que genera la aflicción cuyo petitum doloris se reclama, por la sentencia de instancia definitivamente firme, al haber desistido del recurso ordinario de apelación la demandada, siendo este desistimiento homologado por sentencia firme de la alzada, como ya fue reseñado en este fallo, lo que procede por parte de esta Sala, es su estimación conforme a lo prescrito en la ley, en consecuencia y en consideración a todo los fundamentos de hecho y de derecho precedentemente expuestos, **esta Sala a fin de proteger el valor del monto condenado como indemnización por el daño moral acaecido, toma como base de cálculo el valor de la criptomoneda venezolana Petro, y condena al pago de la cantidad en bolívares equivalente a DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL PETROS (237.000,00 PTR), calculada según el valor del Petro para el momento del efectivo pago. Así se decide. (Cfr. Sentencia de la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, N° 1112, de fecha 31 de octubre de 2018, expediente N° 2011-1298, caso: María Elena Matos contra el I.N.I.A.)**.- (Destacado de esta decisión).*

El criterio parcialmente transcrito establece que si bien corresponde al Juez dada su autoridad, la apreciación subjetiva de daño para fijar el monto de la indemnización reclamada por daño moral, una vez verificados todos los parámetros para la cuantificación del resarcimiento peticionado, tal como ha ocurrido en el caso bajo examen, no obstante, introduce como elemento de innovación la posibilidad para el Juez de mérito, de acordar el *quantum* del daño moral demostrado y acordado en autos en la suma equivalente en bolívares de la criptomoneda venezolana Petro (PTR), dado que ésta se constituye en una unidad de cuenta que al ser de tasación variable atendiendo a las fluctuaciones de mercado, sincera de



alguna manera la terrible pérdida de valor que se produjo en cuanto a la determinación del daño moral por parte de los accionantes, cuya reparación ha sufrido una merma considerable por causa de las circunstancias inflacionarias que actualmente aquejan a nuestro país, de allí que esta Sala acoge el aludido criterio jurisprudencial y en ese sentido fija como indemnización para la actora, la suma equivalente en bolívares a DOSCIENTOS PETROS (200 PTR) para cada uno de los actores, esto es CUATROCIENTOS PETROS (400 PTR) en total, siendo ésta la base de cálculo de la reparación ordenada, según sea su valor para el momento del pago efectivo que realice la accionada. **Así se establece.**

## II. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

### 1. Régimen del Poder Público Nacional

#### A. Principio de la separación de Poderes

TSJ-SC (81)

15-3-2022

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

#### **El nombramiento del Inspector de Tribunales y de director de la Escuela de la magistratura por la Asamblea Nacional no viola competencias del Poder Judicial.**

Ante lo decidido, corresponde a esta Sala analizar la segunda denuncia plasmada en la demanda de nulidad *sub lite*, en la que se aseveró que “...en esta nueva ley se arrebata al Tribunal Supremo de Justicia la facultad de elegir al inspector de tribunales y al director de la escuela de la magistratura para atribuirlo a la Asamblea Nacional, hecho este que contraría abiertamente a la independencia y autonomía funcional, financiera y administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, previsto en el artículo 267 constitucional y con ello se quebranta el principio de separación de poderes base del sistema democrático”.

Precisado lo anterior, es necesario puntualizar que el artículo 267 de la Constitución, dispone lo siguiente:

*“Artículo 267. Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial. La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley. El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley. Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales”.*

El artículo precedentemente transcrito contiene un mandato orgánico en el que se con- cibe la dirección gubernamental y administrativa del Poder Judicial sobre el Tribunal Supremo de Justicia, norma que, en criterio del accionante, colide con la disposición normativa contenida en la Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en la que se preceptúa que tanto el Inspector General de Tribunales como el Director de la Escuela Nacional de la Magistratura, serán designados por la Asamblea Nacional, considerando así el accionante que esto conlleva un quebrantamiento al principio de separación de poderes.

Sobre el particular, es necesario precisar que el principio de división de poderes no se presenta actualmente como un valor de carácter estanco, a tenor del cual se distribuyen las funciones del Estado de una forma exclusiva y excluyente entre los denominados poderes públicos. Antes bien, las potestades públicas pueden desarrollarse por un conjunto de órganos específicos, lo cual deja entrever la vigencia del principio de colaboración de poderes como un mecanismo de operacionalización del poder del Estado al servicio de la comunidad.

En efecto, tal como señala Castillo Alonzo (*Derecho Político y Constitucional Comparado*. Tercera Edición. Barcelona: 1932. p. 205), la formulación aristotélica del principio de división de poderes ha evolucionado desde una concepción de funciones categorizadas en compartimentos estancos e impenetrables, hacia una visión axiológica basada en que cada poder público ejerce de manera preponderante, pero no excluyente ni exclusiva, la función que le es propia por atribución constitucional, lo cual incluso se extiende a la cooperación con los otros poderes públicos en los puntos de contacto.

Así, el principio orgánico dogmático de la separación de poderes trasciende la concepción monopólica que en sus orígenes tuvo justificación en la idea de evitar tanto el despotismo legislativo como el absolutismo ejecutivo y pasó a recoger la noción de colaboración, como un efecto de la concientización de que el aislamiento rígido de las funciones esenciales, atenta contra el pragmatismo de las instituciones en la satisfacción de los cometidos del Estado, que incluso, es progresivo en aras de la justicia social que vincula las funciones esenciales de los distintos poderes para la satisfacción de los intereses colectivos.

De este modo, se abrieron paso sendas fórmulas de colaboración de poderes, una basada en lo que Loewenstein (*Teoría de la Constitución*. Barcelona. 1965. p. 132) denomina la interdependencia por coordinación, la cual supone la existencia de puntos de contacto conforme a los cuales el desarrollo de una función determinada, demanda cooperación de al menos dos poderes del Estado, como puede constarse en diversas áreas de nuestro sistema constitucional, como son la promulgación de leyes, según lo dispuesto en los artículos 213 y 215 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las observaciones a las leyes sancionadas, según dispone el artículo 214 *eiusdem* y la celebración de los contratos de interés nacional, artículo 187.9 *ibidem*, entre otros.

Lo expuesto evidencia, cómo conforme a la interdependencia por coordinación los poderes públicos actúan con autonomía en el desarrollo de sus funciones propias, sin aislamiento y, por ende, sin menoscabo de la cooperación que para la efectiva concreción de su actividad, deben desarrollar con otros poderes en ciertas actividades previamente determinadas.

La segunda formulación del principio de colaboración de poderes se basa en que la idea esencial del mismo se encuentra en la división que reconoce formalmente la existencia de una estructura orgánica y subjetiva del Estado, donde el *ius imperio* se encuentra distribuido entre varias figuras subjetivas, sin que ello suponga que las funciones del Estado se encuentren atribuidas de manera privativa o exclusiva entre cada una de las denominadas ramas del poder. Por el contrario, la moderna concepción de la división de poderes y dentro de él, el principio de colaboración, no tiene como postulado una eventual separación de funciones, sino que se basa en una visión cuya particularidad reside en que los poderes públicos deben desarrollar, con carácter principal y de forma específica, la función que le es natural, mientras que desarrollarán el resto de las funciones esenciales, siempre que para ello se encuentren facultados por una disposición normativa que le atribuya competencia y que su ejercicio resulte consustancial a la operatividad del poder del Estado como único e irresistible.

De este modo, se observa como el principio *in commento* entraña una integración funcional del Poder Público cuya diversificación de tipo institucional, en modo alguno imposibilita la convergencia de actividades de distinta naturaleza en una misma figura subjetiva, sino el desarrollo primordial de la función que le es inherente a una rama en concreto del Poder Público.

Como puede advertirse, el principio bajo análisis no propugna actualmente una independencia operacional, sino una distribución organizacional del Estado, donde cada rama del Poder Público, comparte el ejercicio de las funciones esenciales, tal como ocurre en materia normativa con el Poder Ejecutivo, pues en circunstancias jurídicas y fácticas determinadas puede dictar actos con rango y fuerza de ley en sentido material, es decir, normas jurídicas de rango infra-constitucional que poseen el mismo efecto derogatorio que los actos de la Asamblea Nacional, pero que no cumplen con sus formalidades.

Significa entonces, que no debe confundirse la función en sí misma con el acto resultante, por cuanto la naturaleza jurídica de este no se encuentra exclusivamente determinada por la actividad sustancial, sino que es menester valorar su rango normativo y, de igual forma, la figura subjetiva que lo concreta.

A la luz de los razonamientos precedentemente esbozados, entiende esta Sala que la selección por parte del órgano legislativo, tanto del Inspector General de Tribunales como del Director de la Escuela Nacional de la Magistratura, según lo establecido en la vigente Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, comporta ese principio de colaboración de poderes que en modo alguno atenta contra la disposición orgánica contemplada en el artículo 257 de la Constitución; en consecuencia, las delaciones sostenidas sobre este particular se deben desestimar. Así se decide.

## 2. Poder Judicial

### A. Nombramiento Magistrados. Integración Comité de Postulaciones. Organización Judicial

**TSJ-SC (81)**

**15-3-2022**

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Resuelto lo anterior, denota esta Sala que la cuarta denuncia alegada por el peticionario de nulidad se centra en el mero cuestionamiento de la integración concebida en la Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia para el Comité de Postulaciones Judiciales, la cual, según su decir, contraviene lo estipulado en el artículo 270 de la Constitución, en el que se dispone lo siguiente:

*“Artículo 270. El Comité de Postulaciones Judiciales es un órgano asesor del Poder Ciudadano para la selección de los candidatos o candidatas a magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia. Igualmente, asesorará a los colegios electorales judiciales para la elección de los jueces o juezas de la jurisdicción disciplinaria. El Comité de Postulaciones Judiciales estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad de conformidad con lo que establezca la ley”.*

El precepto *supra* transcrito contiene una disposición que orienta al funcionamiento del comité encargado de la selección de las personas postuladas para ocupar los altos cargos jurisdiccionales, siendo que el cuestionamiento sostenido por el demandante se basa en el hecho de que el referido comité esté integrado por diputados de la Asamblea Nacional y, en su criterio, “...lo verdaderamente constitucional es que ese comité no esté integrado por diputados...”; sin embargo, en este particular se debe reiterar una vez más el principio de colaboración de poderes que fue ampliamente desarrollado en la resolución de la segunda

denuncia aquí examinada, para concluir que esta es una expresión de esa cooperación de los órganos públicos para la consecución de los fines estatales que están llamados a cumplir, por lo que no se puede evidenciar que con ello se colida el texto constitucional.

Por otra parte, la Sala observa que respecto a la constitución del Comité de Postulaciones Judiciales el artículo 270 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece obligatoriamente la representación de diferentes sectores de la sociedad civil, siendo optativo la incorporación de cualquier otro sector que la Asamblea Nacional considere pertinente, por tanto, no resulta contrario al texto constitucional que dicho comité de postulaciones se encuentre también conformado por diputados de ese órgano legislativo, razón por la cual esta Sala desestima la referida denuncia. Así se decide.

B. *Organización Judicial: Tribunal Supremo de Justicia. a. Facultad de Avocamiento. Admisibilidad*

TSJ-SC (75)

8-3-2022

Magistrado Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos

Caso: Daniela Alexandra Silva Palacios

**La Sala estableció el criterio de admisibilidad de la solicitud de avocamiento cuando sus documentos fundamentales sean acompañados en copias certificadas.**

...Determinada la competencia, se observa que en la solicitud de avocamiento presentada por la ciudadana Daniela Alexandra Silva Palacios, se realizan una serie de alegatos para que esta Sala utilice su potestad de requerir y resolver, con base en lo previsto en los artículos 106 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la causa signada con el número 19C-17027-15, llevada por el Tribunal Décimo Noveno (19°) de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en virtud de los auto de sobreseimiento de la causa, dictados en fechas 28 de junio de 2017, a favor del ciudadano Alberto Hussein Afiouni Silva; y 4 de febrero de 2019 a favor de los ciudadanos Osman Richard Afiouni Silva, Omar Afiouni Silva y Bárbara Afiouni Silva.

Ahora bien, esta Sala observa que la solicitante de autos alega unas afirmaciones de hecho, no obstante, a pesar de que indica que lo hace en copia certificada, no acompaña, en copias certificadas, aquellos medios de pruebas necesarios para que esta máxima instancia constitucional pueda realizar en forma verídica y certera, si existen motivos suficientes para admitir la petición de avocamiento, esto es, si existen en la causa identificada, graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática.

En efecto, la ciudadana Daniela Alexandra Silva Palacios acompaña a su solicitud de avocamiento, copias simples de varios actos procesales ocurridos en el Tribunal Décimo Noveno (19°) de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, las cuales, a juicio de esta Sala, no pueden ser consideradas como documentos fundamentales de la presente petición, toda vez que carecen de valor probatorio a los efectos de emitir el respectivo pronunciamiento sobre la admisión o no de lo pretendido por la parte solicitante, máxime cuando tampoco se constata del presente expediente que el Secretario de esta Sala Constitucional las hubiese certificado *ad effectum videndi*.

Además, la Sala acota que la solicitante de autos tampoco acompaña algún medio probatorio mediante el cual se constate que requirió se le expidiera copia certificada de los actos procesales que considera lesivos a sus derechos fundamentales en las causas constitucionales primigenias y que éstas le hayan sido negadas.

Así pues, la Sala destaca, tomando en cuenta el contenido del artículo 133.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que es una carga procesal de la parte actora consignar los documentos indispensables para verificar si la demanda interpuesta ante este Alto Tribunal es admisible, siendo que, en el caso de que no se cumpla con ese deber, la consecuencia procesal sería la declaratoria de inadmisibilidad de la acción intentada.

En el caso de que se interponga una solicitud de avocamiento, es necesario que el cumplimiento de esa carga procesal se realice en copia certificada, toda vez que en el análisis sobre la admisibilidad de esa pretensión debe existir una certeza sobre lo alegado por la parte solicitante para que cualquiera de las Salas de este Tribunal Supremo de Justicia pueda admitir la pretensión y requerir el expediente respectivo con el objeto de asumir el conocimiento del asunto solicitado o, en su defecto, asignarlo a otro tribunal. La certeza probatoria que exige al momento de dictarse el pronunciamiento sobre la solicitud de avocamiento es necesaria en virtud de que en esa oportunidad no existe ninguna contraparte que pueda controlar los documentos fundamentales que acompañan la solicitud, por lo que no debe existir ninguna duda en la procedencia de los motivos por los cuales cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia pueda, flexibilizando el principio del juez natural, y con suma prudencia avocarse al conocimiento de cualquier proceso o procedimientos que le sea pedido.

En tal sentido, si no existe la certeza y se admite la petición de avocamiento, la Sala estaría suspendiendo una causa en forma indebida, en detrimento del principio del Juez Natural, el cual ha sido considerado, en reiteradas ocasiones, por la doctrina pacífica y reiterada, como de orden público.

En consecuencia, visto que en el presente caso no se acompañaron, en forma debida, los documentos fundamentales, la Sala, conforme con lo señalado en el artículo 133.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, declara inadmisibile la solicitud de avocamiento realizada por la ciudadana Daniela Alexandra Silva Palacios. Así se decide.

### III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

#### 1. *Recurso de interpretación Constitucional, Admisibilidad*

**TSJ-SC (106)**

**2-6-2022**

Magistrada Ponente: Lourdes Benicia Suarez Anderson

Caso: Johnny Linares y otros

Determinada la competencia, pasa esta Sala a emitir pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso de interpretación aquí intentado y en tal sentido observa que, en la doctrina jurisprudencial asentada por este órgano jurisdiccional han sido precisados los supuestos en los cuales podrán fundarse los recursos de interpretación constitucional. En tal sentido, refiriéndose a dichos supuestos, la Sala, en sentencia n° 1.195/2000 del 17 de octubre, estableció lo siguiente:

*“1.- Cuando determinadas normas constitucionales colidan con los principios y valores jerárquicamente superiores, consagrados en el texto constitucional.*

*2.- Si la Constitución se remite como principios que la rigen, a doctrinas en general, sin precisar en qué consisten, o cuál sector de ellas es aplicable; o cuando ella se refiere a dere-*

chos humanos que no aparecen en la Carta Fundamental; o a tratados internacionales protectores de derechos humanos, que no se han convertido en leyes nacionales, y cuyo texto, sentido y vigencia, requieren de aclaratoria.

3.- Cuando dos o más normas constitucionales colidan entre sí, absoluta o aparentemente, haciéndose necesario que tal situación endoconstitucional sea aclarada.

4.- Cuando se cuestione la constitucionalidad o adecuación con el Derecho Interno de las normas emanadas de órganos supranacionales, a los cuales esté sujeta la República por virtud de tratados y convenios internacionales.

5.- También se hace necesaria la interpretación a un nivel general, para establecer los mecanismos procesales que permitan el cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales previstos en el artículo 31 de la vigente Constitución, mientras se promulgan las leyes relativas al amparo internacional de los derechos humanos.

6.- Ante interrogantes con relación al régimen legal transitorio, cuando normas de éste parezcan sobreponerse a la Constitución, o cuando ni uno ni otro sistema sean aplicables en un caso determinado.

7.- Cuando se requiera determinar el contenido y alcance de normas constitucionales, pero aún sin desarrollo legislativo, con la finalidad que sus disposiciones no queden en suspenso indefinido.

8.- También pueden existir normas constitucionales cuyo contenido ambiguo las haga inoperantes, y ante tal situación, a fin que puedan aplicarse, hay que interpretarlas en sentido congruente con la Constitución y sus principios, lo que es tarea de esta Sala.

9.- Ante interrogantes relativas a la congruencia del texto constitucional con las facultades del constituyente.

Respecto de la admisibilidad, serán inadmisibles los recursos de interpretación que no persigan los fines antes mencionados. Asimismo, se podrá declarar inadmisibile el recurso cuando no se constate en el actor su interés jurídico personal y directo -o actual-, toda vez que el recurso de interpretación no es una acción popular. **Tampoco se admitirá el recurso si éste no expresa con precisión en qué consiste la oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las normas del texto constitucional, o en una de ellas en particular; o sobre la naturaleza y alcance de los principios aplicables; o sobre las situaciones contradictorias o ambiguas surgidas entre la Constitución y las normas del régimen transitorio o del régimen constituyente.**

Igualmente, **será inadmisibile el recurso, cuando en sentencias de esta Sala anteriores a su interposición, se haya resuelto el punto, sin que sea necesario modificarlo; o cuando a juicio de la Sala, lo que se plantea no persigue sino la solución de un conflicto concreto entre particulares o entre éstos y órganos públicos, o entre estos últimos; o una escondida forma destinada a lograr una opinión previa sobre la inconstitucionalidad de una ley**". (Destacado añadido).

Asimismo, se estima pertinente acotar que la Sala ha fijado, al objeto de la admisión de la solicitud de interpretación constitucional, de manera concurrente, los requisitos que se enumeran a continuación:

1.- Legitimación para recurrir. Debe subyacer tras la consulta una duda razonable que afecte de forma actual o futura al solicitante.

2.- Novedad del objeto de la acción. Esta causal de inadmisibilidad no opera en razón de la precedencia de una decisión respecto al mismo asunto planteado, sino a la persistencia en el ánimo de la Sala del criterio a que estuvo sujeta la decisión previa.

3.- Que lo peticionado a la Sala no coincida en un todo con el objeto principal de una controversia que curse o pueda cursar ante otro tribunal o instancia judicial, esto es, será admisible la solicitud cuando la consulta exija un análisis de la norma constitucional que, si

bien puede estar relacionada con el caso planteado ante otra instancia judicial, pueda y deba ser resuelta dicha duda en el solo plano de la constitucionalidad. Ello ocurriría en aquellos casos de novedad de una norma en el marco del ordenamiento jurídico constitucional y el consecuencial grado de imprecisión respecto a su alcance por la falta del debido desarrollo legislativo (véase en este sentido sentencia n° 2.507 del 30-11-2001, caso: “*Ginebra Martínez de Falchi*” y sentencia n° 2.714 del 30-10-2002, caso: “*Delitos de lesa humanidad*”).

4.- Que no sean acumuladas acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles (tal circunstancia fue sancionada en la sentencia n° 2.657/2001, del 14-12-2001, recaída en el caso: “*Morela Hernández*”).

5.- Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la solicitud es admisible;

6.- Que el escrito sea inteligible y que no contenga conceptos ofensivos o irrespetuosos.

Al amparo de los señalamientos *supra* explanados, aprecia esta Sala que los aquí recurrentes esgrimieron una petición de interpretación acerca del contenido y alcance de los artículos 89 y 96 de la Constitución, en los que se preceptúa lo que a continuación se transcribe:

*“Artículo 89. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:*

*1. Ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales. En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias.*

*2. Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y consentimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley.*

*3. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad.*

*4. Toda medida o acto del patrono contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno.*

*5. Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición.*

*6. Se prohíbe el trabajo de adolescentes en labores que puedan afectar su desarrollo integral. El Estado los o las protegerá contra cualquier explotación económica y social.*

*Artículo 96. Todos los trabajadores y las trabajadoras del sector público y del privado tienen derecho a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, sin más requisitos que los que establezca la ley. El Estado garantizará su desarrollo y establecerá lo conducente para favorecer las relaciones colectivas y la solución de los conflictos laborales. Las convenciones colectivas amparan a todos los trabajadores y trabajadoras activos y activas al momento de su suscripción y a quienes ingresen con posterioridad”.*

Precisado el contenido de los preceptos constitucionales cuya interpretación se solicita a esta Sala, es menester hacer notar que la interpretación puede ser entendida como “*el proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del derecho en su progresión de un grado superior a un grado inferior y se realiza por los jueces en el momento de*



*decidir un caso concreto*” (Hans Kelsen, “*Teoría pura del Derecho*”, citado por Claudia Nikken en “*Consideraciones sobre las fuentes del derecho constitucional y la interpretación de la Constitución*”, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018, p. 84).

Así, puede concebirse que la interpretación tiene como fundamento la búsqueda de la finalidad de la norma, partiendo del supuesto que todas las disposiciones normativas persiguen como objetivo la regulación de la vida humana en comunidad, en procura de evitar la proliferación de conflictos, por lo que puede concebirse que la pretensión que subyace en este tipo de requerimientos interpretativos que se peticionan a esta órgano administrador de justicia aparecen la necesidad de obtener un pronunciamiento acerca del alcance de una determinada norma constitucional que permita despejar la duda o incertidumbre acerca de su contenido y alcance respecto a una determinada situación fáctica que amerite su aplicación. Ciertamente se trata de un pronunciamiento de certeza interpretativo en el que se disipe la duda razonable que se pueda generar respecto a la aplicación de la norma constitucional .(,,)

Atendiendo el criterio *supra* invocado, el cual fue recientemente reiterado en sentencia n° 352 del 5 de agosto de 2021, debe reafirmarse que si bien la convención colectiva tiene su origen en un acuerdo de voluntades esta surtirá sus efectos legales una vez cumplidas las formalidades legales, que le otorgan un carácter de acto normativo de rango legal no susceptible de ser interpretado en este asunto por esta Sala Constitucional a través del especial recurso de interpretación constitucional, pudiendo entonces entenderse que lo que aquí se plantea no persigue sino la solución de un conflicto concreto entre particulares en el que solo se aspira lograr una opinión previa de este órgano sobre la inconstitucionalidad de un presunto pacto colectivo que tiene carácter de ley, siendo que lo expuesto por los recurrentes escapa del plano estrictamente constitucional y hace ver un simple problema de conflicto de normas de rango legal que en todo caso debe ser resuelto por su juez natural a través del conocimiento de un caso concreto a través del proceso que resulte aplicable.

(...) Al amparo de los razonamientos que han sido hasta ahora expresados, habiendo sido constatado por esta Sala que en el recurso de interpretación aquí impetrado no se expresó con precisión en qué consistía la oscuridad, ambigüedad o contradicción entre las normas del texto constitucional cuya interpretación se pretende, aunado a que con esta petición solo se persigue la solución de un conflicto concreto entre particulares con el ánimo de lograr una opinión previa de este órgano sobre la inconstitucionalidad de un presunto pacto colectivo que tiene carácter de ley, escapando esta situación del plano constitucional y debiendo la misma ser resulta por su juez natural en conocimiento del caso concreto, son motivos por los que, aplicando los criterios jurisprudenciales que han sido invocados respecto al recurso de interpretación constitucional, se declara que la pretensión recursiva de carácter interpretativa hoy examinada resulta inadmisibles, tal y como será resuelto de seguidas en la parte dispositiva de esta decisión. Así se decide.

## 2. *Revisión Constitucional*

### A. *Competencia*

**TSJ-SC (167)**

**14-6-2022**

Magistrada Ponente: Tania D’amelio Cardiet

Caso: Fiscal 39° Nacional Plena, Héctor Alberto Alvarado Millán Fiscal Auxiliar 39° Nacional Plena y otros.

En primer lugar, corresponde a esta Sala determinar su competencia para revisar la decisión adoptada por el Consejo de Guerra Permanente en fecha 14 de agosto de 1998 que confirma la decisión emanada del Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Matu-

rín, en la cual se declaró “...**TERMINADA LA (...) AVERIGUACIÓN SUMARIAL**, por prescripción de la acción penal, instruida sobre la presunta desaparición del ciudadano **CÉSAR AUGUSTO BURGUILLOS...**”, a tal efecto el artículo 336, numeral 10, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, le atribuye a esta 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”.

Tal potestad de revisión de decisiones definitivamente firmes abarca diversos tipos de fallos, entre los que se encuentran los emitidos por los Tribunales de la República, de acuerdo al artículo 25, numeral 10 de la Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, pues la intención final es que la Sala Constitucional ejerza su atribución de máximo intérprete de la Constitución, según lo que establece el artículo 335 del Texto Fundamental.

Ahora bien, en el presente caso se solicitó la revisión de las decisiones dictadas, el 16 de junio de 1998 y el 14 de agosto del mismo año, emitidas por los extintos Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín y Consejo de Guerra Permanente, respectivamente, las cuales si bien es cierto datan de un período anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, no es menos cierto que conforme lo establece la jurisprudencia asentada por esta Sala Constitucional, se puede realizar una revisión extraordinaria de una decisión pasada de la autoridad de la cosa juzgada, cuando en la misma estén inmersas violaciones graves contra los derechos humanos o delitos de lesa humanidad (Vid. Sentencia de la Sala N° 1.713 del 14 de diciembre de 2012, caso: “Jesús Alberto Márquez Finol”).

En este orden de ideas, resulta pertinente citar el contenido de la “*Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y otras Violaciones de los Derechos Humanos por razones políticas en el período 1958-1998*”, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.808, del viernes 25 de noviembre de 2011, la cual en el artículo 19, dispone que cuando de las investigaciones de la Comisión por la Justicia y la Verdad o del Ministerio Público, se evidencie la existencia de pruebas fehacientes que constaten plenamente la materialización de violaciones graves a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, o la responsabilidad plena en la perpetración de los mismos, y que hayan sido objeto de alguna causa judicial o procedimiento administrativo que “...por cualquier razón judicial se encontrasen firmes...”, “...el Ministerio Público solicitará a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la revisión del expediente”, a fin de que sea reabierto. En tal caso, de ser pertinente, la Sala “...ordenará al Ministerio Público la reapertura del caso y su tramitación procesal por vía ordinaria”. Señalando el referido artículo, taxativamente lo siguiente:

**“Artículo 19.- Recurso extraordinario de revisión constitucional.** Cuando de las investigaciones del Ministerio Público o de la Comisión por la Justicia y la Verdad, se evidencie la existencia de pruebas fehacientes que constaten plenamente la materialidad de violaciones graves a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, o la responsabilidad plena en la perpetración de los mismos, por las razones previstas en la presente Ley, las cuales sean pertinentes a causas judiciales o procedimientos administrativos que por cualquier razón procesal se encontrasen firmes, siendo dichas pruebas de tal naturaleza que de haber sido conocidas en su oportunidad la decisión definitiva hubiese sido distinta a la que constase en autos, el Ministerio Público solicitará a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la revisión del expediente a los fines de su reapertura. La Sala Constitucional se pronunciará sobre la solicitud y, de considerarla pertinente, ordenará al Ministerio Público la reapertura del caso y su tramitación procesal por vía ordinaria”.

Ahora bien, en el caso de autos, el Ministerio Público, a través de los Fiscales comisionados por el Fiscal General de la República, han manifestado dentro de sus alegatos que las decisiones dictadas, el 16 de junio de 1998 y el 14 de agosto del mismo año, emitidas por los extintos Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín y Consejo de Guerra Permanente, respectivamente, notablemente estuvieron inmotivadas y contradictorias, evidenciándose a lo largo de la investigación la materialización de violaciones graves a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad.

En consecuencia, esta Sala, en sintonía con la jurisprudencia anteriormente transcrita y visto que los requisitos establecidos en el artículo 19 de la mencionada Ley se encuentran satisfechos, se declara competente para conocer de la solicitud planteada. Así se establece.

B. *Admisibilidad*

**TSJ-SC (89)**

**2-6-2022**

Magistrada Ponente: Gradys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Soranellys Carvajal García

En la oportunidad para decidir, esta Sala observa que se ha solicitado la revisión de la sentencia dictada, el 5 de diciembre de 2013, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que declaró "...[s]u *COMPETENCIA para conocer del recurso de apelación incoado en fecha 19 de julio de 2007, por la Representación Judicial del INSTITUTO VENEZOLANO DE LOS SEGUROS SOCIALES (I.V.S.S.), en contra de la sentencia dictada en fecha 13 de julio de 2007, por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, de Protección del Niño y del Adolescente y de lo Contencioso Administrativo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Bolívar, que declaró Con Lugar la querrela funcional, interpuesta por la Representación Judicial de la ciudadana SORANELLYS CARVAJAL GARCÍA, contra la Resolución DGRHAP-N° 004692, de fecha 23 de diciembre de 2005, emanada del referido Instituto. 2. CON LUGAR la apelación interpuesta. 3. REVOC[Ó] el fallo apelado. [y] 4. SIN LUGAR el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto...*".

En efecto, la solicitante alegó que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, no tomó en cuenta el derecho constitucional a la jubilación y a la seguridad social, previstos en el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, previstos en los artículos 56 y 49 *eiusdem*, como tampoco acató la jurisprudencia vinculante dictada por esta Sala Constitucional en innumerables fallos, y de forma especial la contenida en la sentencia N° 1518, dictada, el 20 de Julio de 2007, por esta Sala, en la cual se estableció el criterio referido a la preeminencia del derecho de jubilación sobre los actos administrativos de remoción, retiro o destitución dictados por la administración pública.

En este mismo sentido, que existió una violación del derecho a la defensa y al debido proceso, previstos en el artículo 49 de nuestra Carta Magna, ya que en el procedimiento administrativo disciplinario llevado por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.), se realizó un procedimiento fuera de los lapsos establecidos en la Ley del Estatuto de la Función Pública, cercenando la oportunidad de defenderse, toda vez que no estuvo asistida por un profesional del derecho.

Al respecto, se debe señalar que, de conformidad con la sentencia de esta Sala N° 93, del 6 de febrero de 2001, (caso: "*Corpoturismo*"), dicha norma constitucional -que consagra la facultad de revisión como discrecional- es "*una potestad estrictamente excepcional, extraordinaria y discrecional*", por ello:

*(...) En lo que respecta a la admisibilidad de tales solicitudes de revisión extraordinaria esta Sala posee una potestad discrecional de admitir o no admitir el recurso cuando así lo considere, así la Sala puede en cualquier caso desestimar la revisión '(...) sin motivación alguna, cuando en su criterio, constate que la decisión que ha de revisarse, en nada contribuya a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales' (...).*

En este sentido, la discrecionalidad que se le atribuye a la facultad de revisión constitucional, no debe entenderse como una nueva instancia y, por lo tanto, la solicitud en cuestión se admitirá sólo a los fines de preservar la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales o cuando exista una deliberada violación de preceptos de ese rango, así como cuando se contraríen los criterios vinculantes de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, lo que será determinado por la Sala en cada caso, siendo siempre facultativo de esta su procedencia.

Con respecto a lo señalado por el solicitante, esta Sala evidenció que la sentencia dictada, el 5 de diciembre de 2013, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, objeto de revisión constitucional, se pronunció en forma motivada y congruente acerca del recurso de apelación que fue sometido a su conocimiento respecto del fallo dictado por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, de Protección del Niño, Niña y Adolescente y Contencioso Administrativo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, el 13 de julio de 2007, revisando y analizando los argumentos expuestos por las partes.

Por otra parte, de la denuncia realizada, en la que se describe que el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.) incurrió en violación del derecho a la defensa y al debido proceso, por cuanto presuntamente hubo un procedimiento administrativo disciplinario fuera de los lapsos establecidos en la Ley del Estatuto de la Función Pública, quedando la ciudadana Soranellys Carvajal García desasistida de un profesional del derecho, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se pronunció en los siguientes términos:

*“...Así las cosas, en fecha 8 de septiembre de 2005, la Dirección General de Consultoría Jurídica del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.), emitió el dictamen pertinente, mediante el cual recomendó que se procediera a la destitución de la ciudadana Soranellys Carvajal, decisión que dio cabal cumplimiento al procedimiento disciplinario establecido el artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, con la debida observancia de todas y cada una de las garantías constitucionales que la recurrente denuncia como conculcadas, al punto de que **tuvo acceso al expediente, fue debidamente notificada y contó con los lapsos e instrumentos necesarios para el ejercicio del derecho a la defensa**, pese a lo cual la recurrente estando al tanto de todas las actuaciones que cursaban en el expediente, no promovió ni mucho menos evacuó elemento probatorio alguno que lograra desvirtuar legalmente (como se estableció supra) lo acontecido.*

*Indicado lo anterior, esta Corte debe hacer referencia a lo alegado por la Representación Judicial de la ciudadana Soranellys Carvajal, en cuanto a que presuntamente la Administración le vulneró el debido proceso y derecho a la defensa, puesto que –a su decir-, en el procedimiento administrativo incoado en su contra para la destitución de conformidad con lo establecido en la Ley del Estatuto de la Función pública, ‘...no estuvo ASISTIDA DE ABOGADO, por lo tanto siendo ella una Profesional en el área de enfermería, no manejaba las herramientas y recursos LEGALES adecuados e idóneos para hacer una EFECTIVA DEFENSA...’ (Mayúsculas de la cita).*

*En relación a ello, este Órgano Jurisdiccional debe indicar que para la instauración de un procedimiento administrativo, como en el presente asunto, el procedimiento disciplinario de destitución de conformidad con lo establecido en el artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, **no es requisito indispensable para tal fin, la asistencia o representación de Abogado, ello dado que la Ley ni lo prohíbe y no lo tipifica expresamente**, por lo que en razón de tal situación, se debe asimismo indicar que en ninguna fase del referido procedi-*

*miento, se le negó expresamente a la ciudadana Soranellys Carvajal por parte del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.), que ésta podía ejercer sus derechos e intereses particulares bajo la asistencia o representación de un profesional del derecho, de modo que debe necesariamente este Órgano Jurisdiccional desechar los argumentos de la parte querellante, referidos a la violación del debido proceso y el derecho a la defensa, toda vez que en ningún momento se le vulneró tales derechos durante el curso del procedimiento disciplinario de destitución, por lo que asimismo, debe esta Corte destacar que en virtud de lo precedente, tampoco se le cercenó su derecho al trabajo o a la estabilidad laboral, respectivamente, puesto que durante el señalado procedimiento fueron protegidos esos derechos constitucionales al no dictarse una medida que los tergiversaran antes y durante el mismo. Así se decide...”.* (Resaltado de esta Sala).

De lo anteriormente señalado, esta Sala considera que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo resolvió en forma ajustada a derecho, constatando que el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.) no infringió los derechos constitucionales tales como la tutela judicial efectiva, el debido proceso, como lo denunció la representación judicial de la solicitante de revisión, por lo que de una lectura del escrito de revisión se puede evidenciar que existe una inconformidad con la decisión, pues los alegatos realizados fueron estimados sobre cada uno de sus particulares, tal como pudo constatar esta Sala, pero no resultaron favorables al solicitante en revisión; de igual manera, tampoco se advierten hechos violatorios que deriven directamente del fallo recurrido, con lo cual busca que se analice nuevamente lo ya decidido, pretendiendo una instancia adicional sobre el mérito del asunto debatido.

Por estos motivos, esta Sala debe insistir en señalar que la revisión no constituye una tercera instancia, ni un medio ordinario que pueda ser intentado bajo cualquier fundamentación, sino una potestad extraordinaria, cuya finalidad es la unificación de criterios de interpretación constitucional, para la garantía de la supremacía y eficacia de las normas y principios constitucionales, lo cual conduce a la seguridad jurídica.

Así las cosas, y visto que la solicitud de revisión es potestativa de la Sala, resulta evidente que el presente caso no contribuirá a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales, en especial cuando no se dan ninguno de los supuestos de procedencia de la revisión constitucional que establece el artículo 25, numeral 10, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, motivos por los cuales se declara no ha lugar a la presente solicitud. Así se decide.

### 3. *Acción de Amparo Constitucional.*

#### A. *Admisibilidad*

##### a. *Amparo sobrevenido*

**TSJ-SC (66)**

**8-3-2022**

Magistrado Ponente: Calixto Ortega

**La Sala ratificó su criterio sobre la admisibilidad del amparo constitucional sobrevenido al reiterar que el mismo se admite sólo cuando no existen otros medios jurisdiccionales que puedan tutelar el derecho o la garantía constitucional presuntamente violada dentro de un proceso.**

.....Debe esta Sala, como punto previo, pronunciarse sobre la tempestividad del recurso de apelación propuesto, en atención al criterio vinculante establecido en la decisión N° 3.027 de 14 de octubre de 2005 (caso: “*César Armando Caldera Oropeza*”), y al efecto se observa

que la decisión objeto de impugnación fue dictada el 1 de noviembre de 2018, por la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Bolívar, con ocasión a la acción de amparo constitucional que declaró Inadmisibles, y la parte accionante se dio por notificada el 2 de noviembre de 2018, siendo ese mismo día, cuando presentó el escrito contentivo del recurso de apelación, haciéndolo de forma pura y simple, por lo que al haber sido interpuesta la apelación referida, dentro de los tres (3) días calendarios consecutivos, previstos en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y conteste al criterio de esta Sala sostenido en la decisión N° 501 del 31 de mayo de 2000 (caso: “*Seguros Los Andes C.A.*”), se concluye que el recurso de apelación fue interpuesto tempestivamente. Asimismo, se recibió el cómputo que practicó la Secretaría de la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Bolívar, el cual cursa al folio 92 del expediente; también se aprecia que en la misma oportunidad de interponer el recurso de apelación, la parte accionante no consignó conjuntamente el escrito de fundamentación. Así se declara.

Posteriormente el 30 de enero de 2019, en la Secretaría de la Sala se recibió escrito, presentado por el ciudadano VÍCTOR JOSÉ LEONET ESPINOZA, asistido por el abogado Trino Moisés Odreman, mediante el cual se fundamenta la apelación intentada y se efectúa pedimento, razón por la cual, el mismo no resulta tempestivo, de conformidad con el criterio establecido por esta Sala en la sentencia N° 442 del 4 de abril de 2001 (Caso: “*Estación de Servicios Los Pinos S.R.L.*”) “... *En este sentido, esta Sala considera que habiendo la Ley establecido un plazo para que el tribunal de alzada decida la apelación de la sentencia de amparo constitucional, este plazo debe considerarse como un plazo preclusivo para que las partes interpongan cualquier escrito relacionado con el expediente...*”, por lo tanto el escrito de fundamentación se considera extemporáneo, razón por la cual no se estimarán los alegatos contenidos en el mismo. Así se declara.

Para decidir, la Sala con facultad para resolver la presente apelación, pasa a conocerla *ex novo*, y observa que:

El ciudadano VÍCTOR JOSÉ LEONET ESPINOZA, asistido por el abogado Trino Moisés Odreman, interpone el 12 de octubre de 2018, acción de amparo constitucional, contra la decisión dictada, el 28 de septiembre de 2018, el Tribunal Primero de Primera Instancia Penal, en Funciones de Control con competencia en Ilícitos Económicos del Circuito Judicial Penal del Estado Bolívar, extensión territorial Puerto Ordaz, con la cual declara sin lugar la acumulación de las causas signadas con los alfanuméricos FP12-P-2012-004956 y FP12-P-2018-003301 (nomenclatura de ese Juzgado).

El demandante en amparo reveló que la presente acción de amparo constitucional debía ser admitida y declarada con lugar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y que disienta totalmente de la decisión contra la cual accionó el amparo.

La referida pretensión de tutela constitucional fue resuelta, el 1 de noviembre de 2018, la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Bolívar, mediante la declaratoria como inadmisibles de la acción de amparo constitucional ejercida, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, toda vez que el supuesto agraviado tenía acciones con las cuales podía recurrir a las vías judiciales ordinarias y no hizo uso de los medios judiciales preexistentes, para atacar la decisión dictada por el Tribunal Primero de Primera Instancia Penal, en Funciones de Control con competencia en Ilícitos Económicos del Circuito Judicial Penal del Estado Bolívar, extensión territorial Puerto Ordaz, dentro del proceso penal que conocía la referida instancia judicial, y el juzgado *a-quo* constitucional se fundamentó en que:



*“...Así las cosas, se consagra la inadmisión de la acción de amparo cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías ordinarias o a los medios judiciales preexistentes, sobre el fundamento de que todo juez de la república es constitucional y, a través del ejercicio de los recursos que ofrece la jurisdicción ordinaria, se pueda alcanzar la tutela judicial efectiva de derechos o garantías constitucionales, y cuando el accionante pudo disponer de los recursos administrativos o de los recursos ordinarios establecidos por ley, pero no los ejerció previamente ni justificó su no ejercicio oportuno.*

*El recurso extraordinario de Amparo como bien lo ha señalado la Doctrina y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, está concebido como una protección de derechos y garantías constitucionales, porque el ejercicio de la acción está reservado para restablecer situaciones que provengan de las violaciones de tales derechos y garantías, en este sentido conforme a lo previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todos tienen derecho a acceder a los órganos de la Administración de Justicia para la defensa de sus derechos e intereses y a obtener pronta decisión que tutele judicial y efectivamente los mismos, en forma más expedita posible y sin formalismo o rigurosidades inútiles que menoscaben la real posibilidad de petición, así se consagró la acción de amparo constitucional prevista en el artículo 27 del texto constitucional, como una garantía constitucional específica, por tanto no subsidiaria, tampoco extraordinaria, sino discrecionalidad constitucional determinada por el problema para el que se exige tutela constitucional.*

*Así pues, no puede considerarse a la acción de amparo constitucional como la única vía idónea para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica alegada como infringida, toda vez que, como se ha sostenido y así lo ha reiterado la Sala Constitucional en diversos fallos, no toda trasgresión de derechos y garantías constitucionales está sujeta de inmediato a la tutela del amparo, ya que para ello existen las vías procesales ordinarias, en las cuales todos los jueces de la República pueden restituir la situación jurídica infringida, antes que la lesión se haga irreparable... ”.*

Conforme a lo anterior, y visto el señalamiento del accionante en amparo, hoy apelante, la Sala verificó en el caso de autos, que consta que el accionante en amparo disponía del medio judicial preexistente, como lo es en este caso en concreto, el recurso de apelación, previsto en el artículo 439 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal, toda vez que se trataba de atacar con dicho recurso el auto decisorio, dictado el 28 de septiembre de 2018, el Tribunal Primero de Primera Instancia Penal, en Funciones de Control con competencia en Ilícitos Económicos del Circuito Judicial Penal del Estado Bolívar, extensión territorial Puerto Ordaz, con la cual declara sin lugar la acumulación de las causas signadas con los alfanuméricos FP12-P-2012-004956 y FP12-P-2018-003301 (nomenclatura de ese Juzgado), además el accionante se abstuvo de expresar las razones suficientes y valederas que justifiquen el porqué acudió a la acción de amparo constitucional, sin haber optado a acudir a la vía ordinaria para el restablecimiento de la situación jurídica denunciada como infringida (*Vid.* Sent. N° 939 del 15 de febrero de 2000, caso: *Stefan Mar*, y específicamente la N° 4.818 del 14 de diciembre de 2005, caso: *Luis Márquez Marín*).

De allí que, analizados como han sido los hechos que rodean el presente caso, a la luz de la disposición legal y al criterio jurisprudencial señalado, esta Sala Constitucional, actuando como tribunal de alzada en el presente proceso de amparo, concluye que la sentencia dictada, el 1 de noviembre de 2018, la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Bolívar, se encuentra ajustada a derecho, ya que en el caso *sub lite* ha sido constatada la configuración de la causal de inadmisibilidad prevista en el cardinal 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se declara.

El artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, enuncia lo siguiente:



*“Artículo 6.- No se admitirá la acción de amparo:*

*(...)*

*5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes...”.*

La disposición antes transcrita, fue interpretada por esta Sala en la Sentencia N° 2369 del 23 de noviembre de 2001 (Caso: “Mario Téllez García y otro), en dicho fallo se señaló lo siguiente:

*“En concordancia con lo expuesto anteriormente, la Sala estima pertinente señalar que la norma prevista en el artículo 6, numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, consagra simultáneamente el supuesto de admisibilidad e inadmisibilidad de la acción de amparo.*

*Así, en primer término, se consagra claramente la inadmisión de la acción cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías ordinarias o a los medios judiciales preexistentes, sobre el fundamento de que todo juez de la República es constitucional y, a través del ejercicio de los recursos que ofrece la jurisdicción ordinaria, se pueda alcanzar la tutela judicial efectiva de derechos o garantías constitucionales.*

*No obstante, la misma norma es inconsistente, cuando consagra que, en el caso de la opción por la vía ordinaria, si se alega violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, la acción de amparo será admisible, caso en el cual el juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos previstos en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y su decisión versará exclusivamente sobre la suspensión o no, de manera provisional, sobre el acto cuestionado de inconstitucionalidad.*

*En otras palabras, la acción de amparo es inadmisible cuando el agraviado haya optado por recurrir a vías ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes; por argumento a contrario es admisible, entonces, si el agraviado alega injuria constitucional, en cuyo caso el juez debe acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado. Ahora bien, para que el artículo 6.5 no sea inconsistente es necesario, no sólo admitir el amparo en caso de injuria inconstitucional, aun en el supuesto de que el agraviado haya optado por la jurisdicción ordinaria, sino, también, inadmitirlo si éste pudo disponer de recursos ordinarios que no ejerció previamente. De otro modo, la antinomia interna de dicho artículo autorizaría al juez a resolver el conflicto de acuerdo con las técnicas integrativas de que dispone el intérprete (H. Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Buenos Aires, Eudeba, 1953, trad. de Moisés Nilve).*

*Lo expuesto anteriormente, lleva a concluir, entonces, que la norma en análisis no sólo autoriza la admisibilidad del llamado “amparo sobrevenido”, sino que es el fundamento de su inadmisibilidad, cuando se dispone de un medio idóneo para el logro de los fines que, a través del amparo, se pretende alcanzar”.* (Subrayados del fallo y resaltado de la presente decisión).

En esta misma línea de criterio, esta Sala Constitucional, en sentencia N° 716, del 9 de julio de 2010, (Caso: *Gimbet Transporte Marítimo de Cabotaje Nacional e Internacional, S. A.*) afirmó que:

*“... el auto de juzgamiento que, en la presente causa, fue atacado, mediante la interposición de la demanda de amparo, era subsumible en el supuesto de auto impugnado mediante apelación que prescribe el artículo 447.5 del Código Orgánico Procesal Penal, tal como la misma accionante admitió;*

*3.3. De acuerdo, entonces, con el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y la doctrina interpretativa de dicha norma legal que esta*

*Sala ha sostenido desde muy antiguo –y, por el presente medio ratifica- de interpretación del artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (véase, por ejemplo, sentencia n° 848, de 28 de julio de 2000, en armonía con la n° 1496, de 13 de agosto de 2001), es inadmisibile la acción de amparo cuando el quejoso, al tiempo de la interposición de la demanda, ya hubiera utilizado medios judiciales preexistentes y disponibles para los mismos fines que fundamentaron su ulterior presentación de dicha pretensión de tutela, o bien, que, no obstante la disponibilidad de vías jurídicas ordinarias o de medios judiciales preexistentes, para la provisión de adecuada y oportuna provisión de tutela a sus derechos fundamentales, opte por el ejercicio anticipado de la acción de amparo y no acredite la existencia de una situación en la cual tales medios ordinarios no sean suficientes para proveerle una tutela judicial eficaz y oportuna a sus derechos fundamentales ... (Resaltado y subrayado del presente fallo)”.*

De la doctrina antes transcrita, se desprende que, la acción de amparo constitucional presupone la inexistencia de un medio procesal idóneo contra la providencia adversada en amparo o, en caso de existir éste, la imposibilidad de ejercerlo útilmente.

En el caso de autos, la Sala observa que se encontraba a disposición del accionante el recurso de apelación, previsto en el artículo 439 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal, medio procesal idóneo y eficaz para hacer valer las razones invocadas contra la decisión cuestionada y, a pesar de ello, no consta que haya sido utilizado por éste, ni constan circunstancias que hayan imposibilitado su ejercicio.

En la presente causa, el apelante denuncia la supuesta lesión constitucional que produjo la decisión del amparo, dictada el 1 de noviembre de 2018, la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Bolívar, ya que a su decir, esa decisión atenta contra el debido proceso, en su perjuicio, sin embargo se verifica que la accionante no utilizó los mecanismos judiciales ordinarios para el logro de los fines que pretende ahora alcanzar con la presente acción de amparo, con lo cual se configura la causal de inadmisibilidad consagrada en el artículo 6, cardinal 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, razón por la cual esta Sala, conforme a los argumentos que preceden, por lo que esta Sala procede declara sin lugar la apelación interpuesta y confirma por las razones expuestas, la sentencia apelada, que fue dictada el 1 de noviembre de 2018, la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Bolívar. Así se decide.

De las transcripciones anteriores, observa la Sala que contradictoriamente a lo señalado por el impugnante, la decisión de la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, se encuentra ajustada a derecho y, cumple con el requisito de motivación y congruencia, pues en ella se precisa con toda claridad tanto las razones que conllevaron al juzgado *a quo* constitucional a declarar la inadmisibilidad de la acción de amparo constitucional interpuesta, visto el carácter extraordinario de la institución del amparo constitucional, se desvirtuaría en el supuesto que sea utilizado este último como medio para satisfacer cualquier pretensión, lo cual vulneraría el equilibrio y subsistencia entre el amparo y los demás medios judiciales preexistentes, sustituyendo así la acción de amparo todo el ordenamiento procesal del derecho positivo. Existiendo en el ordenamiento jurídico vigente un medio ordinario, debe el amparo ceder ante la vía ordinaria.

Precisado lo anterior, estima esta Sala que la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Bolívar, con su decisión del 1 de noviembre de 2018 actuó ajustadamente, ya que con su decisión no vulneró ningún derecho ni garantía constitucional. Así se declara.

Finalmente, en fuerza de las consideraciones anteriormente expuestas, esta Sala declara SIN LUGAR el recurso de apelación interpuesto contra la decisión que dictó, el 1 de noviembre de 2018, la Sala N° 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Bolívar, con la cual se declaró INADMISIBLE la pretensión de amparo incoada por el abogado Trino Moisés Odreman asistiendo al ciudadano el ciudadano VÍCTOR JOSÉ LEONET ESPINOZA, de conformidad con el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por lo que como efecto y consecuencia se CONFIRMA la decisión dictada, por la mencionada Corte de Apelaciones. Así se decide.

b. *Inepta Acumulación de pretensiones*

**TSJ-SC (119)**

**3-6-2922**

Magistrado Ponente: Calixto Ortega Ríos

Caso: Wilmer Antonio Zambrano Cuello

Previo a cualquier decisión, esta Sala debe determinar su competencia para conocer de la presente acción de amparo, y a tal efecto, realiza las siguientes consideraciones:

Se advierte, del escrito de la solicitud de amparo presentado, que la tutela constitucional invocada está dirigida conjuntamente contra dos distintos agraviantes: 1) En contra del Juez de Primera Instancia en Funciones de Juicio, con Competencia en Materia de Violencia Contra la Mujer del Circuito Judicial Penal del Estado Nueva Esparta, con sede en La Asunción, ciudadano José Luis Hernández, al admitir una “prueba nueva” propuesta por la representación fiscal en la audiencia de juicio oral y público el 18 de noviembre de 2019, y por no dar la tramitación oportuna (hasta el momento de interponer la presente acción de amparo) de la apelación contra dicha decisión, interpuesta por la defensa el 25 de noviembre de 2019 y 2) En contra de la Fiscalía Primera del Ministerio Público del Estado Nueva Esparta, con Competencia en Materia para la Defensa de la Mujer, representada por las Fiscales Lorena Karina Lista Velásquez y Merarí Frinet Ramírez Arzolay.

Ahora bien, observa esta Sala que, ante la ausencia de disposiciones en la ley especial que rige la materia de amparo que regulen la acumulación, se aplican supletoriamente las disposiciones que al respecto consagra el Código de Procedimiento Civil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y en el artículo 19, primer aparte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Partiendo de que existen diversos agraviantes en el asunto *sub examine*, es menester citar el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece que la demanda contra varias personas a quienes por su domicilio o residencia deberían demandarse ante distintas autoridades judiciales, podrá proponerse ante la del domicilio o residencia de cualquiera de ellas, siempre que “*hubiere conexión por el objeto de la demanda o por el título o hecho de que dependa*”.

En este sentido, es posible acumular en una sola demanda varias pretensiones contra distintas personas, en razón de la conexión que existe entre ellas; ya sea por el objeto que se pretende o por la razón que motiva la pretensión. Sin embargo, el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil prohíbe la concentración de pretensiones en una misma demanda, en los casos en que las pretensiones se excluyan mutuamente o que sean contrarias entre sí; cuando, por razón de la materia, no correspondan al conocimiento del mismo tribunal y, en los casos en que los procedimientos sean incompatibles.

Al respecto, esta Sala ha desarrollado en diversas oportunidades, la figura de la inepta acumulación atendiendo al contenido del artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en el proceso de amparo constitucional de manera supletoria, tal y como se observa en la sentencia N° 3192, del 14 de noviembre de 2003, (caso: *Áurea Isabel y otros*), en la cual se estableció:

*“(...) se evidencia que el amparo constitucional de autos era inadmisibile de conformidad con el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, el cual se aplica supletoriamente por disposición del artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por la inepta acumulación, en una misma demanda, de pretensiones que debían ser planteadas ante tribunales de grados distintos, a saber, los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo respecto de la actuación administrativa (ex artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (ex artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) respecto de la judicial. Así se declara. (...)”.*

Así pues, toda acumulación de pretensiones realizada en contravención a lo dispuesto por la mencionada ley adjetiva es lo que la doctrina denomina **inepta acumulación** (ver sentencia n° 1.702, del 10 de noviembre de 2008). Al respecto, esta Sala Constitucional indicó en las sentencias identificadas con los números 2.307 del 1 de octubre de 2002 (caso: *Carlos Cirilo Silva*), 840 del 4 de mayo de 2007 (caso: *Ernesto Antonio Menéndez Cobis*), y 021, del 13 de febrero de 2015 (caso: *Miguel Ángel Mariño*), que en aquellos supuestos en que se invoque la tutela constitucional, no sólo contra distintos sujetos señalados como agraviantes en base a supuestos totalmente diferentes, sino también cuando se haga contra actuaciones que, aun cuando puedan guardar relación entre sí, no emanan del mismo órgano o ente, se verifica una inepta acumulación.

Asimismo, acerca de la inepta acumulación de pretensiones, esta Sala Constitucional ha ratificado, en sentencia n° 1023, del 29 de julio de 2013 (caso: *José Aristóbulo Gil Hidalgo*), su criterio en torno a la inepta acumulación en los siguientes términos:

*“...Visto ello así, esta Sala una vez más debe destacar que en casos como el presente, se debe interponer cada pretensión de forma independiente, según los sujetos agraviantes y ante el tribunal competente para conocer cada demanda, 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 quién se denuncie como agraviante, o bien por el acto u omisión que cause el perjuicio, siguiendo para ello lo dispuesto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y los criterios emanados de este Supremo Tribunal...”.*

Del criterio jurisprudencial transcrito y de la disposiciones normativas analizadas, se evidencia entonces que en las solicitudes de amparo constitucional en las cuales se denuncien a distintos agraviantes, en relación a supuestos totalmente diferentes, o contra actuaciones originadas por órganos o personas disímiles, aun cuando éstas pudieran guardar alguna relación entre sí, estaríamos ante circunstancias que tienen un tratamiento diverso, con características distintas, cuyo conocimiento además corresponde a órganos jurisdiccionales diferentes que constituyen una inepta acumulación, que corresponde a ámbitos competenciales distintos.

Por su parte, el artículo 133 numeral 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia prevé que “[s]e declarará la inadmisión de la demanda: 1. Cuando se acumulen demandas o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles”.

Conforme a la norma reproducida, la Sala advierte que el caso de autos se subsume en el supuesto de inadmisibilidad por inepta acumulación de pretensiones, debido a que la parte actora formuló en el mismo escrito pretensiones de amparo contra sujetos diferentes, cuyas

competencias corresponden a órganos jurisdiccionales disímiles, como lo sería la Corte de Apelaciones (frente a las infracciones que cometa un Tribunal de Primera Instancia en lo Penal) y los Tribunal de Primera Instancia en Funciones de Control o Juicio (respecto de las infracciones cometidas por el Ministerio Público y de acuerdo con el derecho constitucional violado o amenazado de violación). Por lo que en ninguno de los dos casos corresponde conocer a esta Sala, en primera instancia constitucional, de la acción de amparo intentada.

Al respecto, esta Sala en sentencia n° 1279 del 20 de mayo de 2003, (caso: *Luis Emilio Ruiz Celis*) señaló lo siguiente:

*“... En principio observa esta Sala, que cuando se está en presencia de alguna acción de amparo dirigida tanto contra las actuaciones de los representantes del Ministerio Público, como de las actuaciones del juez de la causa, donde se evidencie que la actuación u omisión generada por el tribunal y denunciada como violatoria de derechos constitucionales, guarde estrecha relación con la situación imputada a la representación fiscal que igualmente se denuncia como violatoria, originará que ambas sean revisadas por la misma acción de amparo constitucional, en cuyo caso el juez de amparo competente, será la alzada a la que corresponda el conocimiento de la acción incoada contra el juez de la causa.*

*Esto en razón, que el competente para conocer de la acción de amparo incoada contra la representación fiscal dependerá de la naturaleza del derecho constitucional violado o amenazado de violación, sin embargo, el juez competente para conocer del amparo incoado contra las presuntas violaciones del juez de la causa será su superior jerarca, que en este caso sería la Corte de Apelaciones competente, razón por la cual y dada la referida relación que existe entre las violaciones denunciadas, a fin de evitar decisiones contradictorias al ser tramitadas por distintos órganos jurisdiccionales y para salvaguardar los principios de economía procesal y seguridad jurídica, se establece la competencia del juez que conocerá de la acción de amparo (que a su vez abarcará ambas denuncias), en razón del fuero jurisdiccional atrayente a favor del órgano de mayor jerarquía, que en este caso será la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Vargas, argumentos bajo los cuales considera esta Sala que la decisión tomada por el juez **a quo**, mediante la cual declaró su incompetencia para conocer de la acción de amparo incoada contra la representación fiscal no estuvo ajustada a derecho, y así se decide...”*

Se advierte del artículo 25, cardinal 20, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el límite de la competencia de esta Sala en materia de amparo constitucional, por lo que se le atribuye la competencia para “conocer de las demandas de amparo constitucional autónomo contra las decisiones que dicten, en última instancia, los Juzgados Superiores de la República, salvo de las que se incoen contra las de los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo (...)”.

Ahora bien, la Sala al delimitar su competencia en materia de amparo constitucional, estableció a la luz de los postulados de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la sentencia N° 1 del 20 de enero de 2000, (caso: “*Emery Mata Millán*”), el régimen competencial para conocer de las acciones de amparo constitucional, y, en tal sentido, señaló que le correspondía a esta Sala Constitucional conocer de las acciones de amparo constitucional ejercidas contra decisiones u omisiones judiciales dictadas o incurridas por los Juzgados Superiores de la República, Cortes de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal y, respecto de las decisiones u omisiones dictadas o incumplidas por los Juzgados Superiores en lo Contencioso-Administrativo, en tanto su conocimiento no estuviese atribuido a otro tribunal, lo cual hizo en los siguientes términos:

*“...Igualmente corresponde a esta Sala Constitucional, por los motivos antes expuestos, la competencia para conocer de las acciones de amparo que se intenten contra las decisiones de última instancia de los Tribunales o Juzgados Superiores de la República (salvo los que*

*tienen competencia contencioso administrativa) la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal que infrinjan directa e inmediatamente normas constitucionales”.*

Esta Sala, adicionalmente, en su continua labor pedagógica hacia el foro jurídico venezolano, considera necesario reiterar lo que en diversas oportunidades se ha advertido sobre la inadmisibilidad de las acciones de amparo constitucional, en aquellos casos donde se presenta una acumulación inicial de pretensiones en un mismo libelo, de conformidad con todo lo expuesto *supra*, por lo que los abogados actuando a favor de sus representados no pueden pretender que un mismo órgano jurisdiccional resuelva sobre varias denuncias de presuntas violaciones o amenazas a derechos y garantías de orden constitucional que no pueden atribuirse a un solo agravante, pues la diversidad de accionados en amparo acarreará la incompetencia del órgano jurisdiccional para conocer respecto de alguno o varios de ellos (*Vid.* Sentencia N° 1.279 del 20 de mayo de 2003, caso: *Luis Emilio Ruiz Celis*), y N° 3.192 del 14 de noviembre de 2003, caso: *Áurea Isabel Suniaga*). Así se establece.

En el presente caso, se evidencian diversas pretensiones de distinta naturaleza, la primera que persigue la anulación de actuaciones, omisiones y una decisión atribuidas al Juez de Primera Instancia en Funciones de Juicio, con Competencia en Materia de Violencia Contra la Mujer del Circuito Judicial Penal del Estado Nueva Esparta, con sede en La Asunción, y la segunda que intenta atacar supuestas acciones y omisiones cometidas por la Fiscalía Primera del Ministerio Público del Estado Nueva Esparta, con Competencia en Materia para la Defensa de la Mujer, es decir, se ejerce la acción de amparo contra un órgano jurisdiccional y contra el Ministerio Público, estima esta Sala, que el accionante ha debido interponer su pretensión de amparo de forma independiente y por separado según los sujetos presuntamente agraviantes, ya que la competencia del tribunal constitucional en amparo, se determina no sólo según la materia afín a los derechos cuya supuesta violación se denuncia, sino también en atención a la persona, sentencia, acto u omisión señalados como causante del agravio, 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. Así se establece.

Por las razones ya expuestas, esta Sala debe concluir que el accionante incurrió en una inepta acumulación, al ejercer diversas pretensiones en un mismo libelo, dirigidas contra diferentes actuaciones emanadas de distintos agraviantes, las cuales además se sustancian por diferentes procedimientos ante diferentes órganos jurisdiccionales; y en consecuencia, la presente acción de amparo debe ser declarada inadmisibile por inepta acumulación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente al proceso de amparo según lo establecido en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

### C. *Legitimación Activa*

**TSJ-SC (150)**

**14-6-2022**

Magistrado Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos

Caso: Edwar Javier Acuña Uzcátegui

**La Sala Constitucional ratifica una vez más su criterio según el cual el apoderado judicial en la acción de amparo constitucional debe acreditar su representación mediante el original o copia certificada del poder.**



...Conoce la Sala de la acción de amparo constitucional ejercida el 14 de enero de 2020, por los abogados Alexander Marcano Montero y Humberto Prieto Padrón, quienes afirmaron actuar en su carácter de apoderados judiciales del ciudadano Edwar Javier Acuña Uzcátegui, contra el fallo N° 307-2019 dictado el 12 de diciembre de 2019, por la aludida Sala N° 1 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial del Estado Zulia, mediante el cual declaró la nulidad de oficio del fallo N° 440-2019, dictado el 16 de septiembre de 2019, por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal Fronterizo del estado Zulia “y los actos subsiguientes que produjo”, que admitió la demanda de estimación e intimación de honorarios profesionales interpuesta por el ciudadano Edwar Javier Acuña Uzcátegui, contra el ciudadano Santiago Giovany Allio Torres, con motivo de la defensa penal que ejerció en el juicio seguido a éste último, por la presunta comisión del delito de autor intelectual o determinador del delito de sicariato.

Ahora bien, una vez revisadas las actas procesales del presente expediente se observa que el poder presentado por los abogados Alexander Marcano Montero y Humberto Prieto Padrón, mediante el cual pretenden atribuirse la representación del ciudadano Edwar Acuña Uzcátegui, fue consignado en copia simple (Ver folios 41 y 42 del presente expediente).

Dentro de este contexto, la jurisprudencia reiterada de esta Sala (Vid. sentencias Nros. 1364/2005, 2603/2005, 800/2007, 804/2008, 816/2009, 1458/2009, 111/2011, 841/2013, 1334/2013, 1048/2014) ha establecido que la demanda de amparo debe estar acompañada del original o de la copia certificada que acredita la representación del abogado demandante.

En tal sentido, el artículo 13 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece que “*La acción de amparo constitucional puede ser interpuesta ante el Juez competente por cualquier persona natural o jurídica, por representación o directamente, quedando a salvo las atribuciones del Ministerio Público, y de los Procuradores de Menores, Agrarios y del Trabajo, si fuere el caso (...)*” (Negrillas añadidas).

Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Abogados, prevé que “[t]oda persona puede utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses. Sin embargo, quien sin ser abogado deba estar en juicio como actor, como demandado o cuando se trate de quien ejerza la representación por disposición de la Ley o en virtud de contrato, deberá nombrar abogado, para que lo represente o asista en todo el proceso”.

En cuanto a las normas transcritas, la Sala ha interpretado que para la interposición del amparo, el cual debe ser presentado directamente por quien se aduce agraviado, bien sea asistido de abogado o a través de un mandato conferido a este; en este último caso, deberá consignarse el original o copia certificada del mismo.

Por ende, ante la interposición de una acción de amparo constitucional por los apoderados judiciales del accionante, deben demostrar el carácter con el cual actúan mediante la identificación del instrumento poder que le fue otorgado por la parte y su consignación en autos en original o en copia certificada, con el fin de probar dicha representación -ello también aplica a la representación del demandado o del tercero interesado cuando interviene en el procedimiento de amparo-; y la falta de consignación del documento demostrativo de la representación judicial, que es una carga exclusiva de la parte que no puede ser suplida por el juez constitucional, trae como consecuencia la inadmisibilidad de la acción.

Conforme a lo anterior, la Sala ratifica que la falta de formalidades en el nombramiento del abogado en el ámbito penal a los fines de interponer una acción de amparo constitucional, no puede constituir una ausencia total de certeza respecto a la persona y la forma en que se otorga el nombramiento o designación.



En tal sentido, el numeral 3 del artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicable supletoriamente por disposición del artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, dispone lo siguiente:

*“Artículo 133. Se declarará la inadmisión de la demanda:*

*...omissis...*

*3. Cuando sea manifiesta la falta de legitimidad o representación que se atribuya el demandante o de quien actúe en su nombre, respectivamente”.*

Ello así, siendo que en el presente caso no se denunció la violación del derecho a la libertad personal ni se evidencia la afectación del orden público, la Sala estima que la acción de amparo debe ser declarada inadmisibles por falta de representación de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se decide.

D. *Procedimiento. Interposición de la Acción*

**TSJ-SC (125)**

**3-6-2022**

Magistrada Ponente: Tania D’amelio Cardiet

Caso: José Miguel Villalobos

**El amparo constitucional puede interponerse por vía electrónica y ratificarse.**

(...) Es por ello que atendiendo al criterio *supra* transcrito, se observa que la presente acción de amparo constitucional fue interpuesta a través del buzón de correo electrónico perteneciente a la Secretaria de la Sala, el 18 de septiembre de 2021 y visto que aún cuando se ordenó la comparecencia del accionante a los fines de la ratificación de la acción, no consta en el expediente que haya sido cumplida tal diligencia por la parte actora por sí misma o a través de su apoderada o apoderado judicial, conforme a lo establecido en el artículo 16 *ejusdem*, en consecuencia, habiendo transcurrido sobradamente el lapso de tres (3) días más ocho (8) días con ocasión al término de la distancia previsto para ello, esta Sala debe declarar **inadmisible la presente solicitud. Así se declara.**

E. *Acción de amparo contra sentencias*

**TSJ-SC (85)**

**23-5-2022**

Magistrada Ponente: Calixto Ortega Ríos

Caso: Wetzel Alexander Magdaleno Sánchez

.....En el presente caso se interpone acción de amparo constitucional contra la decisión dictada la decisión de fecha 15 de noviembre de 2021, dictada por la Sala Sexta de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual declaró inadmisibles, el recurso de Apelación interpuesto contra la decisión dictada al término de la celebración de la audiencia preliminar, llevada a cabo por el Juzgado Décimo Sexto (16) de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, en la causa penal seguida al ciudadano Wetzel Alexander Magdaleno Sánchez, por la presunta comisión de los delitos de Homicidio Intencional a Título de Dolo eventual, Falsa Atestación ante Funcionario Público, Simulación de Hecho Punible y Omisión de deber de socorro, previstos y sancionados en los artículos 405, 320 (primer aparte), 239 y 438 todos del Código Penal.

Observa esta Sala que la pretensión constitucional se dirige a atacar una decisión dictada por un órgano jurisdiccional, por lo cual la misma está enmarcada en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, debiendo entonces analizarse si el presente caso contiene el presupuesto procesal necesario para la procedencia de este tipo de acciones y en tal sentido la referida norma dispone:

*“Artículo 4: Igualmente 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.”*

Ahora bien, conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala, la procedencia de la acción de amparo contra decisiones, actuaciones u omisiones judiciales está supeditada al cumplimiento de dos requisitos concurrentes, a saber; que el Tribunal supuestamente agravante haya actuado fuera de su competencia y que esta actuación u omisión lesione o amenace vulnerar una situación jurídica subjetiva o un derecho constitucional.

En este sentido, esta Sala ha definido el alcance del concepto de incompetencia en estos casos, el cual no debe entenderse en un sentido procesal estricto (por la materia, valor o territorio), sino más bien en el aspecto constitucional, ya que *“obrar fuera de su competencia”* como requisito fundamental para la protección constitucional del derecho que se pretende vulnerado, significa usurpar funciones por parte del juzgador que, por la ley, no le han sido conferidas. (*Vid.* Sentencia de la Sala N° 5.053 del 15 de diciembre de 2005).

a. *Admisibilidad: Procedencia in limine en asuntos de mero derecho*

**TSJ-SC (61)**

**8-3-2922**

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Valerio Bolívar Urbani, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Cuarto (4°) del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional.

DE LA PROCEDENCIA *IN LIMINE LITIS*

Admitido como ha sido el presente amparo constitucional presentado por la apoderada judicial del ciudadano Enrique Valerio Bolívar Urbani, visto el caso bajo análisis, esta sala estima oportuno hacer referencia a lo señalado en sentencia número 993, del 17 de julio de 2013, ratificada por innumerables fallos, donde se estableció lo siguiente:

*“...la celebración de la audiencia oral en el procedimiento de amparo se hizo rutinaria para hacer prevalecer el derecho de la defensa y oír a las partes y a los terceros interesados.*

Por lo tanto, la exigencia de la celebración de la audiencia oral, a juicio de la Sala en realidad se justifica en aquellos procedimientos de amparo constitucional en los cuales debe oírse ineludiblemente a las partes intervinientes, lo que coincide además con lo señalado en el artículo 49.3 constitucional que establece: “[t]oda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso”. Sin embargo, en los casos en los cuales se interponga una demanda de amparo contra una decisión judicial, la Sala estableció que la falta de comparecencia a la audiencia oral del Juez o de los Jueces que dictaron la sentencia considerada como lesiva no significa la aceptación de los hechos, toda vez que el pronunciamiento judicial adversado se basta por sí solo para contradecir los alegatos plasmados en la solicitud de amparo, por lo que el derecho a la defensa de dichos funcionarios judiciales, en este supuesto, no se encuentra cercenado.

Reinterpretando estos conceptos de cara a la Constitución Nacional de 1961 y a la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debemos señalar que a diferencia de la derogada Constitución nacional (1961), que concebía al amparo como una acción procesal conforme al artículo 49 que establecía: “[l]os 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”; la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela además de considerar el amparo en su aspecto procesal como una acción, lo considera también como un derecho al señalar en el artículo 27, lo siguiente:

*Todos tienen derecho a ser amparados por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún en 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 puesta bajo 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.*

De modo que, es la inmediatez y el restablecimiento de la situación jurídica infringida lo que debe prevalecer en la ponderación con otros derechos constitucionales de igual rango como lo sería el derecho a la defensa.

Así pues, tanto la acción de amparo como el derecho de amparo llevan implícita la celeridad y el restablecimiento inmediato de la situación jurídica lesionada constitucionalmente, razón por la cual el artículo 27 constitucional, conforme con el artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, refieren que la autoridad judicial competente tendrá la potestad para restablecer **inmediatamente** la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella; de allí que pueda o no hacerse exigible el contradictorio en el procedimiento de amparo, dependiendo ello del hecho de que el juez constitucional estime el procedimiento más conveniente para el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida que es lo medular en la vía de amparo; si ello no fuese así, el amparo carecería de eficacia. Por lo tanto, cuando el mandamiento de amparo se fundamente en un medio de prueba **fehaciente** constitutivo de **presunción grave** de la violación constitucional, debe repararse **inmediatamente, en forma definitiva, y sin dilaciones** la situación infringida, sin que se haga necesario abrir el contradictorio, el cual, sólo en caso de duda o de hechos controvertidos, justificará la realización de una audiencia oral contradictoria. Si ello no fuera así se desvirtuaría la inmediatez y eficacia del amparo.

En efecto existen situaciones de mero derecho o de tan obvia violación constitucional que pueden ser resueltas con inmediatez y sin necesidad del previo debate contradictorio porque se hace obvia igualmente la situación jurídica infringida; ¿Por qué demorar entonces la restitución de los derechos constitucionales infringidos?

La sala considera que el procedimiento de amparo constitucional, en aras de la celeridad, inmediatez, urgencia y gravedad del derecho constitucional infringido debe ser distinto, cuando se discute un punto netamente jurídico que no necesita ser complementado por algún medio probatorio ni requiere de un alegato nuevo para decidir la controversia constitucional. En estos casos, a juicio de la Sala no es necesario celebrar la audiencia oral, toda vez que lo alegado con la solicitud del amparo y lo aportado con la consignación del documento fundamental en el momento en que se incoa la demanda, es suficiente para resolver el amparo en forma **inmediata y definitiva**.

...

De modo que, condicionar la resolución del fondo del amparo a la celebración de la audiencia oral sería inútil en aquellos casos en los cuales se intenta el amparo contra una decisión judicial por un asunto de mero derecho o de obvia violación constitucional, toda vez que ello ocasionaría la violación del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 *ejusdem*, que se concreta en materia de amparo constitucional en el artículo 27 *ibidem*, debido a que el Estado no garantizaría, en estos casos, una justicia “*expedita*”.

Por lo tanto, a pesar de que en anterior oportunidad la Sala, con base en la necesidad de celebrar la audiencia oral contradictoria, negó una solicitud de declaratoria de mero derecho en un procedimiento de amparo (vid. Sentencia N° 988 del 15 de octubre de 2010, caso: *Clarence Daniel Rusian Pérez*), se impone en el presente caso un complemento de la sentencia N° 7/2000 y se establece, con carácter vinculante, que en las demandas de amparos en las cuales se ventile la resolución de un punto de mero derecho, el juez constitucional podrá en la oportunidad de la admisión de la solicitud de amparo, decretar el caso como de mero derecho y pasar a dictar sin necesidad de convocar y celebrar la audiencia oral, la decisión de fondo que permitir establecer inmediatamente y en forma definitiva la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Así se establece”.

Ello así, y con fundamento a la transcrita jurisprudencia, en el caso *sub lite* el quejoso alegó con motivo esencial de la interposición del amparo, que en el juicio de restitución internacional, el Tribunal Superior Cuarto (4°) del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, erróneamente aplicó el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles y Sustracción Internacional de Menores, vulnerándose -a su criterio- el debido proceso e interés superior del niño a los hijos del accionante en amparo, por cuanto el Juez Superior señalado, revocó la decisión emitida por el Tribunal de Primera Instancia que había declarado con lugar la restitución internacional de los adolescentes, tomando en cuenta las denuncias alegadas por la demandada y la opinión de éstos, para inferir la aplicación de la excepción prevista en el referido convenio para no acordar el traslado de los adolescentes a su residencia habitual, suspendiendo además, el régimen de convivencia familiar establecido a favor del progenitor, bajo la condición de ser fijado con la consignación de informe psicológico, en la cual un especialista de la materia considere que el progenitor esté en facultades mentales para tener contacto con sus hijos.

De ahí que, la Sala precisa que el presente caso versa exclusivamente sobre un punto de mero derecho, toda vez que se debe analizar, si el recurso de apelación ejercido por la demandada se adaptó a lo establecido en el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles y Sustracción Internacional de Menores, en relación a las normas y resoluciones nacionales aplicables para los casos de restitución internacional, verificándose de las actas que conforman el expediente, la existencia de los elementos demostrativos que permiten extraer elementos suficientes para que esta máxima instancia constitucional, sin lugar a duda decida el amparo en esta misma oportunidad. Así se declara.

b. *Admisibilidad*

**TSJ-SC (61)**

**8-3-2922**

Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: Valerio Bolívar Urbani, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Cuarto (4°) del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional.

DE LA ADMISIBILIDAD  
EXCEPCIÓN DE INADMISIBILIDAD

Determinada la competencia de esta Sala Constitucional para conocer del presente asunto, se observa que la solicitud de amparo interpuesta por la apoderada judicial del ciudadano Enrique Valerio Bolívar Urbani, en resguardo de sus dos hijos, contra la decisión dictada el 26 de mayo de 2021, por el Tribunal Superior Cuarto (4°) del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, cumple con los requisitos de forma que exige el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Ahora bien, como punto previo esta Sala Constitucional observa de las actas que conforman el expediente en la oportunidad de admitir, que el apoderado judicial Víctor Lisandro Silva, al ratificar la acción de amparo constitucional, presentó copias simples del poder de representación; así como de la decisión señalada como lesiva, aunque del escrito presentado, aludió una serie de situaciones que se presentaron en el Tribunal de Alzada, con respecto al envío del expediente a la Sala de Casación Social de este Tribunal Supremo de Justicia, producto del recurso de control de legalidad interpuesto, por lo que refiere ser un obstáculo para la obtención de copias certificadas de ambos instrumentos, el cual hasta el momento de suscribir el presente fallo, tampoco han sido consignados.

No obstante lo anterior, y estando consciente esta Sala Constitucional de las consecuencias que acarrea la omisión de presentar en copia certificada el documento fundamental de la demanda de amparo, no puede ignorar el hecho de que entre los accionantes, se encuentran dos adolescentes, representados por el ciudadano Enrique Valerio Bolívar Urbani, quién actúa por ellos, motivo por el cual esta Sala reflexiona sobre el deber de atender una consideración especial, tal cual la constituye el interés superior del niño, consagrado en el artículo 3 de la ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, texto normativo que impone a los Tribunales de la República el deber de actuar con precaución al momento de tomar cualquier decisión que pueda afectar derechos e intereses de los niños. Así como lo señala la exposición de motivos de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

De ahí que, aprecia esta Sala la existencia de una sentencia dictada por un Tribunal de Primera Instancia competente para la materia, que decidió sobre el retorno de los mismos a su residencia habitual y por otro lado, la sentencia de un Tribunal Superior competente donde contraría lo decidido, en cuyo caso, las decisiones están referidas sobre la permanencia o no en el país de dos adolescentes, cuya solución legal está sometida a la aplicación al Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles y Sustracción Internacional de Menores, por lo que esta Sala Constitucional en virtud de la naturaleza de la materia, estima necesario admitirla y darle trámite Constitucional a la presente acción de amparo, a los fines de verificar la existencia o no de algún tipo de injuria constitucional. Así se decide.

En efecto, ante este escenario es necesario señalar la posibilidad jurisprudencial que se ha dado en esta Sala para obviar alguna causal de inadmisibilidad, como se estableció en el fallo N° 1207 del 6 de julio de 2001, decisión desde la cual se ha sostenido lo siguiente:

*“(…) el concepto de orden público a los efectos de la excepción al cumplimiento de ciertas normas relacionadas con los procesos de amparo constitucional se refiere a la amplitud en que en el hecho supuestamente violatorio del derecho o norma constitucional, afecta a una parte de la colectividad o al interés general, más allá de los intereses particulares de los accionantes. Por ello en casos donde un presunto agraviado alega que en un hecho, actuación, omisión o amenaza ocasionó una supuesta violación constitucional a su persona, sólo se consideraría de orden público, a manera de la excepción de las normas procedimentales de*

*los juicios de amparo, cuando el tribunal compruebe que, en forma evidente, y a consecuencia del hecho denunciado por los accionantes, se podría estar infringiendo, igualmente, derechos o garantías que afecten por una parte de la colectividad diferente a los accionantes o al interés general, o que **aceptando el precedente resultaría una incitación al caos social, si es que otros jueces lo siguen.***" (Destacados de este fallo).

De modo que, ante el trámite del presente amparo es necesario aclarar que, la aplicación de la presente excepción de inadmisibilidad recaerá única y exclusivamente sobre el presente fallo, y así se hace saber.

#### CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Para decidir, esta Sala observa:

Que la presente acción de amparo constitucional fue incoada ante esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por la apoderada judicial del ciudadano Enrique Valerio Bolívar Urbani, contra la sentencia dictada el 26 de mayo de 2021, por el Tribunal Superior Cuarto (4º) del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, que declaró con lugar el recurso de apelación ejercido por la ciudadana Roymari Urbina Pacheco, debidamente asistida por la abg. Jaizquibell Quintero, en contra de la decisión dictada el 6 de abril de 2021, por el Tribunal Primero (1º) de Primera Instancia de Juicio de esa Circunscripción Judicial, que declaró con lugar la demanda de restitución internacional en beneficio de sus hijos (cuya identificación se omite de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), realizado por el demandante ciudadano Enrique Valerio Bolívar Urbani, revocando esta última.

En relación a la problemática expuesta y bajo el análisis efectuado a las actas del expediente, esta Sala Constitucional, a los fines de evitar repeticiones innecesarias, centra las denuncias efectuadas por el accionante en amparo conforme a lo siguiente:

Que el Juez Superior, aplicó erróneamente la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores del veinticinco (25) de Octubre de 1980, al revocar la decisión dictada en primera instancia, basándose en las declaraciones efectuadas por la demandada al indicar que el traslado y retención de los adolescentes obedecía a evitar "una tragedia familiar", por ser víctima de violencia psicológica y sexual por parte del ciudadano Enrique Bolívar; así como de la opinión de los adolescentes, por cuanto podía "extraer elementos suficientes que producían al juzgador la motivación suficiente para entender que pudiera estar en grave riesgo de violación el principio del Interés Superior del Niño, si se acordaba la restitución internacional...". Ello, sin tomar en cuenta la inexistencia de elementos probatorios consignados en el expediente, que pudieran verificar tal situación.

Ante este escenario, resulta imperante para esta Sala Constitucional indicar, que el Juez de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución, competente para conocer de forma primigenia la demanda incoada, es el órgano judicial con competencia funcional para depurar el proceso y evitar sobreabundancia probatoria, encargado de verificar la idoneidad cualitativa y/o cuantitativa de aquellos medios probatorios que se desean incorporar, con el fin de asegurar la eficacia respecto del objeto de la controversia.

Sin embargo; tal actividad en los casos de restitución internacional, debe desplegarse en aplicación al Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, pero tomando en consideración, las reglas adjetivas estipuladas de manera especial para la tramitación de los casos de restitución internacional, desarrolladas por la Sala Plena de este digno Tribunal en la Resolución Nº 2017-0019, de fecha 4 de octubre de 2017.



De modo que, al observarse de la sentencia denunciada como lesiva, en el capítulo de la contestación de la demanda, que: “*El Tribunal Noveno (9°) de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de este Circuito Judicial, declaró que el escrito de contestación y promoción de pruebas presentado por la demandada, asistida por la abogada JAIZ-QUIBELL QUINTERO... no cumple con lo establecido en la referida resolución, al sobrepasar los tres (3) folios y sus vuelto (sic). Así mismo, dicho tribunal declaró EXTEMPORÁNEO por tardío, (sic) los mismos y desechó los instrumentos consignados*”, se denota que el órgano jurisdiccional estaba cumpliendo sus funciones como sustanciador del proceso en cumplimiento a la resolución antes mencionada.

De ahí que, se deduce de los elementos aportados por la demandada que en nada contribuiría a esclarecer el hecho controvertido o en su defecto justificar su permanencia en el país, en base a la excepción prevista en el artículo 13 de la Convención, hecho que fue ratificado por el Juez de Juicio, cuando en su decisión señaló: “*(...) quien suscribe de acuerdo a las atribuciones conferidas en el artículo 450 literal "j" de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, relativo al principio de la Primacía de la Realidad, está obligado a la búsqueda de la verdad e inquirirla por todos los medios a su alcance. Dicho esto, observa este jurisdicente que, durante el debate oral y público dado en la Audiencia de Juicio de la presente causa, la parte demandada esgrimio que los motivos que generaron el traslado tanto de la demandada como de sus hijos los adolescentes de marras a la República Bolivariana de Venezuela son con ocasión a los presuntos maltratos por parte del demandante en la persona de su esposa e hijos. Ahora bien, en uso de las atribuciones conferidas a este jurisdicente por la norma antes señalada, una vez revisado el expediente y sus anexos, no logró constatar denuncia alguna por estos hechos ante las Autoridades Francesas correspondientes, encontrándose con un cúmulo de documentos en los anexos I y H del expediente en idioma francés sin la debida traducción al español, razón por la cual no aportan elementos de convicción que corroboren tales afirmaciones.*” (Negrillas de la cita).

De lo anteriormente descrito, observa esta Sala Constitucional que, el Juez de Juicio en su oportunidad procesal para analizar los elementos probatorios que se encontraban en el expediente, pero que fueron desechados por el sustanciador, señaló la existencia de un cúmulo de pruebas en idioma Francés, aún y cuando por razones de conocimiento privado dominara dicho idioma, tales instrumentos serían inadmisibles por no estar traducidos al idioma Español, por lo que mal pudo el Juez Superior, tomar en cuenta las afirmaciones de unos hechos de violencia para someter el cambio de una decisión sin ser demostrados, subrogándose el *ad quem* a una actividad de primera instancia y apartándose de la aplicación del convenio, lo que obliga a esta Sala Constitucional reiterar a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que conozcan de restituciones internacionales, el deber de valorar las pruebas documentales relacionadas con la materia de violencia de género, para determinar si el niño, niña o adolescente a restituir, podría verse expuesto a “situaciones intolerables” que active lo establecido en el artículo 13 y 20 del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, máxime cuando se evidencia claramente, que fueron señalados presuntos procedimientos que se tramitan ante el Ministerio Público venezolano, sin indicar algún asunto penal o se constatará denuncia alguna ante los Tribunales especiales de la República, que se haya producido acto conclusivo, que pudiera permitir verificar las situaciones de hechos denunciadas, aún y cuando por lo alegado entre los litigantes, las mismas debieron ser interpuestas en Francia, por cuanto era la residencia común familiar y habitual para los adolescentes. (Vid. Sentencia N° 877 del 17 de julio de 2014).



En ese orden de ideas, con respecto a lo señalado por el Juez Superior, de “ponderar el *“daño psíquico” al que pudieran estar sometidos los adolescentes (...), si se ordenase la restitución*”, solo con la apreciación de las opiniones ofrecidas por los adolescentes en segunda instancia, al momento de ejercer su derecho a opinar y a ser oídos, esta Sala insiste que las opiniones de los niños, niñas y adolescentes, permiten al juez o jueza orientar la decisión, más no es vinculante para la toma de la misma (Vid. Sentencia 0741 del 9 de diciembre de 2021), acto en el cual se evidencia una incorrecta interpretación del Interés Superior del Niño en el presente caso, ya que dicho principio en materia de restitución internacional, está tutelado por la correcta aplicación del convenio, con la determinación de la residencia habitual de los adolescentes, tal y como fue asentado en su decisión por el juez de juicio.

Por otro lado, y con ocasión a que: *“la sentencia accionada en amparo también infringe el artículo 17 de la Resolución de Sala Plena, pues en el caso sub iudice, la sentencia dictada por el Tribunal Superior, suspendió el Régimen de Convivencia Familiar Internacional hasta tanto el demandante consigne informe psicológico en el cual un profesional de la materia, exprese que el ciudadano Enrique Valerio Bolívar Urbani, se encuentra en plenas facultades psíquicas para sostener comunicación directa con sus hijos”*.

Esta Sala Constitucional, destaca que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Convención sobre los Derechos del Niño, garantizan -desiderátum del Estado-, que los niños sean criados y educados por sus padres y éstos mantengan siempre un contacto estrecho con sus hijos, para un desarrollo equilibrado de su personalidad, no obstante a las condiciones particulares de cada caso, es por ello, que el contacto transfronterizo se garantiza no solo por medio del Convenio de la Haya sobre aspectos Civiles en materia de Sustracción Internacional de Menores y la Ley especial en materia de Niñez y Adolescencia, también ha sido desarrollado por una Resolución adaptada por Sala Plena de este Máximo Tribunal para la aplicación de dicho convenio, el cual tiene carácter obligante para los jueces y juezas de la materia, estableciendo como regla principal el deber del Juez de contemplar el régimen de convivencia familiar internacional, lo que impone a los operadores de justicia a preservar y asegurar que tales relaciones se mantengan de manera satisfactoria, salvo circunstancias muy especiales y excepcionales que justifiquen razonadamente su suspensión, que en el supuesto de la limitación de la convivencia familiar, vendría a ser una excepcionalidad a la norma, ya que en todo caso, dicha excepción debe observarse lo establecido en el artículo 389 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando señala: “(...) En todo caso, la suspensión de este derecho al padre o la madre que no ejerza la Custodia, deberá declararse judicialmente, determinándose claramente en la sentencia, **el tiempo y las causas** por las cuales se limita el régimen de convivencia familiar”; tales circunstancias no fueron apreciadas, valoradas ni incorporadas por el juzgador de mérito, ya que solo tomó en cuenta una serie de situaciones no demostradas en juicio.

En otro contexto, y en cuanto a lo señalado por el apoderado judicial del accionante respecto al recurso de control de la legalidad ejercido ante la Sala de Casación Social, mediante el cual señaló: “Que la interposición del amparo obedeció a que estaba por vencerse el lapso de caducidad, previsto en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sin haber obtenido respuesta del recurso en referencia, lo que podría incidir en una confusión de los justiciables en cuanto al medio de impugnación idóneo que debe ejercerse en contra de las sentencias dictadas por los Juzgados Superiores de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en los procedimientos de restituciones internacionales de menores que deviene de la pluralidad de normas compiladas en distintos cuerpos normativos y criterios jurisprudenciales, valga señalar, artículo 16 de la Resolución N° 2017-0019, de fecha 4 de octubre de 2017, dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia; artículos 489 y 490 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adoles-

centes y como recientemente se indicó artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, aplicables para el cumplimiento del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles en materia de Sustracción Internacional de Menores”.

Sobre este aspecto, la Sala Constitucional debe reiterar el criterio que, la institución familiar, así como el interés superior del niño y los derechos de los niños, niñas y adolescentes está íntimamente ligado al orden público, por lo que no opera la caducidad de la acción de amparo (Vid. Sentencias 1577 del 23/8/2001; 1644 del 3/9/2001). Sin embargo; resulta necesario aclarar que, con la vigencia de la Resolución N° 2017-0019, de fecha 4 de octubre de 2017, dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, mediante el cual estableció el procedimiento aplicar en materia de restitución internacional, la misma fue integrada al orden jurídico interno de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional; considerando además que el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derechos, los cuales están protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán las normas pragmáticas en la Constitución, entre las que destacan, la Convención sobre los derechos del niño y demás tratados internacionales, que en esta materia haya suscrito y ratificado la República, tomando en cuenta que en materia de restitución internacional se aplica preferentemente la Convención de la Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores del veinticinco (25) de octubre de 1980; en razón de ello, estas causas que por su naturaleza deben ser tramitadas, decididas y ejecutadas de forma expedita, por lo que esta Sala juzga, que el medio idóneo para recurrir de la decisión de segunda instancia, tal y como lo contempla dicha Resolución, es el recurso de amparo y no el control de legalidad, dado el carácter breve, urgente y la naturaleza del mismo.

Por último, esta Sala Constitucional considera, que en el presente caso, se encuentran configurados los extremos de procedencia establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales y, en consecuencia, en aras de la simplificación de trámites que integra el concepto de tutela judicial efectiva, los principios de celeridad y economía procesal, la prevalencia del valor justicia constitucional, la garantía de la restitución inmediata de los niños, niñas y adolescentes trasladados o retenidos de manera ilícita, toda vez que le asiste la razón al accionante, pues el Juez Superior se apartó del cumplimiento de las normas establecidas en el Convenio de la Haya Sobre los aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores subvirtiendo principios de orden constitucional; motivo por el cual esta Sala hace un llamado de atención al Juez del Tribunal Superior Cuarto (4°) del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional **JOSÉ ÁNGEL FAJARDO DÍAZ**, para que en lo sucesivo de conocer un recurso de apelación en materia de restitución internacional, deberá aplicar lo dispuesto en la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles en materia de Sustracción Internacional de Menores y la Resolución N° 2017-0019, de fecha 14 de octubre de 2019, dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, aplicable para dichos casos. Advirtiéndole que la reincidencia acarrea las sanciones disciplinarias a que dieren lugar.

Por las consideraciones antes expuestas, esta Sala Constitucional declara **CON LUGAR**, la presente acción de amparo propuesta, y en aras de restablecer la lesión jurídica infringida que dieron lugar a la motivación del amparo interpuesta por el ciudadano Enrique Valerio Bolívar Urbani, en beneficio de sus hijos; **ANULA** la sentencia dictada el 26 de mayo de 2021, por el Tribunal Superior Cuarto (4°) del Circuito Judicial de Protección de Niños,

Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional. **ORDENA** la restitución inmediata de los adolescentes de autos, a su residencia habitual en Francia. **ORDENA** remitir copia certificada a la Oficina de Relaciones Consulares adscrita al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, a los efectos de cumplir con lo ordenado en la presente decisión. **ORDENA** remitir copia certificada al Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería, (S.A.I.M.E.), a los efectos de dar cumplimiento con lo ordenado en el presente fallo. Así se declara.

En consecuencia, resulta inoficioso pronunciarse sobre la medida innominada invocada. Así se decide.

### VIII DECISIÓN

Por las razones que anteceden, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, declara:

**PRIMERO: COMPETENTE** para conocer la acción de amparo constitucional con medida cautelar innominada interpuesta por la apoderada judicial abogada Dhamarys Galeno Marino, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 82.615 del ciudadano Enrique Valerio Bolívar Urbani, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Cuarto (4°) del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional.

**SEGUNDO: ADMITE**, la acción de amparo constitucional con medida cautelar innominada interpuesta por la apoderada judicial abogada Dhamarys Galeno Marino, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 82.615 del ciudadano Enrique Valerio Bolívar Urbani, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Cuarto (4°) del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional.

**TERCERO: DE MERO DERECHO** la resolución del presente amparo.

**CUARTO: PROCEDENTE IN LIMINE LITIS** la acción de amparo constitucional con medida cautelar innominada interpuesta por la apoderada judicial abogada Dhamarys Galeno Marino, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 82.615 del ciudadano Enrique Valerio Bolívar Urbani, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Cuarto (4°) del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional.

**QUINTO: CON LUGAR** la acción de amparo constitucional con medida cautelar innominada interpuesta por la apoderada judicial abogada Dhamarys Galeno Marino, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 82.615 del ciudadano Enrique Valerio Bolívar Urbani, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Cuarto (4°) del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional.

**SEXTO: ANULA** la decisión dictada el 26 de mayo de 2021, por el Tribunal Superior Cuarto (4°) del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional.

**SÉPTIMO: ORDENA** la restitución inmediata de los adolescentes de autos, a su residencia habitual en Francia.

**OCTAVO: ORDENA** remitir copia certificada de la presente decisión al Tribunal Superior Cuarto (4°) del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del área Metropolitana de Caracas, a cargo del abogado José Ángel Fajardo Díaz.

**NOVENO: ORDENA** remitir copia certificada a la Oficina de Relaciones Consulares adscrita al Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, a los efectos de cumplir con lo ordenado en la presente decisión.

**DÉCIMO: ORDENA** remitir copia certificada al Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería, (S.A.I.M.E.), a los efectos de dar cumplimiento con lo ordenado en el presente fallo.

## V. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

### 1. *Derechos: Jubilación*

TSJ-SC (89)

2-6-2022

Magistrada Ponente: Gradys María Gutiérrez Alvarado

Caso: Soranellys Carvajal García

**La Sala advierte y se exhorta a los órganos de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal, que el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos, por lo que, constituye un deber de la Administración previo al dictamen de uno de los precitados actos verificar aún de oficio si el funcionario público puede ser acreedor del derecho a la jubilación y, por ende ser tramitado éste -derecho a la jubilación-.**

...No obstante lo anterior, ciertamente aprecia esta Sala del escrito de revisión interpuesto, que la solicitante alegó haber prestado servicios a la Administración Pública por casi veinticinco (25) años, en atención a lo expuesto, se observa que el derecho a la jubilación es un beneficio o pensión que se le otorga a los funcionarios públicos, previa la constatación de los requisitos establecidos en la ley, como lo son la edad y un determinado tiempo de servicio dentro de la Administración Pública.

Así pues, se observa que este derecho se encuentra consagrado incluso dentro del Texto Constitucional en el artículo 147 *eiusdem*, cuando establece que es la ley nacional la que se encargará de establecer el régimen de pensiones y jubilaciones de los funcionarios públicos nacionales, estadales y municipales.

En consecuencia, se observa que el prenombrado derecho se erige como un deber del Estado de garantizar el disfrute de ese beneficio ya que el mismo tiene como objeto otorgar un subsidio perenne e intransferible al funcionario, que previa la constatación de ciertos requisitos, se ha hecho acreedor de un derecho para el sustento de su vejez, por la prestación del servicio de una función pública por un número considerable de años.

Visto el contenido y la intención del legislador en dicha norma, es que esta Sala ha entendido que el derecho a la jubilación debe privar aun sobre los actos administrativos de remoción, retiro o destitución, aun cuando estos sean en ejercicio de potestades disciplinarias, ya que debe la Administración proceder a verificar si el funcionario ha invocado su derecho a la jubilación o éste puede ser acreedor de aquel, razón por la cual, priva dicho derecho aún sobre los actos de retiro de la Administración Pública.

En idéntico sentido, se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 184 del 8 de febrero de 2002 (caso: “*Olga Fortoul de Grau*”), en la cual señaló:

*“Por lo tanto, la Sala declara sin lugar el amparo por estos motivos. Ahora bien, también observa la Sala que el accionante ha invocado la violación de su derecho social a la jubilación aduciendo reunir los requisitos para ello, y haber hecho la solicitud a ese fin.*

*Tratándose de un derecho social que no le debe ser vulnerado a la accionante, la Sala ordena se tramite dicha solicitud”.*

Asimismo, observa esta Sala que el Estado Venezolano se erige como un Estado Social de Derecho y Justicia (*ex* artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), el cual se encuentra dirigido a reforzar la protección jurídico constitucional de personas o grupos que se encuentren ante otras fuerzas sociales o económicas en una posición jurídico-económica o social de debilidad, y va a aminorar la protección de los fuertes, en consecuencia, es por lo que éste -Estado- se encuentra obligado a proteger a los débiles, a tutelar sus intereses amparados por la Constitución, sobre todo a través de los Tribunales; y frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos. (*Vid.* Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 24 de enero de 2002, caso: “*ASODEVIPRILARA*”) y (*vid.* Sentencia de la Sala Constitucional n° 1518 del 20 de julio de 2007, caso: “*Pedro Marcano Urriola*”). [Véase: *Revista de Derecho Público* No 111, Julio-Septiembre 2007, pp. 227 y ss]

En atención a la referida consagración, es que considera esta Sala que debe realizar una interpretación ajustada y conforme a los principios e intereses constitucionales que debe resguardar el Estado Venezolano y por ende los órganos de administración de justicia, razón por la cual, se **advierte y se exhorta** a los órganos de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, que el derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos, por lo que, constituye un deber de la Administración previo al dictamen de uno de los precitados actos verificar **aún de oficio** si el funcionario público puede ser acreedor del derecho a la jubilación y, por ende ser tramitado éste -derecho a la jubilación-.

En consecuencia, visto que del escrito de revisión la solicitante alega haber laborado en la Administración por un período suficiente para ser acreedora del beneficio de la jubilación, se ordena al INSTITUTO VENEZOLANO DE LOS SEGUROS SOCIALES (I.V.S.S.), verificar conforme a sus antecedentes de servicio si la referida ciudadana puede ser beneficiaria de dicho derecho y, de ser procedente sea acordada la jubilación a la misma, tomando en cuenta la fecha de ingreso de la aquí solicitante de la revisión a la referida institución pública hasta el día que el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.) apeló de la decisión de primera instancia en la querrela funcional que dio origen a la presente solicitud de revisión. Así se decide.



## Comentarios Jurisprudenciales

### **SOBRE LOS ONCE (11) VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL QUE DECLARARON LA “CONSTITUCIONALIDAD” DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA\*** **(Comentarios a las sentencias No. 81 y 83 de 15 y 21 de marzo de 2022**

Allan R. Brewer-Carías  
*Director de la Revista*

**Resumen:** *Este artículo analiza los vicios de inconstitucionalidad de las dos sentencias que declararon la “constitucionalidad” de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, violatorias de al menos once normas expresas de la Constitución.*

**Palabras Clave:** *Tribunal Supremo; Magistrados; Separación de Poderes.*

**Abstract:** *This article analyzes the defects of unconstitutionality of the two sentences that declared the “constitutionality” of the Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice, violating at least eleven express provisions of the Constitution.*

**Key words:** *Supreme Tribunal of Justice; Justices; Separation of powers.*

A finales de 2021 se anunció en la prensa que en el seno del Tribunal Supremo de Justicia se había elaborado un Proyecto de reforma de la Ley Orgánica del mismo y que el Presidente del Tribunal había sido sometido a la consideración de la Asamblea Nacional, donde se pasó de inmediato a discutirlo, teniendo por objeto la reforma, según lo anunció el Presidente de la Asamblea Nacional permitir “la reducción de los 32 magistrados.”<sup>1</sup>

---

\* Texto de base para la exposición sobre el tema: ¿Cómo entender las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia cuando declaran constitucional las reformas de la Ley que ahora rigen al Tribunal Supremo?, en el *Coloquio sobre la Ley Orgánica de Reforma de la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, vía zoom, 26 de abril de 2022. Disponible en: [https://youtu.be/pppBf\\_6HsKw](https://youtu.be/pppBf_6HsKw)

<sup>1</sup> Véase por ejemplo lo informado el 22 de diciembre en *Últimas Noticias*: “El próximo jueves 30 de diciembre, la Asamblea Nacional, (AN), sesionará de manera especial para debatir la reforma de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ). La información la dio a conocer el presidente de la Asamblea Nacional, Jorge Rodríguez, quien aseguró que el debate se dará a solicitud del presidente del TSJ, Maikel Moreno. La propuesta en concreto se debe a reformar la Ley para que permita la reducción de los 32 magistrados, que conforman el poder moral y se realizará a través de la Comisión de Diálogo, paz y reconciliación.” ... «Al reformarse la ley se arranca el proceso de escogencia de magistrados principales y suplentes», dijo. Detalló que la reforma presentada por el presidente del Máximo Tribunal, Maikel Moreno, se refiere específicamente al artículo 8 de la ci-



La Ley de reforma fue discutida en la Asamblea Nacional en dos sesiones realizadas entre diciembre y enero, habiendo sido sancionada muy rápidamente, de manera que el 19 de enero de 2022 ya estaba publicada en la *Gaceta Oficial*,<sup>2</sup> con un ámbito de reforma que abarcó, además de la reducción del número de Magistrados que habría sido la motivación central del Proyecto, otros aspectos importantes.

En resumen, la Ley Orgánica publicada reformó las siguientes normas:

1. El Artículo 8, a los efectos de reducir el número de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia de 32 a 20, integrando con 3 magistrados a cada una de las Salas de Casación Penal, de Casación Civil, de Casación Social y Electoral y Político Administrativa; y con 5 Magistrados a la Sala Constitucional.
2. El Artículo 25, a los efectos de prohibir a la Sala Constitucional que reforme leyes en el ejercicio de sus competencias en materia de justicia constitucional, imponiéndole la necesidad de informar a la Asamblea Nacional, para que de ser necesario haga las modificaciones o reformas a que hubiere lugar.
3. Artículo 36.7, a los efectos de precisar la base constitucional para la designación de los jueces por el Tribunal Supremo.
4. Artículo 38, a los efectos de simplificar la redacción sobre las sesiones para la elección de los Magistrados por la Asamblea Nacional.
5. Artículo 45, a los efectos de simplificar la redacción sobre las sesiones para la elección de los Suplentes de los Magistrados por la Asamblea Nacional.
6. Artículo 64, para atribuir al Comité de Postulaciones Judiciales además de la función de seleccionar los candidatos a Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, la de seleccionar los candidatos a Inspector General de Tribunales, y a Director de la Escuela Nacional de la Magistratura.
7. Artículo 65, para establecer que el Comité de Postulaciones Judiciales estará integrado por 21 miembros designados por la plenaria de la Asamblea Nacional con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, de los cuales 11 son Diputados y solo 10 serán postulados por los otros sectores de la sociedad.
8. Artículo 69, a los efectos de asegurar que el Comité de Postulaciones Judiciales pueda sesionar con la mayoría absoluta de sus miembros, es decir, los 11 diputados que lo integran, y tomar sus decisiones con el voto favorable de la mayoría de los presentes.
9. Artículo 81, a efectos de atribuir el nombramiento del Inspector General de Tribunales a la Asamblea Nacional.
10. Artículo 83, para atribuir el nombramiento del Director de la Escuela Nacional de la Magistratura a la Asamblea Nacional; y
11. Artículo, 126 para regular la Gaceta Judicial de la República con el propósito de priorizar su formato electrónico

La reforma, como lo apreció la organización *Acceso a la Justicia*,

---

tada ley.” Véase la noticia: Asamblea Nacional discutirá proyecto de reforma de Ley Orgánica del TSJ.” Últimas Noticias, 22 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://ultimasnoticias.com.ve/noticias/politica/asamblea-nacional-discutira-proyecto-de-reforma-de-ley-organica-del-tsj/>

<sup>2</sup> Véase *Gaceta Oficial* N° 6.684 Extra. de 19 de enero de 2022.

“dejó en claro que eran falsas las ofertas de una «reinstitutionalización a fondo» del sistema judicial, pues desechó los tibios cambios para mejorar la independencia del máximo juzgado y optó por retener el **control político** que ejerce desde hace dos décadas para la designación de los magistrados.”<sup>3</sup>

Y como también lo explicó la *Academia de Ciencias Políticas y Sociales* en su Pronunciamiento de 28 de enero de 2022, en lugar de afianzar la separación de poderes y la independencia judicial la reforma:

“profundiza la dependencia política del nombramiento de los magistrados(as) de dicho Tribunal y de otras instancias del sistema de justicia en Venezuela, y por ende, con efectos sobre el funcionamiento de todos los órganos de la justicia. En virtud de ello, se concluye que con esta Ley se refuerza la ausencia de independencia de la justicia en Venezuela, por ser abiertamente contraria a los estándares del debido proceso, nombramiento y estabilidad de los jueces, contenidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y el Estatuto de Roma, así como en la jurisprudencia de los tribunales y demás órganos internacionales, en especial de la Corte Penal Internacional y los órganos y organismos de las Naciones Unidas.”<sup>4</sup>

El texto de la reforma de la ley fue objeto de dos impugnaciones ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante el ejercicio de sendas acciones populares de inconstitucionalidad, las cuales fueron *declaradas sin lugar* en breve tiempo, *in limine litis*, luego de considerar la Sala que lo planteado constituía asuntos de mero derecho. Así lo decidió mediante las sentencias No. 81 de 15 de marzo de 2022 (Impugnante José González Puerta)<sup>5</sup> y No. 83 de 21 de marzo de 2022 (Impugnante Pedro Rafael Rondón Haaz),<sup>6</sup> mediante las cuales básicamente, avaló los vicios de inconstitucionalidad en los que incurrió la Asamblea Nacional al aprobar la reforma, incurriendo al mismo tiempo en violaciones constitucionales, procediendo entre otras, a reformar la Ley en la parte que le prohibió reformar leyes, y a mutar ilegítimamente de la Constitución para avalar la usurpación por parte del Legislador de sus propias competencias constitucionales; así como cambiar el quórum para la elección de sus propios magistrados, y permitir que puedan permanecer en el ejercicio de sus cargos por más de un único período de 12 años como lo exige la Constitución.

Dichas sentencias de la Sala Constitucional tienen así el récord, en los anales de las actuaciones del Juez Constitucional en Venezuela, de haber violado, al dictarlas, de un solo golpe, once (11) normas de la Constitución.

<sup>3</sup> Véase Acceso a la justicia. El Observatorio venezolano de la justicia, “Nueva Ley Orgánica del TSJ confirma la falta de voluntad política para construir una justicia independiente en Venezuela”, 21 de enero de 2022, Disponible en <https://accesoalajusticia.org/nueva-ley-organica-del-tsj-confirma-la-falta-de-voluntad-politica-para-construir-una-justicia-independiente-en-venezuela/>

<sup>4</sup> Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Pronunciamiento sobre la reforma de la ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, 28 de enero de 2021. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamentos/pronunciamento-sobre-la-reforma-de-la-ley-organica-del-tribunal-supremo-de-justicia/>

<sup>5</sup> Sentencia No. 81 de 15 de marzo de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/316186-0081-15322-2022-22-0187.HTML>

<sup>6</sup> Sentencia No. 83 de 21 de marzo de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/316305-0083-21322-2022-22-0209.HTML>

## I. VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 336.1 Y 62 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LAS COMPETENCIAS DE LA SALA Y EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La primera inconstitucionalidad en la cual incurrió la Sala en sus sentencias fue la violación de los artículos 336.1 y 62 de la Constitución, al declarar *urbi et orbi* a la ley impugnada como “constitucional”, para lo cual carece en absoluto de competencia, desconociendo los más elementales principios que rigen el control de constitucionalidad de las leyes.

El artículo 336.1 de la Constitución le atribuye a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, competencia para:

“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.”

En consecuencia, al conocer de la impugnación por inconstitucionalidad de las leyes con motivo del ejercicio de una acción popular, a la Sala Constitucional lo que le corresponde es declarar *con lugar* la acción, si considera que son procedentes los vicios alegados y en consecuencia anular la ley o la norma impugnada; o si estima que no proceden los vicios alegados, declarar *sin lugar* la acción, y nada más.

La Sala no tiene competencia alguna para declarar “la constitucionalidad” de la totalidad de la ley, primero, porque cuando se impugnan unos artículos de la misma, su decisión solo se refiere a esas normas y no abarca otras; y segundo, porque no sólo los mismos artículos impugnados, sino otros artículos no impugnados, pueden tener vicios de inconstitucionalidad y ser objeto de ulteriores acciones de nulidad. Declarar en general la “constitucionalidad” de la Ley no es otra cosa que arrebatarle a los ciudadanos la posibilidad de ejercer su derecho a la participación ciudadana mediante el ejercicio de acciones populares, para controlar la inconstitucionalidad de las leyes.

Por tanto, la Sala Constitucional en estas sentencias, al desestimar las acciones populares presentadas por dos ciudadanos, extralimitándose en sus poderes declaró “la constitucionalidad” de la ley impugnada, violando así el artículo 336.1 de la Constitución, y además, violando el derecho a la participación ciudadana de todos los ciudadanos que garantizado en el artículo 62 de la Constitución, al pretender impedirle a los ciudadanos, en el futuro, poder ejercer su derecho a impugnar artículos de la Ley que se estimen inconstitucionales.

## II. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 204.4 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA INICIATIVA LEGISLATIVA

Las sentencias de la Sala Constitucional, al declarar sin lugar las acciones de nulidad, incurrieron en inconstitucionalidad a avalar la inconstitucionalidad en la cual incurrió la Asamblea Nacional al entrar a discutir un proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que no fue aprobado por la sala Plena del Tribunal, en violación del artículo 204.4 de la Constitución que le atribuye al Tribunal, y no al Presidente del Tribunal, la iniciativa de las leyes “cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales.”

En el caso del proyecto de Ley de reforma de la ley Orgánica del Tribunal, el mismo no fue considerado por la sala Plena del mismo, no fue aprobado por los magistrados, y solo fue un proyecto presentado a la Asamblea por el Presidente del Tribunal, usurpando las competencias constitucionales del mismo, y lesionando e derecho a la participación de los demás magistrados de Tribunal.

### III. VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 211 Y 70 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA MEDIANTE LA CONSULTA POPULAR DE LAS LEYES

Las mencionadas sentencias de la Sala Constitucional, al declarar sin lugar las acciones de nulidad, incurrieron en inconstitucionalidad al avalar la inconstitucionalidad en la cual incurrió la Asamblea Nacional al sancionar el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia sin realizar el proceso de consulta pública que exige el artículo 211 de la Constitución, conforme al derecho a la participación ciudadana garantizado en el artículo 70 de la misma Constitución.

Estas normas, en efecto, disponen que la Asamblea Nacional o sus Comisiones Permanentes, “durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes,” deben consultar “a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos,” lo que se realiza mediante consulta pública.

En el caso del proyecto de Ley de reforma de la ley Orgánica del Tribunal, durante su discusión legislativa, el mismo no fue sometido a consulta pública en forma alguna, por lo que fue sancionado sin que se hubiese consultado a los ciudadanos y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre el mismo, en violación de las citadas normas constitucionales de los artículos 70 y 211.

### IV. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 49.1 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE EL DERECHO A LA DEFENSA Y DEBIDO PROCESO

Las sentencias de la Sala Constitucional, al haber declarado in límite los juicios como de *mero derecho*, violaron la garantía constitucional del debido proceso que establece y regula el artículo 49 de la Constitución, y que también rige en los procesos constitucionales que son igualmente, en los términos del artículo 257 de la Constitución, instrumentos fundamentales para la realización de la justicia, implicando que en los mismos hay obligación de asegurar un contradictorio. Al declararse os juicios como de mero derecho, la sala le cercenó a los ciudadanos interesados su derecho a poder haberse hecho parte en los juicios de nulidad y poder alegar sobre las denuncias de inconstitucionalidad que formularon los accionantes.

### V. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 187.1 DE LA CONSTITUCIÓN INCURRIENDO EN USURPACIÓN DE AUTORIDAD CONFORME AL ARTÍCULO 138 DE LA CONSTITUCIÓN

Las antes mencionadas sentencias de la Sala Constitucional, al declarar sin lugar las acciones de nulidad, en relación con la prohibición que se estableció en el artículo 25 de la ley la Ley de reforma de que la Sala, en sus sentencias, pudiera reformar las leyes, violó el artículo 187.1 precisamente por haber reformado dicha norma en las sentencias, usurpando la función de la Asamblea nacional e incurriendo en usurpación de autoridad conforme al artículo 138 de la Constitución.

En efecto, la reforma de la Ley Orgánica introdujo un confuso Parágrafo Único al artículo 25 de la misma que se destina a enumerar las competencias de la Sala Constitucional en materia de justicia constitucional, disponiendo lo siguiente:

“La facultad de la Sala Constitucional en su actividad de conocer y decidir los asuntos de su competencia, no abarca la modificación del contenido de las leyes. En todo caso, en resguardo de la seguridad jurídica, si la interpretación judicial da lugar a una modificación legislativa, la Sala deberá así referirlo para que la Asamblea Nacional, en uso de sus facultades constitucionales realice las modificaciones o reformas a que hubiere lugar”.

La norma contiene dos dispositivos: por una parte, uno de carácter prohibitorio para la Sala Constitucional; y por la otra, uno de carácter prescriptivo para la propia Sala Constitucional de cómo proceder en sus interpretaciones de leyes.

Para tratar de entender el sentido de la reforma, esa “facultad de la Sala Constitucional en su actividad de conocer y decidir los asuntos de su competencia” a la que alude el nuevo párrafo, no es otra sino la desplegada por la Sala Constitucional como Jurisdicción Constitucional, en particular para:

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 la Constitución de la República.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados y municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República y que colidan con ella.
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.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.
7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del Poder Legislativo Municipal, Estatal o Nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento con la Constitución de la República, o las haya dictado en forma incompleta, así como las omisiones de cualquiera de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, y establecer el plazo y, si fuera necesario, los lineamientos o las medidas para su corrección.
8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer.
9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.
10. Conocer la demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional.

Es en relación con estas competencias propias de la justicia constitucional que la nueva norma dispone que su ejercicio por la Sala Constitucional, “no abarca la modificación del contenido de las leyes.” Es decir, la Sala Constitucional puede anular los actos estatales impugnados, puede declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador, puede resolver colisiones entre leyes, puede resolver conflictos constitucionales entre órganos del Poder Público y puede interpretar las normas y principios constitucionales, pero al hacerlo no puede “*modificar el contenido de las leyes.*”

Por supuesto, lo que primero impone la norma es determinar qué es lo que el legislador quiso decir con la expresión “*modificar el contenido de una ley,*” y que no puede tener otro sentido que el que deriva del significado propio de las palabras utilizadas en la frase. “*Modificar*” según el Diccionario de la RAE es “*transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características;*” “*transformar*” por otra parte es “*hacer cambiar de forma a alguien o algo*” o “*transmutar algo en otra cosa*”; y “*contenido*” según el mismo Diccionario de la RAE es “*cosa que se contiene dentro de otra.*”

El “*contenido*” de una ley es el conjunto de normas que la integran (articulado), y ellas son las que de acuerdo con la expresión del Legislador no pueden ser transformadas, cambiadas o transmutadas, mudando alguna de sus características.

En definitiva, la primera frase del Parágrafo agregado al artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuando dispone que “la facultad de la Sala Constitucional en su actividad de conocer y decidir los asuntos de su competencia, no abarca la modificación del contenido de las leyes” no significa otra cosa sino una prohibición que el Legislador le está imponiendo al Juez Constitucional, a los efectos de que al dictar sentencias constitucionales no pueda modificar las normas de una ley, lo que no tiene otro significado en el léxico jurídico que decir que el Juez Constitucional no puede “reformular los artículos de las leyes.”

Eso significa, en definitiva, que en el ejercicio de sus competencias constitucionales el Juez Constitucional no puede “modificar el contenido de las leyes,” es decir, no puede disponer “la reforma de los artículos de las leyes.”

Con ello, sin duda, la Asamblea nacional en la reforma tuvo la intención de poner un límite a ejercicio de la denominada “jurisdicción normativa” desarrollada durante los últimos veinte años en Venezuela por el Juez Constitucional, asumiendo la función de “Legislador positivo,” disponiendo, en múltiples sentencias, la reforma de textos legales.<sup>7</sup>

La Sala Constitucional, como Juez Constitucional, es evidente que tiene por labor la de interpretar la Constitución, pero “no puede sustituirse en el pueblo, es decir, no puede crear nuevas normas constitucionales no previstas en el Texto o que no resulten de la integración de sus normas, ni puede modificarlas, estableciendo, por ejemplo, excepciones no previstas en ellas; así como tampoco puede dictar normas legales o modificar o reformar las que estén contenidas en las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional.”<sup>8</sup> A pesar de ello, es conocido que la Sala Constitucional en los últimos veinte años ha desarrollado la denominada “jurisdicción normativa” que hemos analizado detenidamente no sólo en el país<sup>9</sup> sino desde el punto de vista del derecho comparado,<sup>10</sup> con la conclusión de que la misma solo puede admitirse en materia de derechos humanos en aplicación de los principios constitucionales de progresividad y *pro homines* en materia de protección de los mismos (en aplicación del artículo 19 de la Constitución).

<sup>7</sup> Este aspecto de la reforma fue considerado como un aspecto “positivo” de la misma por la ONG Acceso a la Justicia, comentando que: “Durante los últimos tres lustros la Sala se ha aprovechado de las amplias potestades que le confiere la Constitución, en su rol de intérprete y garante de esta, y ha usurpado en no pocas ocasiones las competencias del Legislativo. Una de las más recientes ha ocurrido hace solo unas semanas, cuando modificó el régimen de capitulaciones matrimoniales previsto en el Código Civil.” Debe advertirse, en todo caso, que la norma incluida en la Ley solo esta destinada a restringir las potestades de la Sala Constitucional, y no las de las otras Salas.” Véase Acceso a la justicia. El Observatorio venezolano de la justicia, “Nueva Ley Orgánica del TSJ confirma la falta de voluntad política para construir una justicia independiente en Venezuela”, 21 de enero de 2022, Disponible en <https://accesoalajusticia.org/nueva-ley-organica-del-tsj-confirma-la-falta-de-voluntad-politica-para-construir-una-justicia-independiente-en-venezuela/>

<sup>8</sup> Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2004, Tomo II.

<sup>9</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, Prólogo sobre “Los tribunales constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa”, al libro de Daniela Urosa Maggi, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador Positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 96, Caracas 2011, pp. 9-70.

<sup>10</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge University Press, New York 2011, 932 pp

En todo caso, hemos destacado el abuso de su utilización por el Juez Constitucional, que sin duda fue lo que motivó la reforma con el agregado del Parágrafo contentivo de la prohibición a que hemos hecho referencia.

El nuevo Parágrafo incorporado en la Ley de reforma, por otra parte, contiene además otra confusa previsión, al disponer que:

“En todo caso, en resguardo de la seguridad jurídica, si la interpretación judicial da lugar a una modificación legislativa, la Sala deberá así referirlo para que la Asamblea Nacional, en uso de sus facultades constitucionales realice las modificaciones o reformas a que hubiere lugar”.

De nuevo para entender esta previsión hay que apelar al significado propio de las palabras, y es que si la Sala Constitucional en su sentencia llega a la conclusión de que la interpretación que ha adoptado en ella “da lugar a una modificación legislativa,” es decir, a la reforma de la ley, no puede proceder a efectuar esa reforma, sino que su sentencia se debe limitar a referirlo a la Asamblea Nacional, para que sea ésta, “en uso de sus facultades constitucionales realice las modificaciones o reformas a que hubiere lugar”.

Ese y no otro es el sentido de lo expresado en la norma. Simplemente, si la interpretación judicial que realiza la Sala la lleva a la conclusión de que hay que modificar la ley, no puede hacerlo en su sentencia, sino que debe remitirlo a la Asamblea nacional para que esta en uso de sus facultades constitucionales realice las modificaciones o reformas a que hubiere lugar.

Se puede estar o no de acuerdo con lo establecido en la reforma de la ley, pero lo que no se puede es negar que lo anteriormente comentado es lo que la reforma ha establecido.

En relación con la prohibición legal que se estableció en forma expresa en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de enero de 2022, y que le impide a la Sala Constitucional reformar las leyes, el exmagistrado de la misma Pedro Rondón Haz, observó es su libelo impugnatorio de la Ley Orgánica, que la reforma de la ley (“restricción a la competencia de juzgamiento de la Sala Constitucional”:

“significa, en términos de resultados, la desaparición de la llamada jurisdicción normativa y, *sin la asunción de su defensa*, se trata de [una] figura existente en Venezuela, con virtudes y defectos, desde hace más de dos décadas y sobre la cual se ha discurrido abundantemente.”

Por otra parte, en relación con la segunda parte del Parágrafo el impugnante argumentó lo siguiente:

“La norma reformante dispone que en caso de que la Sala Constitucional incurra en la ‘modificación’ legal, deberá referir el fallo para que la Asamblea Nacional en ‘uso’ de sus facultades constitucionales realice las reformas a que hubiere lugar, lo que simula, pero materializa, una conculcación de la competencia exegética que atribuye el artículo 25, numeral 17, de la misma Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Pero más aún: la disposición del parágrafo in comento del artículo 25 del citado instrumento legal plantea serias dudas e interrogantes, por saber: ¿qué ocurrirá si la Asamblea Nacional no modifica la ley supuestamente modificada? ¿La sentencia respectiva conservará su valor y eficacia? ¿Habrá que esperar si la Asamblea Nacional acomete o no la reforma? ¿Está la Asamblea Nacional de la República obligada a legislar?”

No alegó más nada el impugnante para fundamentar su acción popular contra la “restricción” respecto de la llamada “jurisdicción normativa,” ante lo cual, aún frente a lo obvio que es la prohibición que le fue establecida al Juez Constitucional para reformar las leyes, la Sala Constitucional, es decir, el mismo Juez Constitucional, al decidir lo que dijo fue que el



Parágrafo agregado en la reforma de la ley *no dice lo que dice su texto*, con lo cual, en la propia sentencia de un juicio de nulidad contra la propia Ley que establece la prohibición, la Sala Constitucional procedió violar la prohibición y a reformar la propia Ley y con ello el artículo 187.1 de la Constitución. Es decir, con la Ley que le prohíbe reformar leyes, la sala hizo precisamente lo que se le prohibía, es decir, reformarla.

En efecto, sobre lo expresado por el exmagistrado Rondón Haz, la Sala Constitucional en su sentencia No. 83 de 21 de marzo de 2022,<sup>11</sup> indicó simplemente sin argumentación ni motivación alguna que entiende que la norma del Parágrafo agregado en la reforma de la ley:

“no colide con las competencias que el texto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorgó a este órgano de administración de justicia, ni suspende la llamada jurisprudencia normativa.”

En definitiva, para la Sala Constitucional, cuando la Ley prescribe que el ejercicio de las competencias de la Sala “no abarca la modificación del contenido de las leyes,” es decir, que no puede reformar leyes, establece todo lo contrario: que puede seguir reformando leyes en ejercicio de la “jurisdicción normativa.”

#### VI. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 267 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE EL GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DEL PODER JUDICIAL AVALANDO LA USURPACIÓN DE AUTORIDAD EN LA CUAL INCURRIÓ LA ASAMBLEA NACIONAL

Las sentencias de la Sala Constitucional, al haber declarado sin lugar las acciones populares de inconstitucionalidad intentadas contra la Ley, avaló la usurpación de autoridad en la cual incurrió la Asamblea Nacional a asumir funciones de gobierno y administración del Poder Judicial en violación del artículo 267 de la Constitución. Es decir, la sala Constitucional realizó una mutación ilegítima de la Constitución al avalar la violación al principio de la separación de poderes cometida por la Asamblea nacional, al quitarle al propio Tribunal Supremo, y usurpar parte de sus poderes de dirección, gobierno y administración del poder judicial.

El artículo 267 de la Constitución relativo la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial en efecto, es claro al disponer que:

Artículo 267. Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial.

La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley.

El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley.

Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales.”

---

<sup>11</sup> Sentencia No. 83 de 21 de marzo de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/316305-0083-21322-2022-22-0209.HTML>

Es decir, conforme a esta norma “la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial” y “la inspección y vigilancia de los tribunales de la República,” en el marco del principio de la separación de poderes que regula la Constitución, es una función asignada exclusivamente al Tribunal Supremo de Justicia.

Como es bien sabido, para la organización del Estado la Constitución de 1999 adoptó el principio de la separación orgánica de poderes<sup>12</sup>, que origina órganos independientes y autónomos entre sí, que ejercen las diversas ramas del Poder Público: Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Ciudadana y Electoral (art. 136), asegurando que 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,” precisando en todo caso la Constitución no sólo que la misma Constitución “y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen,” (art. 137), sino que “toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos” (art; 138).

La Constitución de 1999, adoptó un novedoso sistema de separación orgánica del Poder Público Nacional entre cinco Poderes Públicos, que garantiza la autonomía e independencia entre los Poderes, lo que implica que cuando la Constitución asigna al Tribunal Supremo de Justicia como órgano del Poder Judicial, “la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial y la inspección y vigilancia de los tribunales de la República,” esas funciones corresponden en *exclusiva* a dicho órgano, no pudiendo atribuirse legalmente a ningún otro órgano de otro Poder Público.

La consecuencia más elemental de esa competencia constitucional exclusiva es que corresponde a dicho Tribunal, en exclusiva, el nombramiento de los funcionarios que tienen a su cargo ejercer dichas funciones. No podría una ley atribuirle el nombramiento, por ejemplo, del Director de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura o del Inspector Nacional de Tribunales cuya creación la propia Constitución se la asignó al Tribunal Supremo, al Consejo Nacional Electoral o al Poder Ciudadano, como tampoco podía atribuirle esa facultad al Presidente de la República. Ello sería una flagrante violación al principio de la separación de poderes y al artículo 267 de la Constitución, pues significaría una usurpación de autoridad.

Sin embargo, la reforma de los artículos 81 y 83 de la Ley Orgánica, ha atribuido a la Asamblea Nacional la facultad de nombrar tanto al Director de la Escuela Nacional de la Magistratura como al Inspector Nacional de Tribunales, lo cual evidentemente es inconstitucional, y como lo destacó la Academia de Ciencias Políticas y Sociales “comporta una severa interferencia política del Poder Legislativo en la independencia en la autonomía y funcionamiento del Poder Judicial (art. 267, Constitución).”<sup>13</sup>

Es decir, tan escandalosamente inconstitucional sería, por ejemplo, atribuir al Presidente de la República la facultad para designar al Director de la Escuela Nacional de la Magistratura o al Inspector Nacional de Tribunales, como es escandalosamente inconstitucional la atribución que la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo viene de hacer a la Asam-

---

<sup>12</sup> Véase en general, Manuel García Pelayo, “La división de poderes y la Constitución Venezolana de 1961”, en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, Tomo III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, pp. 1403 y 1420; Hildegard Rondón de Sansó, “La separación de los poderes en Venezuela”, en *Libro Homenaje a Rafael Caldera: Estudios sobre la Constitución*, Tomo III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, pp. 1369-1403.

<sup>13</sup> Pronunciamiento del 28 de enero de 2022 <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamientos/pronunciamiento-sobre-la-reforma-de-la-ley-organica-del-tribunal-supremo-de-justicia/>

blea Nacional para que haga la tales designaciones, arrebatándole la competencia para ello a la Sala Plena, tal como se regulaba en los artículos 80 y 83 de la Ley de 2010.

Por ello, con razón, dichas previsiones de la Ley de Reforma fueron impugnadas mediante acción popular por José González Puerta, quien expresó en su libelo que:

“Fácilmente se puede apreciar como en esta nueva ley se arrebató al Tribunal Supremo de Justicia la facultad de elegir al inspector de tribunales y al director de la escuela de la magistratura para atribuirlo a la Asamblea Nacional, hecho este que contraría abiertamente a la independencia y autonomía funcional, financiera y administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, previsto en el artículo 254 constitucional y con ello se quebranta el principio de separación de poderes base del sistema democrático.

Ahora bien, sobre esta impugnación, la Sala Constitucional en su sentencia No. 81 de 15 de marzo de 2022, específicamente ante el alegato de que las normas impugnadas *quebrantan el principio de separación de poderes*, en una argumentación confusa y llena de vaguedades e imprecisiones, mezcló y confundió indebidamente los conceptos la separación orgánica de poderes con la distribución de funciones estatales entre los órganos del Estado, que tanto se ha estudiado en el país,<sup>14</sup> “advirtiendo” que dicho principio:

“no propugna actualmente una independencia operacional, sino una distribución organizacional del Estado, donde cada rama del Poder Público, comparte el ejercicio de las funciones esenciales, tal como ocurre en materia normativa con el Poder Ejecutivo, pues en circunstancias jurídicas y fácticas determinadas puede dictar actos con rango y fuerza de ley en sentido material, es decir, normas jurídicas de rango infra-constitucional que poseen el mismo efecto derogatorio que los actos de la Asamblea Nacional, pero que no cumplen con sus formalidades.”

Nada tiene que ver en realidad con la impugnación efectuada el tema de la “distribución de funciones” estatales. Lo que se argumentó para la impugnación fue la violación del principio de la separación orgánica de poderes, razón por la cual la conclusión de la Sala – que demuestra una ignorancia supina del tema fue que:

“entiende esta Sala que la selección por parte del órgano legislativo, tanto del Inspector General de Tribunales como del Director de la Escuela Nacional de la Magistratura, según lo establecido en la vigente Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, comporta ese principio de colaboración de poderes que en modo alguno atenta contra la disposición orgánica contemplada en el artículo 257 de la Constitución; en consecuencia, las delaciones sostenidas sobre este particular se deben desestimar.”<sup>15</sup>

El principio de colaboración de poderes no puede implicar la violación del principio de la separación orgánica de poderes, de modo que lo que hizo la Sala fue mutar ilegítimamente la Constitución, cercenándole al Tribunal Supremo la condición esencial para ejercer su potestad de inspección, gobierno y administración del Poder Judicial, que es el poder nombrar a los funcionarios encargados de dichas funciones, atribuyéndoselas a otro Poder del Estado, en este caso la Asamblea Nacional. Ello es tan inconstitucional como si la ley le hubiera atribuido esa función a Presidente de la República.

---

<sup>14</sup> Véase por ejemplo lo expuesto en Allan R. Brewer-Carías, *Principios fundamentales del derecho público (Constitucional y administrativo)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, agosto 2005,169

<sup>15</sup> Véase sentencia No. 81 15 de marzo de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/316186-0081-15322-2022-22-0187.HTML>

Sobre este mismo tema, el exmagistrado Rondon Haaz, en su acción popular también argumentó sobre la inconstitucionalidad de haber atribuido la designación de los dos altos funcionarios en la inspección, gobierno y administración del Poder Judicial a la Asamblea nacional, toda vez que incluso en la propia ley de reforma se dispone expresamente (*artículo 8*) que “el mentado Inspector, la Inspectoría General de la Defensa Pública y Escuela Nacional de la Magistratura son órganos dependientes jerárquica, organizativa y funcionalmente de la Sala Plena.”

En definitiva, el ex magistrado Rondón Haz denunció ante la Sala que el propósito de la reforma legislativa impugnada:

“no es otro que el control del Tribunal Supremo de Justicia por la Asamblea Nacional, en desconocimiento de su autonomía e independencia, al igual que de la constitucional separación de los Poderes Públicos; y es que al grupo dominante en lo político gubernamental no le basta con el subordinamiento de casi todos los órganos del Estado, sino que aspira un control omnímodo del Máximo Tribunal de la República.”

Ante las denuncias del recurrente, sin embargo, nada dijo la Sala, limitándose a señalar que ya se había pronunciado sobre las denuncias de inconstitucionalidad en la sentencia N. 81 de 15 de marzo de 2022, pasando a declarar “constitucional” la reforma impugnada.

#### VII. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 270 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA INTEGRACIÓN DEL COMITÉ DE POSTULACIONES JUDICIALES

Las mencionadas sentencias de la Sala Constitucional, al declarar sin lugar las acciones de nulidad, incurrieron en inconstitucionalidad al avalar la inconstitucionalidad en la cual incurrió la Asamblea Nacional al establecer la composición del Comité de Postulaciones Judiciales como integrado por diputados a la Asamblea Nacional y no solo por “representantes de los diversos sectores de la sociedad” violando la expresa previsión constitucional del artículo 270 de la Constitución. Al dictar la sentencia, además, la propia Sala Constitucional mutó ilegítimamente la Constitución al avalar dicha inconstitucional composición de referido Comité

El artículo 270 de la Constitución, en efecto en lo que fue una de las previsiones más novedosas del texto constitucional de 1999, limitó el poder de la Asamblea Nacional para elegir libremente los magistrados del Tribunal Supremo, disponiendo que solo podía elegirlos entre los postulados por un Comité de Postulaciones Judiciales integrado por “*por representantes de los diferentes sectores de la sociedad de conformidad con lo que establezca la ley.*”

El texto del artículo es el siguiente:

“Artículo 270. El Comité de Postulaciones Judiciales es un órgano asesor del Poder Ciudadano para la selección de los candidatos o candidatas a magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia. Igualmente, asesorará a los colegios electorales judiciales para la elección de los jueces o juezas de la jurisdicción disciplinaria. El Comité de Postulaciones Judiciales estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad de conformidad con lo que establezca la ley”.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Sobre esta norma, apenas salió publicada la Constitución indicamos lo siguiente: “Puede decirse que uno de los motivos principales que originó la crisis política y la necesidad de una Asamblea Constituyente y de una reforma constitucional como la de 1999, fue la reacción contra la democracia meramente representativa de partidos, buscando su perfeccionamiento con aspectos de democracia de participación. / La crítica al sistema de designación de los altos funcionarios públicos no electos por el Congreso (Fiscal General, Contralor General, Magistrados de la Corte Suprema) que establecía la *Constitución* de 1961, y que le daba poder discrecional para ello, puede decirse que

Ahora bien, en la primera oportunidad en la cual la Asamblea Nacional debía regular al Comité de Postulaciones, lo hizo en forma inconstitucional mediante la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios del Poder Ciudadano y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia para el primer período constitucional de 14 de noviembre de 2000<sup>17</sup>, que fue “una burla a la Constitución y constituyó la confiscación del derecho a la participación política garantizado en forma expresa en el Texto Constitucional;”<sup>18</sup> al punto de que la Defensora del Pueblo intentara una acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la Ley Especial, motivo por el cual fue simplemente sustituida. La Sala Constitucional no resolvió la impugnación pues se trataba de un régimen transitorio, argumentando que el mandato constitucional debía regularse en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo que la Asamblea estaba obligada a sancionar.

Ello no ocurrió sino hasta 2004, cuando en la Ley del Tribunal Supremo de Justicia, reguló al Comité de Postulaciones Judiciales, no como está previsto en la Constitución sino como una especie de “Comisión parlamentaria ampliada,” integrada por diputados y otras personas. Como lo expresé en 2004 al comentar la Ley del Tribunal Supremo de ese año:

“Esos Comités son órganos intermedios, algunos permanentes, que obligatoriamente deben estar integrados por representantes de los diferentes sectores de la sociedad. Son diferentes a la Asamblea Nacional y los representantes populares no pueden formar parte de los mismos. Sin embargo, lamentablemente este postulado constitucional ha sido violado al regularse la conformación del Comité de Postulaciones Electorales en la Ley Orgánica del Poder Electoral, y el Comité de Postulaciones Judiciales, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, los cuales se han integrado con diputados a la Asamblea nacional, como “Comisiones Parlamentarias” ampliadas.<sup>19</sup>

Sobre el Comité de Postulaciones Judiciales, en el artículo 65 de la reforma de la Ley Orgánica de 2010, se siguió la misma inconstitucional fórmula de integración por diputados que son representantes de la sociedad política y no de la sociedad civil; violándose el derecho

---

fue generalizada en el país. La queja se refería a la falta de participación y al monopolio que ejercían los partidos políticos representados en el Congreso, en dichas designaciones. Por ello, en la Asamblea Nacional Constituyente, en esta materia se impuso el principio de la participación sobre el principio de la representatividad, y si bien se le atribuyó a la Asamblea Nacional la competencia para designar a los titulares de los órganos no electos popularmente del Poder Público, la reforma más importante que se introdujo consistió en *quitarle a la Asamblea la potestad discrecional para hacer tales nombramientos.* En concreto, la Constitución reguló una forma precisa de *participación activa de la sociedad*, consistente en atribuirle a unos Comités de Postulaciones la *potestad exclusiva* de hacer las postulaciones de *candidatos* ante la Asamblea Nacional, por lo que no se pueden formular postulaciones directamente ante la Asamblea Nacional ni la Asamblea puede designar otras personas distintas a las postuladas por los Comités de Postulaciones. Esos Comités son órganos intermedios, algunos permanentes, que obligatoriamente deben estar integrados por *representantes de los diferentes sectores de la sociedad*. Son diferentes a la Asamblea Nacional y los representantes populares no pueden formar parte de los mismos.” Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, Tomo I, pp. 526-530

<sup>17</sup> *Gaceta Oficial* N° 37.077 de 14-11-2000.

<sup>18</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, Tomo I, pp. 526-530; *Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2000, pp. 389 ss.

<sup>19</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Procesos y Procedimientos constitucionales y contencioso administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 204, pp. 14-15; Allan R. Brewer-Carías y Víctor Hernández Mendible *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2010, 13-16.

a la participación ciudadana en el proceso de nombramiento de los magistrados que garantiza la Constitución al imponer que el Comité esté integrado solo por representantes de los diversos sectores de la sociedad (pues el derecho a la participación de los representantes de la sociedad política está garantizado a asignarse a los diputados la elección de los magistrados),<sup>20</sup> aún cuando se estableció su integración (igualmente en forma inconstitucional) con una mayoría de representantes de la sociedad civil (de los 11 miembros, seis de los diversos sectores de la sociedad y 5 diputados).

La reforma de la Ley Orgánica de 2022 no sólo repitió la inconstitucionalidad, sino que la agravó, al disponer en el artículo 65 que el Comité de Postulaciones Judiciales estará compuesto por 21 miembros “de los cuales 11 son diputados y 10 serán postulados por los otros sectores de la sociedad,” con lo cual incluso se le aseguró el poder decisorio total para postular magistrados a los diputados.

Sobre esta reforma, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en su Pronunciamiento, destacó con razón que cuando la Constitución dispone que el Comité “está integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, [...] por tanto, no puede tener como integrantes a diputados. Es decir, el Comité de Postulaciones Judiciales no es un órgano interno ni de la Asamblea Nacional, ni del Poder Ciudadano,” y por tanto:

“De conformidad con el artículo 270, [...] no puede tener como integrantes a diputados. Esto en definitiva desnaturaliza y politiza al Comité; y además configura una usurpación de funciones *constitucionales* ya que, al incorporar diputados al Comité de Postulaciones, al cual le corresponde sólo seleccionar la lista de los candidatos(as) para el cargo, luego esos mismos diputados se incorporan a la Asamblea Nacional para elegir los Magistrados(as) *de esa misma lista.*”

En relación con estas previsiones de la ley de reforma, en la acción popular presentada por José González Puerta, el accionante hizo los siguientes alegatos:

“La actual ley no dice a quién asesora, pero ordena que tenga sede en el órgano legislativo y es de preguntarse, ¿si es asesor del poder ciudadano por qué no tiene sede en dicho poder?”

De la misma manera, ¿si es asesor del Poder Ciudadano por qué razón la mayoría de sus integrantes son diputados?”

Además, para sus deliberaciones requiere mayoría absoluta y decide con el voto favorable de la mayoría de los presentes y esto significa que el órgano legislativo tiene el control absoluto de ese comité.

De esa manera existirá control del Tribunal Supremo de Justicia por el Poder Legislativo.

La verdaderamente constitucional es que ese comité no esté integrado por diputados y esto se debe remediar por es[t]a Sala Constitucional.

Como se ha indicado la Constitución es clara, precisa y terminante: “El Comité de Postulaciones judiciales estará *integrado* por representantes de los diferentes *sectores* de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la Ley.”

<sup>20</sup> Como lo observó con razón *Acceso a la Justicia*: “La Carta Magna solo establece que los diputados intervendrán en el proceso al momento de realizar la elección definitiva de los magistrados, de entre los candidatos escogidos por los evaluadores.” Véase *Acceso a la justicia*. El Observatorio venezolano de la justicia, “Nueva Ley Orgánica del TSJ confirma la falta de voluntad política para construir una justicia independiente en Venezuela”, 21 de enero de 2022, Disponible en <https://accesoalajusticia.org/nueva-ley-organica-del-tsj-confirma-la-falta-de-voluntad-politica-para-construir-una-justicia-independiente-en-venezuela/>



Es decir, solo estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad que se determinen en la ley y no podrá estar integrado sino por dichos representantes.

Sin embargo, ante la impugnación formulada, la Sala con su sentencia N° 81 de 15 de marzo de 2022 mutó ilegítimamente la Constitución, y cambió la redacción imperativa del artículo 270 (*estará integrado*), transformándola en una redacción permisiva decidiendo que:

“respecto a la constitución del Comité de Postulaciones Judiciales el artículo 270 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece obligatoriamente la representación de diferentes sectores de la sociedad civil, siendo optativo la incorporación de cualquier otro sector que la Asamblea Nacional considere pertinente, por tanto, no resulta contrario al texto constitucional que dicho comité de postulaciones se encuentre también conformado por diputados de ese órgano legislativo, razón por la cual esta Sala desestima la referida denuncia.”

Es falso que conforme a la Constitución sea “optativo” para la Asamblea integrar el Comité de Postulaciones Judiciales con “cualquier otro sector” distinto a los “de la sociedad” que la Asamblea considere pertinente. ola integración.

Sin embargo, aparte de mutar la Constitución en forma ilegítima, nada más argumentó la Sala para fundamentarla, salvo remitir a una argumentación confusa sobre separación de poderes y separación de funciones que constituyó la parte medular de la sentencia (antes comentada) diciendo confusamente sobre la denuncia del accionante que “...*lo verdaderamente constitucional es que ese comité no esté integrado por diputados...*”; que, al contrario, ello si es posible como “una expresión de esa cooperación de los órganos públicos para la consecución de los fines estatales que están llamados a cumplir, por lo que no se puede evidenciar que con ello se colida el texto constitucional.” Y nada más.

En cuanto a la impugnación de la misma norma contenida en la acción popular formulada por el ex Magistrado Rondón Haaz, éste la fundamentó más detalladamente, alegando respeto del artículo 270 que:

“A pesar de tan abundante nitidez constitucional, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 65 preceptúa su composición con la presencia de once diputados y diez personas más que seleccionarán ‘los otros sectores de la sociedad’, con lo que el número anterior de once se incrementó en diez, para un total de veintiuno.”

Y luego de citar el pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales antes mencionado,<sup>21</sup> argumentó que:

“en un Comité de Postulaciones Judiciales de 21 integrantes, de los cuales once (11) serán diputados y por ello mayoría, en el que las decisiones, según el artículo 68 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se tomarán con el voto favorable de la mayoría de los presentes, los conformantes no diputados postulados por otros sectores de la sociedad civil carecerán de peso y fuerza en lo que tenga que ver con la preselección de candidatos a magistrados. En cambio, la Asamblea Nacional, a través de sus diputados miembros, tendrá todo el poder para esa previa escogencia.

En su sentencia No. 83 de fecha 21 de marzo de 2022, la Sala Constitucional no consideró en forma alguna las denuncias de Magistrado Rondón Haz y simplemente resolvió que las mismas ya estaban decididas en la sentencia previa de No 81 de 15 de marzo de 2022 dictada en el caso de la acción popular intentada por José González Puerta, declarando en

---

<sup>21</sup> Pronunciamiento del 28 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamentos/pronunciamiento-sobre-la-reforma-de-la-ley-organica-del-tribunal-supremo-de-justicia/>



consecuencia “constitucional” la ley impugnada, argumentando solamente que la reforma supuestamente “afianzaba:”

“la colaboración de poderes, cuya noción fue suficientemente ya descrita en la decisión dictada por esta Sala N° 81 del 15 de marzo de 2022, con motivo de una demanda de nulidad ejercida contra la ley aquí examinada, razón por la que no se encuentra alguna incompatibilidad de esta norma de rango legal con el texto constitucional, por lo que los argumentos sostenidos por el accionante sobre esta materia no deben prosperar.”

Lo que la Sala Constitucional hizo en definitiva fue mutar la Constitución y cambiar ilegítimamente el texto de su artículo 270, permitiendo que el Comité de Postulaciones Judiciales no sólo esté integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad como lo impone la Constitución, sino que pueda estar integrado por “otros sectores” que la Asamblea Nacional determine, lo que es contrario a la norma.

Además, con la mutación ilegítima de la Constitución, la Sala Constitucional se burló del principio de la democracia participativa que condicionó la redacción de la norma, y que buscaba atribuir a los representantes de los diferentes sectores de la sociedad civil, en exclusiva, el derecho de postular candidatos a Magistrado (en eso consistía la participación ciudadana regulada), pasando a atribuir a la propia Asamblea Nacional, a través de la mayoría de diputados que controla el Comité de Postulaciones y sus decisiones, la potestad de hacer dichas nominaciones. Precisamente, en forma radicalmente contraria a lo que pretendió el Constituyente en 2000, al restringir el poder de la Asamblea Nacional a solo elegir los candidatos postulados por un Comité de Postulaciones conformado fuera de su seno, integrado por representantes de los diversos sectores de la sociedad, donde quedan excluidos los diputados.

#### VIII. VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 264 Y 265 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA ELECCIÓN EN SEGUNDO RADO DE LOS MAGISTRADOS POR MAYORÍA CALIFICADA DE DIPUTADOS

Las sentencias de la Sala Constitucional, al declarar sin lugar las acciones de nulidad, incurrieron en inconstitucionalidad a avalar la inconstitucionalidad en la cual incurrió la Asamblea Nacional al establecer la posibilidad de que la elección en segundo grado de los Magistrados al Tribunal Supremo se pueda realizar por el voto de la mayoría simple de los diputados y no por la mayoría calificada de los mismos, en violación de lo establecido en los artículos 264 y 265 de la Constitución, los cuales fueron mutados ilegítimamente por la Sala.

Junto con la penta división del Poder Público, otra de las innovaciones de la Constitución de 1999 fue el haber regulado el principio democrático desde la raíz, al establecer la elección popular de todos los titulares de los órganos del Poder Público. Como lo hemos explicado en 2015:

“La diferencia en la elección popular entre unos y otros, está sin embargo en la forma de la misma, en el sentido de que en algunos casos, la elección popular es directa por el pueblo, mediante sufragio universal y secreto, es decir, en primer grado, como es el caso de la elección del Presidente de la República (art. 228) y de los diputados a la Asamblea Nacional (art. 186); y en otros casos, la elección popular es indirecta, en segundo grado, mediante elección realizada en nombre del pueblo, por sus representantes electos en forma directa como diputados a la Asamblea Nacional, como es el caso de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (art. 264, 265), del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República y del Defensor del Pueblo (art. 279), y de los miembros del Consejo Nacional Electoral (art. 296).

Ello implica que, en ambos casos, conforme a las previsiones constitucionales, todos los titulares de los órganos de los poderes públicos tienen que ser electos popularmente, sea en forma directa o sea indirectamente.”<sup>22</sup>

En consecuencia, conforme a la Constitución, la Asamblea Nacional en realidad no nombra o designa a los a los titulares de los órganos de los Poderes Ciudadano, Electoral y Judicial, sino que los elige en segundo grado, en forma indirecta, actuando como cuerpo elector, y a los efectos de garantizar la mayor representatividad democrática en dicha elección popular indirecta de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República, del Defensor del Pueblo y de los miembros del Consejo Nacional Electoral, la Constitución dispone que la misma sólo puede hacerse con el voto de una mayoría calificada de las dos terceras partes de los diputados que integran la Asamblea Nacional. Esta mayoría calificada está establecida en forma expresa respecto de la elección del Contralor General de la República, del Fiscal General de la República y del Defensor del Pueblo (art. 279), y de los miembros del Consejo Nacional Electoral (art. 296); y en forma implícita respecto de la elección de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia para un período único de 12 años (Art. 264), al exigirse dicha votación calificada para su remoción (art. 264, 265),

Con ello, el Constituyente, a falta de prever la elección popular directa de dichos altos funcionarios, estableció la elección indirecta, pero asegurando una representatividad democrática calificada,<sup>23</sup> disponiendo entonces que la elección de los magistrados al Tribunal Supremo por la Asamblea Nacional solo puede hacerse mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, todo lo cual fue violado por la ley de reforma, incurriendo en inconstitucionalidad, que fue avalada por la sala Constitucional.

<sup>22</sup> Véase Alan R. Brewer-Carías, “La elección popular indirecta de altos funcionarios del Estado en Venezuela y su violación por el Estado autoritario: el golpe de Estado de diciembre de 2014 dado con las inconstitucionales designaciones de los titulares de las ramas del Poder Público,” en *Revista de Investigações Constitucionais. Journal of Constitutional Research*, v. 2, n. 2 (maio-agosto 2015), ISSN 2359-5639, pp. 63-92, en: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392015000200063&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2359-56392015000200063&script=sci_arttext)

<sup>23</sup> Como ya lo hemos explicado: “La consecuencia de todo ello es que la técnica de la elección difiere según se trate de elección directa o indirecta. En el caso de la elección directa por el pueblo, cada persona o elector vota por el candidato de su preferencia; en cambio que en la elección indirecta, el cuerpo electoral de segundo grado que es el integrado por los diputados a la Asamblea Nacional, tiene que llegar a un acuerdo para elegir, lo que es la lógica democrática de funcionamiento cuando un grupo político no controla la mayoría calificada de los diputados. En estos casos, por más mayoritario que sea, tiene que renunciar a pretensiones hegemónicas y necesariamente tiene que llegar a acuerdos, compromisos o consensos con las diversas fuerzas políticas, de manera que se pueda asegurar la mayoría calificada de los votos. En democracia, no hay otra forma de realizar la elección indirecta, y en ningún caso, la fuerza política que sea mayoritaria, pero que no controla la mayoría calificada de votos, puede pretender imponer su voluntad individualmente, pues ello sería antidemocrático. / Lo importante a destacar, en todo caso, es que en estos casos de elección indirecta de los altos funcionarios del Estado, la Asamblea Nacional no actúa constitucionalmente como cuerpo legislador ordinario o general, sino como cuerpo electoral, al punto que las competencias que le *corresponden* como tal cuerpo electoral ni siquiera están incluidas entre las competencias generales de la Asamblea enumeradas en el artículo 187 de la Constitución. Ello implica que en el ejercicio de las competencias como cuerpo elector, la Asamblea Nacional en virtud de la Constitución, no está sometida al régimen general de mayorías que se aplican y rigen para su funcionamiento general de la misma como cuerpo legislador, estando en cambio sometida sólo al régimen de mayoría calificada que regulan los artículos 264, 265, 279 y 296 de la propia Constitución.”. *Idem*.

## IX. VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 264 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA ELECCIÓN Y DURACIÓN DEL PERÍODO DE LOS MAGISTRADOS

Las sentencias de la Sala Constitucional, al declarar sin lugar las acciones de nulidad, también incurrieron en inconstitucionalidad al avalar la inconstitucionalidad en la cual incurrió la Asamblea Nacional al establecer la posibilidad de que los magistrados al Tribunal Supremo puedan ser electos por diversos períodos y que puedan durar en el ejercicio del cargo por un lapso de tiempo mayor de 12 años, en violación de lo establecido en los artículos 264 de la Constitución, el cual fue igualmente mutado ilegítimamente por la Sala.

Es decir, de acuerdo con el texto expreso del artículo 264 de la Constitución, “Los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos por un *único período de doce años*,” es decir, sin posibilidad de que quien ya ha sido electo y ha ejercido el cargo pueda ser reelecto de inmediato ni volver a ser electo en el futuro; y por tanto, sin posibilidad de que un magistrado ocupe el cargo por más de doce años.

Estas normas fueron violentadas en la reforma de la Ley Orgánica, en cuyo artículo 13 y 38 se estableció, primero, que los magistrados “podrán ser reelegidas o reelegidos hasta por un periodo de igual duración, y además, que los magistrados que para la fecha “de entrada en vigencia de esta Ley no hayan culminado el periodo para el cual fueron designadas y designados, podrán volver a postularse para ejercer estos cargos,” permitiéndose así el ejercicio del cargo por un período superior a los 12 años;

y segundo, que:

“En caso que cumplidas tres sesiones consecutivas no haya acuerdo para la designación de las Magistradas o Magistrados suplentes, se convocará a una cuarta sesión en la cual serán designados por mayoría simple de miembros de la Asamblea Nacional.”

Ambas previsiones son inconstitucionales, como también lo consideró la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en su Pronunciamiento.<sup>24</sup>

Por tanto, cuando la Sala Constitucional declaró sin lugar las impugnaciones y declaró la “constitucionalidad” de la reforma de la Ley Orgánica, lo que ha hecho es mutar legítimamente la Constitución, pues ignorando que la elección solo puede ser por un único

<sup>24</sup> Esto consideró la Academia: “7. El artículo 38 modificado de la LOTSJ, mantiene con una redacción diferente, la selección definitiva de los magistrados(as) por mayoría simple de los miembros de la Asamblea Nacional, si ésta no logra, luego cumplidas tres sesiones consecutivas sin que haya acuerdo para la designación con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de sus miembros. Esta norma, además de violar el principio constitucional de la designación de todas las altas autoridades del Estado con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los miembros de la Asamblea Nacional, el cual incluso se ratifica expresamente para la remoción de los magistrados del TSJ (art. 265). 8. En cuanto a la incorporación de la disposición final segunda (art. 13), la reforma señala que se procederá a la designación de los veinte nuevos magistrados(as) y sus suplentes, añadiendo que los magistrados(as) “que para la fecha de entrada en vigencia de esta Ley no hayan culminado el periodo para el cual fueron designadas y designados, podrán volver a postularse para ejercer estos cargos”. En consecuencia, estaría produciendo para ciertos magistrados(as), la posibilidad de estar más años en el Tribunal Supremo que los 12 años fijos que pueden permanecer en sus cargos. Ello resulta contrario a lo dispuesto expresamente en la Constitución (art. 264) respecto a la duración total del mandato o período de los magistrados(as): “[...] serán elegidos o elegidas por un único período de doce años”. De tal manera, que los magistrados(as) no pueden ser elegidos sino por un *único período* cuya duración máxima, en todo caso, es de doce años.” Disponible en; <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamentos/pronunciamiento-sobre-la-reforma-de-la-ley-organica-del-tribunal-supremo-de-justicia/>

período de 12 años, la Ley ha permitido la reelección; y transitoriamente, ha permitido que pueda ejercerse el cargo por más de 12 años.<sup>25</sup>

Algunos de estos vicios fueron alegados en la acción popular formulada por e Sr. José González Puerta, pero la Sala simplemente ignoró los alegatos y no se refirió a ellos en su sentencia, haciendo solamente referencia a que “el proceso de reestructuración que se inicia con la reforma de la Ley que regula este Alto Tribunal, producto de *circunstancias sobrevenidas*, no previstas por el constituyente originario de 1999,” refiriéndose “concretamente a la situación internacional de acoso y bloqueo con fines de aislamiento y cotización institucional a la cual ha sido sometido unilateralmente el Estado por una serie de países y organizaciones internacionales que conforman el Bloque Atlántico, hecho este que la Sala ha venido reconociendo en su jurisprudencia desde el año 2016,” que nada tiene que ver con las inconstitucionales provisiones de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo.

#### APRECIACIÓN FINAL

Como resulta evidente de su propio texto, la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo sancionada por la Asamblea Nacional el 19 de enero de 2022, a propuesta del Presidente de la misma, y sin la aprobación formal por Sala Plena, y sin consulta popular alguna, no sólo no sirvió para contribuir al restablecimiento de la independencia y autonomía del Poder Judicial en Venezuela como se habría anunciado, sino que en sí misma, fue evidentemente inconstitucional, al usurpar la Asamblea Nacional los poderes del propio Tribunal Supremo en materia de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, contrariando el principio de la separación de poderes, arrebatándole al Tribunal la potestad de designar al Inspector Nacional de Tribunales y al Director de la Escuela Nacional de la Magistratura

La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, además, violó abiertamente la Constitución al regular la integración del Comité de Postulaciones Judiciales disponiendo en forma contraria a la exigencia constitucional de que para asegurar la participación ciudadana sólo puede estar integrado por “representantes de los diferentes sectores de la sociedad,” que dicho Comité esté compuesto por una mayoría de diputados a la Asamblea Nacional, quienes controlarán el proceso de elección de los magistrados que fue lo que el constituyente de 1999 quiso eliminar

Además, la mencionada reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, igualmente violando la Constitución que exige que la elección de los Magistrados por la Asamblea Nacional se haga con una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros, dispuso la posibilidad de elegirlos con el voto de una mayoría simple de los diputados.

Y por último, la reforma también violó la Constitución, la cual es terminante en disponer que la elección de los Magistrados solo puede efectuarse por un período único de 12 años, lo que implica la no reelección, y no sólo inmediata, de Magistrados que ya han sido electos con anterioridad, sino que en ningún caso un Magistrado puede ejercer sus funciones por más de 12 años. La reforma, sin embargo, permite la reelección de Magistrados en forma contraria a la Constitución, y en una disposición transitoria, además, permite que los magistrados en ejercicio al reformarse la ley puedan volver a ser electos por otro período de doce años.

<sup>25</sup> Y en efecto, así ocurrió como apareció publicado en la *Gaceta Oficial* No. 6696 Extra de 27 de abril de 2022: de los 20 magistrados “electos” 12 ya han ocupado el cargo de Magistrado habiendo en sus respectivos “períodos únicos” y además, con la nueva elección pasarán a ocupar el cargo por más de 12 años. Está por determinarse, respecto de todos los electos si la Asamblea cumplió con lo exigido en el artículo 263 de la Constitución sobre las condiciones o requisitos para ser electo magistrado del Tribunal Supremo.

La Sala Constitucional en sus sentencias, al avalar las inconstitucionalidades cometidas por el legislador en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, lo que hizo fue mutar ilegítimamente el texto de la Constitución.

La Ley de reforma, por otra parte, incorporó una prohibición expresa destinada solo a la Sala Constitucional respecto de las reformas a las leyes, que ha venido haciendo en los últimos 20 años en ejercicio de la denominada “Jurisdicción normativa.” Sin embargo, la prohibición no sirvió de nada, pues la Sala procedió a reformar la Ley de reforma, disponiendo que en la misma no se había establecido prohibición alguna, sino que se habría permitido que siguiera reformando las leyes.

Es decir, la Sala Constitucional, contra todo, en definitiva, en estas sentencias No. 81 y 83 de 15 y 21 de marzo de 2022, decidió reformar la ley que le prohibió reformar leyes, y de paso mutó ilegítimamente la Constitución para avalar la usurpación por el Legislador de las propias competencias constitucionales del Tribunal Supremo; cambiar el quórum para la elección de sus propios magistrados, y cambiar el carácter único del período de 12 años de su elección. Y lo más grave, que ha hecho todo eso sin tener quien la controle.

# DENUNCIA DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

*Pedro Rafael Rondón Haaz\**

*Ex magistrado del Tribunal Supremo de Justicia*

**Resumen:** *Este artículo desarrolla los aspectos centrales de la acción de inconstitucionalidad intentada por el autor contra la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, por violación de expresas normas de la Constitución.*

**Palabras Clave:** *Tribunal Supremo de Justicia; Separación de poderes; Comité de Postulaciones Judiciales.*

**Abstract:** *This article develops the central aspects of the action of unconstitutionality filed by the author against the Organic Law of the Supreme Tribunal of Justice, for the violation of express norms of the Constitution.*

**Key words:** *Supreme Tribunal of Justice; Separation of Powers; Judicial Nomination Committee.*

## INTRODUCCIÓN

En Venezuela cualquier abogado con capacidad de postulación puede ejercer el derecho de acción que dispone el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, además, también puede disponer del derecho de acción popular que acogió el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en lo adelante LOTSJ; ambos casos en acatamiento al deber de colaboración que impone el artículo 333 *in fine* de la Carta Magna de la República Bolivariana de Venezuela, cuando hace referencia a la pérdida de vigencia de la Constitución actual, es decir, cuando ha sido derogada por medios no dispuestos en ella. Esto es parte de la denominada *tutela judicial eficaz* imbricada en un conjunto de derechos humanos que se relacionan con la realización de la *justicia* como valor y principio fundamental del ordenamiento jurídico venezolano.

Es así como, en el mismo orden de ideas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 8 y 10 reconoce el derecho de acceso a la justicia, a la tutela judicial eficaz y al debido proceso. De la misma forma, la Constitución Nacional ya aludida en su artículo 26<sup>1</sup> expresa lo siguiente:

---

\* Pedro Rondón Haaz: Magistrado emérito de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Doctor en Derecho y Profesor Jubilado de la Universidad de Carabobo. ORCID N°0000-0002-4026-6079.<https://orcid.org/>

<sup>1</sup> Gaceta Oficial No. 5453 extraordinario del 24 de Marzo del 2000.

<sup>3</sup> Nikken, P. (2004), el concepto de derechos humanos (DDHH), San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, día: 15 de abril 2022, hora: 01:11p.m., <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/>

“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”.

Ahora bien, según Nikken<sup>3</sup> la tutela judicial se concibe como un derecho humano y expone que los DDHH son:

“(…) atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado en el deber de respetar, garantizar o satisfacer (...)”.

De igual manera, la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>4</sup> de 1948, en sus artículos 8 y 10, dispone lo siguiente:

“Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (...) Artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Como podrá verse, la interrelación respecto de los diferentes argumentos que se explicarán en lo adelante pre-configuran la armazón inicial y la estructura de este importante derecho que comienza, de primeras, la cadena de inferencias sobre la inconstitucionalidad que se alude en el título de la investigación.

La nueva LOTSJ fue sancionada por la Asamblea Nacional el dieciocho (18) de enero de dos mil veintidós (2022) y promulgada el diecinueve (19) de enero del mismo año por el ciudadano Nicolás Maduro Moros; promulgación que fue refrendada por la ciudadana Delcy Eloína Rodríguez Gómez y ministros gubernamentales.

El texto legal al que se refiere esta investigación fue publicado en la Gaceta Oficial N° 6684 Extraordinaria, en Caracas el diecinueve (19) de enero de dos mil veintidós (2022), es decir, un día después de su sanción.

Ahora bien, para complementar el cuadro general argumentativo se esgrimirán razones fácticas, por una parte y, por la otra, razones de derecho que complementadas brindan de manera científica, mediante deducciones, analogías e inducciones, las conclusiones respecto a tal inconstitucionalidad.

Sin embargo, como antecedente está la completa modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia<sup>5</sup>, que se llevó a cabo en el año 2004, publicada en Gaceta Oficial N° 37.942 del 20 de mayo de 2004, de cuyas normas se destaca el contenido del artículo 2 que dispuso lo siguiente:

“El Tribunal Supremo de Justicia está compuesto y funcionará en Sala Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, así como para la Sala Plena que estará integrada por los Magistrados o Magistradas de todas las Salas señaladas.

<sup>4</sup> Declaración universal de los derechos humanos (1948), día: 16 de abril 2022, hora: 03:00p.m., <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

<sup>5</sup> República Bolivariana de Venezuela, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, Gaceta Oficial N° 37.942 del 20 de mayo de 2004.



La Sala Constitucional estará integrada por siete (7) Magistrados o Magistradas y las Salas Político-Administrativa, Casación Civil, de Casación Penal, de Casación Social y, Electoral estarán integradas por cinco (5) Magistrados o Magistradas cada una de ellas.

La Sala Plena podrá crear e instalar Salas Especiales para una de las Salas que componen el Tribunal, cuando la Sala respectiva lo solicite, y cuando se acumulen por materia cien (100) causas para ser decididas. Las Salas Especiales que se crearen funcionaran hasta que la última de las causas sea decidida. Estarán conformadas por un Magistrado o Magistrada de la Sala respectiva y por dos (2) Magistrados o Magistradas accidentales, que serán designados por la Sala Plena, con el voto conforme de sus dos terceras (2/3) partes. Los Magistrados o Magistradas Accidentales deberán reunir los mismos requisitos que se exigen para los titulares.

El quórum requerido para deliberar en Sala Plena y en cada una de las otras Salas, es por mayoría simple de los Magistrados o Magistradas que respectivamente la forman.

Para que sean válidas las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena o en cualquiera de sus Salas, se requiere el voto favorable de la mayoría simple de sus miembros.”

Sobre la norma in comento desde el punto de vista Constitucional y desde la democracia Constitucional no cabe objeción alguna. Aun así, los motivos de la modificación en el número de magistrados que integran cada Sala del Tribunal Supremo de Justicia se consiguen en razones que van más allá de lo académico o que quizás puedan circunscribirse al ámbito de la Ciencia Política y más específicamente en el manejo y control del poder político a través del control del más alto Tribunal de la República. Es decir, las objeciones a la norma se fundan en razones de orden ético y moral que no deben dejarse pasar, sobre todo cuando se amplía el número de magistrados para que la incorporación de los nuevos produzca un desbalance favorable a quien lleva a cabo el nombramiento.

Posteriormente, siguiendo el hilo discursivo, en el año 2004 la Asamblea Nacional sancionó la LOTSJ, con el objeto de establecer su régimen, organización y funcionamiento.

Es necesario resaltar que, para la aprobación y sanción de dicha Ley, no obstante que es una Ley Orgánica, se consideró que no era necesaria la mayoría calificada prevista por el artículo 203 de la Constitución para la sanción de esta clase de leyes. De tal forma, esta Ley Orgánica<sup>6</sup> se aprobó por la mayoría simple de los diputados.

Entre las novedades de la precitada Ley del 2004, es significativa la resaltada en opinión del Dr. Brewer C.<sup>7</sup>:

“el artículo 18, párrafo 7º de la Ley Orgánica lo establece expresamente al indicar que el Tribunal Supremo de Justicia debe conocer de los asuntos que le competen, “a instancia de parte interesada”. Dicha norma de la Ley Orgánica, sin embargo, estableció una excepción general no autorizada en la Constitución, conforme a la cual, y sin tener en cuenta el principio de la reserva legal, se estableció que el Tribunal y sus Salas pueden actuar de oficio, no sólo en los casos contemplados en la propia Ley Orgánica como se establecía en el artículo 82 de la Ley derogada, sino “cuando así lo amerite”; es decir a la sola discrecionalidad del Tribunal y sus Salas.”

---

<sup>6</sup> *Ídem.*

<sup>7</sup> Brewer Carías, Allan (2004), *Algunas innovaciones en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004*, día: 15 de abril de 2022, hora: 03:10 p.m., <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/958.-901.-Innovaciones-en-la-Ley-Org%C3%A1nica-del-Tribunal-Supremo-Nov.-2004-1.pdf>.

## II. INCONSTITUCIONALIDADES DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE 2022

Este primer aspecto de inconstitucionalidad se concreta en la ausencia de la debida y competente iniciativa legislativa que debió impulsar el trámite correspondiente a la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la que trae como consecuencia la incompetencia de quien la emitió y, esto, a su vez, provoca su inexistencia por nula.

En la *exposición de motivos* de la “propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, textualmente se lee que “el presidente del TSJ, Dr. Maikel Moreno, propuso ante esta Asamblea Nacional la promoción de una reforma para reducir el número de magistrados a los efectos de que la composición del Tribunal Supremo de Justicia, que actualmente consta de 32 miembros, sea reducida con el fin de que pueda darse un mejor manejo de las salas”.

No puede dejar de advertirse que parte de la reforma que ocurrió en 2004 tuvo que ver precisamente con el número de magistrados, que fue llevado de 20 a 32 en aquella oportunidad y que, en la actualidad, se pretende reducir.

Según la reproducción fiel y exacta que antecede, la iniciativa legislativa de la reforma de Ley, que desembocó en el instrumento normativo que motiva esta demanda, la asumió el Dr. Maikel Moreno, quien, por añadidura, es Presidente del Tribunal Supremo de Justicia. Como puede apreciarse, dicho ciudadano no actuó por expresa autorización y aprobación de la Junta Directiva ni de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, ya que no existe prueba alguna de ello; lo que corrobora que la actuación del Dr. Moreno es de iniciativa personal y no de la Junta Directiva ni de la Sala Plena del Máximo Tribunal de la República.

De igual modo, el Tribunal Supremo de Justicia, por imperativo de su propia ley, está gobernado y funciona por sus diversas Salas, entre ellas una Sala Plena, que estará dirigida por una Junta Directiva; todo ello según los artículos 7 y 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

De manera que lo argumentado conduce a una importantísima conclusión: el proyecto de reforma de la LOTSJ y la nueva, y actual ley, tuvo como iniciativa una *conducta personal* del Dr. Maikel Moreno, y no de la Junta Directiva ni de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia; lo cual es de entero conocimiento de los ciudadanos magistrados de la sala constitucional. Es cierto que dicho individuo es el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, pero no es el Tribunal Supremo de Justicia, porque el gobierno y dirección de este órgano judicial le compete, según la Constitución y la LOTSJ vigente para aquel momento, a su Junta Directiva y a la Sala Plena; órganos estos que no interpusieron iniciativa legislativa al respecto; y eso también es de conocimiento de todos los magistrados de ese Altísimo Tribunal.

Las ideas expuestas anteriormente tienen como objetivo dejar de manifiesto la violación al artículo 204, numeral 4, de la Constitución de la República, que preceptúa que la iniciativa de las leyes concernientes al Tribunal Supremo de Justicia, su organización y procedimientos judiciales compete al Tribunal Supremo de Justicia, y no a alguno de sus miembros en particular, ni siquiera por ser presidente del mismo. Se trata, pues, de una materia exclusiva y excluyentemente reservada al Tribunal Supremo de Justicia, en su expresión y funcionamiento orgánico, y así lo pronunció esta sala constitucional en fallo del 5 de mayo de 2016, número 341, expediente 16-0396, que fue fruto de PONENCIA CONJUNTA y que, por llevar a cabo interpretación constitucional, esta última tiene efectos vinculantes según lo que dispone el artículo 335 *in fine* de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, efectividad de vinculación que alcanza, no solamente a órganos jurisdiccionales sino también a otros cuerpos del estado, incluida la Asamblea Nacional; tal como se dispuso en sentencias de esa sala constitucional, entre otras la N°106 del once (11) de febrero de dos mil cuatro (2004).

Lo anterior evidencia, abultada y notoriamente que, en la hipótesis de la actual LOTSJ, este texto legal padece de pecado original por causa de la usurpación de competencias en que incurrió quien personalmente introdujo el respectivo proyecto de ley y, por tanto, cuando asumió la iniciativa legislativa que subjetivamente no le competía, sino al Tribunal Supremo de Justicia.

Tal irregularidad es suficiente y cabal motivo de nulidad de la LOTSJ, por expresa aplicación de los artículos 137 y 138, en concordancia con el 204, numeral 4; todos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

### III. INCONSTITUCIONALIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO CON LOS ARTÍCULOS 62, 70 Y 211 DE LA CARTA MAGNA

El artículo 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela define al gobierno nacional y de todas las entidades políticas como *participativo*. En desarrollo de tan sobresaliente y necesario rasgo gubernamental, los artículos 62, 70 y 211 de nuestra ley fundamental reconocen y disponen el derecho de los ciudadanos y otros entes a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes.

De acuerdo con lo expresado, el citado 211 ordena la consulta ciudadana y a funcionarios públicos durante el trámite tendente a la aprobación de proyectos de leyes.

No hay duda de que la omisión de la consulta, que prescriben las normas constitucionales invocadas, configura grave inconstitucionalidad, que niega y desdibuja el rasgo participativo que determina y ordena, esencial e imperativamente, el artículo 6 de nuestra Carta Magna, como sustancialmente definidor del estado venezolano.

En lo concerniente a la actual LOTSJ, fue notoria la ausencia de consulta y participación, y en muchísimos ambientes, incluso los del mismo Tribunal Supremo de Justicia, se delató críticamente el secretismo que arropó al proyecto y al trámite.

### IV. INCONSTITUCIONALIDAD POR LA AUSENCIA DEL INFORME SOBRE EL IMPACTO E INCIDENCIA PRESUPUESTARIA O DEL INFORME DE LA DIRECCIÓN DE ASESORÍA ECONÓMICA Y FINANCIERA DE LA ASAMBLEA NACIONAL QUE IMPONE EL REGLAMENTO INTERIOR Y DE DEBATES DE LA ASAMBLEA NACIONAL

En sentencia N° 269 de la sala constitucional del 21 de abril de 2016 se dispuso que tales informes, uno u otro en acatamiento a los artículos 103 y 104 del mentado Reglamento, deben acompañar a todo proyecto de ley y que sin ellos no puede ser discutido, ni siquiera en primera discusión ya que esta solo tendrá lugar luego de la incorporación del proyecto de ley al sistema automatizado, lo que únicamente ocurrirá si el texto cumplió con dicho artículo 103 que impone el informe de impacto económico; pero en el caso que nos ocupa, en la *exposición de motivos*, con absoluta ausencia de técnica al respecto, se afirmó: “el presente proyecto no representa para el país ningún tipo de impacto económico, de tal manera que no influirá en el presupuesto financiero de la nación”. El atropello técnico que concretó lo anterior queda evidente si se tiene en cuenta que la remoción que impone la nueva y vigente ley generará la cesación laboral del personal de los respectivos despachos a desaparecer, con los costos correspondientes, y, además, ha lugar al planteamiento de si los magistrados salientes de manera abortiva tendrán derecho al resarcimiento del daño que les cause su retiro, salida y desaparición prematura, incluidos los sueldos y demás créditos que dejarán de percibir. Téngase en cuenta que la cita es de la exposición de motivos, que proviene de quien impulsó la elaboración legislativa y que el estudio o informe de marras jamás fue presentado. Dicho requisito también se exigió y su omisión fue causante motivante de la nulidad parcial de la

Ley de Bono para Alimentos y Medicinas a Pensionados y Jubilados, según veredicto que expidió esa sala constitucional en el fallo que aparece citado y precisado en el encabezamiento de esta letra C, con fundamento en y por expresa aplicación de los artículos 103 y 104 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional publicado en la Gaceta Oficial 42064 del 8 de febrero de 2021.

Como podrá apreciarse las delaciones que antecedieron afectan de nulidad la totalidad de la ley reformante aprobada, nulidad integral que fue demandada; pero, además, hay situaciones particulares que merecen ser puestas de relieve por sus abultadas contradicciones constitucionales, generadoras de nulidades parciales. Ellas, entre otras, son las siguientes:

#### V. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 6 Y LA DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA DE LA LOTSJ

En efecto, el artículo 6 de la cuestionada LOTSJ precisa que, ahora y desde su vigencia, la sala constitucional estará compuesta por cinco (5) magistrados, y las demás Salas por tres (3) integrantes. Esa norma impone una reducción del total actual de 32 conformantes a 20.

Además, con y como propósito instrumental de la disminución, se sancionó una *disposición final segunda* que ordena la inmediata designación de los veinte magistrados que, según reforma, deben integrar la nueva composición cuantitativa del Tribunal Supremo de Justicia. En una *traducción del castellano al castellano*, los dos dispositivos legales *in comento* prescriben lo siguiente: a) El retiro, salida y desaparición de todos los actuales integrantes, lo que realmente consuma una remoción de los hoy magistrados, dispositivo normativo que entra en franca contradicción con el artículo 265 constitucional, que solo permite tal proceder por causa de faltas graves previamente calificadas por el Poder Ciudadano; y b) la reducción por vía “legal” del lapso de doce años, que es la duración del periodo de los magistrados que preceptúa el artículo 264 constitucional; norma que resulta descaradamente injuriada por las dos reglas legales invocadas, esto es, mediante un instrumento de menor jerarquía como lo es la ley misma.

Además, la segunda disposición final prescribe que los magistrados actuales que no hayan concluido su periodo podrán volverse a proponer para un nombramiento, lo que permitirá una burda contradicción con el artículo 264 constitucional, ya que los nuevamente escogidos permanecerán en sus cargos más de doce (12) años, mediante una elección adicional que, sin duda alguna, excede a la única constitucionalmente dispuesta.

Al respecto cabe tener presentes los artículos constitucionales, que imponen la supremacía normativa constitucional, su función fundante del ordenamiento jurídico y la preceptiva subordinación de todos a todas sus reglas; el 333 que ordena el deber de todos de colaborar con el restablecimiento de la efectiva vigencia constitucional; el 334 que obliga a todos los jueces a asegurar la integridad de la Constitución y a hacer prevalecer las reglas de esta sobre cualquiera otra norma jurídica y el 335 que atribuye al Tribunal Supremo de Justicia la función garantizadora de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales.

#### VI. INCONSTITUCIONALIDAD POR LA RESTRICCIÓN A LA COMPETENCIA DE JUZGAMIENTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Al artículo 25 de la LOTSJ se incorporó un párrafo restrictivo de la competencia de la sala constitucional, pero de ninguna otra Sala, en lo que tiene que ver con la interpretación de textos legales. En efecto, se le limita y contiene a dicho órgano jurisdiccional su poder interpretativo ya que ahora el mismo no abarca la modificación del contenido de las leyes. Lo anterior significa, en términos de resultados, la desaparición de la llamada jurisdicción nor-

mativa y, sin la asunción de su defensa, se trata de figura existente en Venezuela, con virtudes y defectos, desde hace más de dos décadas y sobre la cual se ha discurrido abundantemente. Pero llama más la atención que la regla que se refirió solo se contrae a la Sala Constitucional, y que guarda sospechoso silencio en relación con las “modificaciones” legales que pronuncien otras Salas, tal como ha sucedido copiosa e indiscutidamente con la Sala de Casación Civil.

Es el caso de la alteración de normas como las relativas a las causales de divorcio y la inclusión de la posibilidad de llevar a cabo el divorcio por otras causales diferentes de las establecidas, que tenían carácter de orden público.

La norma reformante dispone que en caso de que la Sala Constitucional incurra en la “modificación” legal, deberá referir el fallo a la Asamblea Nacional para que en *uso* de sus facultades constitucionales, realice las reformas a que hubiere lugar, lo que simula, pero materializa, una conculcación de la competencia exegética que atribuye el artículo 25, numeral 17, de la misma Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En el mismo orden de ideas, la disposición del párrafo comentado del artículo 25 del citado instrumento legal, plantea serias dudas e interrogantes, a saber: ¿qué ocurrirá si la Asamblea Nacional no modifica la ley supuestamente modificada? ¿La sentencia respectiva conservará su valor y eficacia? ¿Habrá que esperar si la Asamblea Nacional acepta o no la reforma? ¿Está la Asamblea Nacional de la República obligada a legislar?

Por otra parte, la regulación que se comenta parece resolver en contra de lo que dispone el artículo 3 de la LOTSJ, según el cual contra las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia no se oír ni admitirá acción ni recurso alguno; contradicción que en todo caso debe resolverse a favor de la aplicación del precepto especial por cuanto se estaría violando el principio de cosa juzgada recogido en el artículo 49 de la Carta Magna.

## VII. INJURIA CONTRA EL ARTÍCULO 270 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

La norma invocada dispuso el Comité de Postulaciones Judiciales para la selección de candidatos a magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y para la elección de los jueces con competencia disciplinaria. Además, se ordena que el órgano mentado esté integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad y expresamente se proclama que este Comité es un órgano asesor solamente del Poder Judicial y no de algún otro, incluido el legislativo y el ciudadano.

A pesar de tan abundante nitidez constitucional, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en su artículo 65 preceptúa su composición con la presencia de once diputados y diez personas más que seleccionarán “los otros sectores de la sociedad”, con lo que el número anterior de once se incrementó en diez, para un total de veintiuno. Al respecto la respetable y suficientemente autorizada Academia de Ciencias Políticas y Sociales<sup>8</sup> (ACIENPOL) se ha pronunciado en los términos que siguen:

“4. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 de la Constitución, el Comité de Postulaciones Judiciales como medio de participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos, y especialmente en la elección de los magistrados(as) del Tribunal Supremo de Justicia, está integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de

<sup>8</sup> *Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (2022)*, día: 18 de abril de 2022, hora: 01:00 p.m., <https://www.acienpol.org.ve/pronunciamientos/pronunciamiento-sobre-la-reforma-de-la-ley-organica-del-tribunal-supremo-de-justicia>

conformidad con lo que establezca la ley, y por tanto, no puede tener como integrantes a diputados. Es decir, el Comité de Postulaciones Judiciales no es un órgano interno ni de la Asamblea Nacional, ni del Poder Ciudadano.

No obstante, la clara disposición constitucional, la reforma de los artículos 65 y 69 de la LOTSJ modifican la correlación de miembros del Comité de Postulaciones Judiciales, a favor de diputados en detrimento de la sociedad civil, pasando ésta de un 54,54% a un 47,61%. Asimismo, se establece como quórum de constitución una mayoría absoluta y como quórum de deliberación una mayoría simple, todo en favor del control político del poder judicial por la mayoría parlamentaria establecida en el artículo 65.

5. (*Omissis*) De conformidad con el artículo 270, como se dijo, el Comité de Postulaciones Judiciales no puede tener como integrantes a diputados. Esto en definitiva desnaturaliza y politiza al Comité; y además configura una usurpación de funciones constitucionales ya que, al incorporar diputados al Comité de Postulaciones, al cual le corresponde sólo seleccionar la lista de los candidatos(as) para el cargo, luego esos mismos diputados se incorporan a la Asamblea Nacional para elegir los Magistrados(as) de esa misma lista. (...).”

A las observaciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales debe añadirse que en un Comité de Postulaciones Judiciales de 21 integrantes, de los cuales once (11) serán diputados y por ello mayoría, en el que las decisiones, según el artículo 68 de la LOTSJ, se tomarán con el voto favorable de la mayoría de los presentes, los conformantes no diputados postulados por otros sectores de la sociedad civil carecerán de peso y fuerza en lo que tenga que ver con la preselección de candidatos a magistrados. En cambio, la Asamblea Nacional, a través de sus diputados miembros, tendrá todo el poder para esa previa escogencia.

Sépanse que los once (11) diputados de marras tendrán el encargo del trámite para la selección de los demás conformantes del Comité de Postulaciones que sean propuestos por los otros sectores de la sociedad.

Debe tenerse en cuenta que según la LOTSJ actual y lo ya explicado, la Asamblea Nacional decidirá la composición del Comité de Postulaciones y la elección misma de los magistrados, con la circunstancia de que los diputados participantes en el Comité de Postulaciones opinarán y votarán en la preselección de candidatos a magistrados y en la elección misma de estos últimos, situación que indiscutidamente conforma un adelantamiento y anticipo de opinión, jurídicamente censurable.

Finalmente es relevante que de acuerdo con el artículo 270 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Comité de Postulaciones es órgano asesor del Poder Judicial y que la vigente y nueva LOTSJ, en su artículo 64 afirma la función asesora del mentado Comité, pero calla el órgano asesorado y en un sospechoso final normativo de la regla mencionada dispone que la Asamblea Nacional será la sede del Comité de Postulaciones, sin que haya motivación ni se pueda explicar razón valedera para ello.

En cambio, estalla con fuerza de evidencia y lucidez que la sede del Comité ha de ser la del Poder Judicial, por ser su órgano a asesorar.

#### VIII. AGRAVIOS A LOS ARTÍCULOS 254 Y 267 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

El primero de esos preceptos proclama la independencia y la autonomía del Tribunal Supremo de Justicia y el segundo atribuye al máximo órgano jurisdiccional la dirección, el gobierno y vigilancia de los Tribunales de la República y las Defensorías Públicas, y la creación de una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales.

La debida concordancia de ambas reglas lleva a la conclusión de que al Tribunal Supremo de Justicia compete la elección y designación del funcionariado correspondiente a la operatividad de las referidas Dirección y Defensorías, en cabal tributo a la autonomía e independencia del Máximo Tribunal de la República como director, gobernante y administrador del Poder Judicial, Tribunales de la República y Defensorías Públicas.

A pesar de tan sencilla y fácil conclusión, la actual LOTSJ, en sus artículos 81 y 83, dispone inconstitucionalmente que el Inspector General de Tribunales y el Director de La Escuela Nacional de la Magistratura serán designados por la Asamblea Nacional, con apego al mismo trámite para la escogencia de magistrados; muy contradictoriamente, además, con lo que proclama el artículo 8 de la LOTSJ, según el cual el mentado Inspector, la Inspectoría General de la Defensa Pública y Escuela Nacional de la Magistratura son órganos dependientes jerárquica, organizativa y funcionalmente de la Sala Plena.

Las delaciones, alegatos y argumentos que se han explanado en este escrito y las noticias aparecidas en medios de comunicación ponen de manera notoria y manifiesta el hasta hoy oculto, pero ahora confesado perverso propósito y finalidad de la reforma legislativa y su resultante de ley que mueve a estas líneas y reflexiones. En efecto, uno de los diputados, líder de las filas oficialistas, declaró que se había aumentado la membresía del Comité de Postulaciones Judiciales porque la Asamblea Nacional no podría perder la rectoría del trámite. Esto complementa declaraciones de un militar juristoide que públicamente expresó que la reducción a veinte magistrados hacia más fácil el control de los mismos.

Los textos legales aprobados con la reforma de la LOTSJ, parcialmente examinados en este escrito, junto con lo que se ha explicado, descubren que el propósito de la reforma legislativa de referencia no es otro que el control del Tribunal Supremo de Justicia por la Asamblea Nacional, en desconocimiento de su autonomía e independencia, al igual que de la constitucional separación de los Poderes Públicos; y es que al grupo dominante en lo político gubernamental no le basta con la subordinación de casi todos los órganos del Estado, sino que aspira un control omnímodo del Máximo Tribunal de la República.

Como puede apreciarse en la narrativa de este trabajo, se explanan, por una parte, los elementos de inconstitucionalidad que afectan la totalidad de la LOTSJ y, por otra, aquellos que afectan normas particulares, señaladamente en los artículos 6, 25, 65, 68, 64, 81 y 83 de la LOTSJ. El propósito de esta investigación es poner de relieve tal inconstitucionalidad total o parcial mediante elementos científicos.

Con estas líneas se pretende divulgar la delación de la inconstitucionalidad que arropa al Tribunal Supremo de Justicia, desde su origen mismo, por causa de la muy contraria al Estado de Derecho LOTSJ recientemente aprobada, que cuenta con el espaldarazo absurdo del acto decisorio de la sala constitucional N° 083 del 2022, gravísimamente afectado de nulidad y que se examinará separadamente.



# LA CONFISCACIÓN DE LA SEDE DEL DIARIO EL NACIONAL ES UNA CONSECUENCIA MÁS DE LA TRÁGICA AUSENCIA DE INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA DEL PODER JUDICIAL EN VENEZUELA

Allan R. Brewer-Carías  
*Director de la Revista*

**Resumen:** *Este artículo analiza cómo en el caso de la clausura y subsiguiente confiscación del diario El Nacional, con motivo de una demanda de difamación, lo que quedó evidenciado fue la absoluta falta de independencia y autonomía del Poder Judicial.*

**Palabras Clave:** *Poder Judicial. Independencia; Poder Judicial. Autonomía*

**Abstract:** *This article analyzes how in the case of the closure and subsequent confiscation of the newspaper El Nacional, on the occasion of a defamation lawsuit, what was evidenced was the absolute lack of independence and autonomy of the Judiciary.*

**Key words:** *Judiciary. Independence; Judiciary. Autonomy.*

Lo que ha ocurrido con el “remate judicial” de la sede del Diario *El Nacional* en Caracas, luego de múltiples decisiones dictadas por diversos tribunales de la República a raíz de una demanda de “difamación” intentada contra el mismo, por alguien que se sintió difamado por la reproducción en el diario de una información publicada en un diario español (ABC), no es sino la culminación de una confabulación orquestada desde 2015, con la participación activa de diversas instancias del Poder Judicial, incluida la Sala de Casación de Tribunal Supremo de Justicia, no sólo para buscar clausurar dicho importante medio informativo, sino para confiscarle su propia sede.

Se trata de un signo más de la sistemática violación del derecho a la libre expresión del pensamiento y a la comunicación y difusión de información que garantiza el artículo 57 de la Constitución, que una vez más la hemos visto convertida en una Constitución de “plastilina” como la llamó un ex juez del Tribunal Supremo del propio régimen, que se amolda a los deseos de quienes la manipulan, utilizando para ello al Poder Judicial, cuya independencia y autonomía se comenzó a demoler desde 1999. Ese año, efectivamente, la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 decretó el asalto e intervención del Poder Judicial destituyendo jueces a mansalva, sin garantía alguna de debido proceso, y nombrado

jueces provisorios y temporales sometidos al poder;<sup>1</sup> proceso que tuvo como su primera víctima institucional a la antigua Corte Suprema de Justicia.<sup>2</sup>

Con ello se inició en Venezuela el proceso sistemático de demolición, desmantelamiento o derrumbe sin pausa del Poder Judicial, barriando con su autonomía e independencia, habiendo sido ello durante los últimos lustros, uno de los signos más notorios del deterioro institucional del país, obra del autoritarismo donde, en consecuencia, no hay Estado de derecho.<sup>3</sup> En esa condición, lamentablemente nada de extrañar tiene que haya sido el Poder Judicial el vehículo utilizado para confiscar la sede del Diario *El Nacional*.

Ese proceso de eliminación de la independencia y autonomía judicial en Venezuela que hemos venido denunciando progresivamente,<sup>4</sup> lo explicó en septiembre de 2021 en el *Informe de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela* presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, luego de apreciar que en el país “la erosión de la independencia judicial y de la fiscalía se ha acelerado en los últimos años,” reconociendo sin embargo que “las reformas legales y administrativas que contribuyeron al deterioro de la independencia del sistema de justicia tuvieron lugar a lo largo de varios años, al menos desde la adopción de la Constitución de 1999” (pár. 14).<sup>5</sup>

Lo importante a destacar es que esa situación de progresiva erosión de la autonomía e independencia del Poder Judicial, se ha observado y denunciado por todos los organismos internacionales con funciones en materia de protección de los derechos humanos, como ha sido el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la cual durante los últimos veinte años, en sus Informes, ha “constatado reiteradamente la falta de independencia judicial” en Venezuela.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Véase mi crítica de entonces a la intervención constituyente del Poder Judicial en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo I (8 agosto / 8 septiembre), Editorial Jurídica Venezolana, 1999, pp. 57-74.

<sup>2</sup> Véase sobre la destitución de los magistrados de la Corte y sobre el nombramiento viciado de los Magistrados del nuevo Tribunal Supremo mis comentarios de entonces en Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2002, pp. 350 ss.

<sup>3</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *The Collapse of the Rule of Law and the Struggle for Democracy in Venezuela. Lectures and Essays (2015-2020)*, Colección Anales, Cátedra Mezerhane Miami Dade College, 2020.

<sup>4</sup> Véase Allan R. Brewer-Carías, *La demolición de la independencia y autonomía del Poder Judicial en Venezuela 1999-2021*, Colección Biblioteca Allan R. Brewer-Carías, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, No. 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2021, 612 pp.

<sup>5</sup> Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A.HRC.48.69%20ES.pdf>.

<sup>6</sup> Como lo resumió en uno de sus más recientes Informes de admisibilidad en el Caso: *Nelson J. Mezerhane Gosen vs. Venezuela* (Informe No. 312/21, Petición 961-10, 2 de noviembre de 2021), indicando que: “ha en Venezuela. Así sucedió, entre otras: en el *Informe Anual de 2004* (Capítulo IV, párrafos 138-207), en el *Informe Anual de 2005* (Capítulo IV, párrafos 214-370), en el *Informe Anual de 2006* (Capítulo IV, párrafos 138-252), en el *Informe Anual de 2007* (Capítulo IV, párrafos 221- 315), (i) en el *Informe Anual de 2008* (Capítulo IV, párrafos 391-403), (ii) en el *Informe Anual de 2009* (Capítulo IV, párrafos 472-483), (iii) en el *Informe Anual de 2010* (Capítulo IV, párrafos 615-649), (iv) en el *Informe Anual de 2011* (Capítulo IV, párrafos 447-477), (v) en el *Informe Anual de 2012* Capítulo IV, párrafos 464-509), (vi) en el *Informe Anual de 2013* (Capítulo

Por ello, en marzo de 2014, antes de que comenzara la persecución judicial contra el Diario *El Nacional*, el Secretario General de la Comisión Internacional de Juristas en el *Informe* que presentó en Ginebra referido a la problemática estructural del Poder Judicial en Venezuela, destacó cómo:

*“el Poder Judicial ha sido integrado desde el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) con criterios predominantemente políticos en su designación. La mayoría de los jueces son “provisionales” y vulnerables a presiones políticas externas, ya que son de libre nombramiento y de remoción discrecional por una Comisión Judicial del propio TSJ, la cual, a su vez, tiene una marcada tendencia partidista. [...]”*

Y concluyó afirmando tajantemente que:

*“Un sistema de justicia que carece de independencia, como lo es el venezolano, es comprobablemente ineficiente para cumplir con sus funciones propias [...] el poder judicial, precisamente por estar sujeto a presiones externas, no cumple su función de proteger a las personas frente a los abusos del poder sino que, por el contrario, en no pocos casos es utilizado como mecanismo de persecución contra opositores y disidentes o simples críticos del proceso político, incluidos dirigentes de partidos, defensores de derechos humanos, dirigentes campesinos y sindicales, y estudiantes.”<sup>7</sup>*

La situación siguió siendo reconocida por otras instancias internacionales de manera que, por ejemplo, el Secretario General de la OEA, Luis Almagro, apreció en 2016 que “no existe en Venezuela una clara separación e independencia de los poderes públicos, donde se registra uno de los casos más claros de cooptación del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo,” denunciando la integración del Tribunal Supremo de Justicia como “completamente viciada tanto en el procedimiento de designación como por la parcialidad política de prácticamente todos sus integrantes,”<sup>8</sup> todo lo cual “demuestra claramente la falta de independencia del poder judicial,” precisando que “El sistema tripartito de la democracia ha fracasado y el poder judicial ha sido cooptado por el ejecutivo [...]”<sup>9</sup>

---

IV, párrafos 632-660), (vii) en el *Informe Anual de 2014* (Capítulo IV, párrafos 536-566), (viii) en el *Informe Anual de 2015* (Capítulo IV, párrafos 257-281), (ix) en el *Informe Anual de 2016* (Capítulo IV, párrafos 57-87.), (x) en el *Informe Anual de 2017* (Capítulo IV, párrafos 13-21), (xi) en el *Informe Anual de 2018* (Capítulo IV.B, párrafos 30-57) (xii) en el *Informe Anual de 2019* (Capítulo IV.B, párrafos 30-48) y en el *Informe Anual 2020*. También se examinó en detalle el tema en (xiii) el *Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Venezuela de 2017* (“Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela”, páginas 45 y siguientes) y (xiv) el *Informe sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela de 2009* (Parte III, párrafos 180 a 339.22). Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso Nelson J. Mezerhane Gosen vs Venezuela, Informe de admisibilidad No. 312/21, Petición 961-10, 2 de noviembre de 2021, párr.33.

<sup>7</sup> Véase Informe sobre el: *Fortalecimiento del Estado de Derecho en Venezuela*. Disponible en <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

<sup>8</sup> *I Informe sobre la situación en Venezuela en relación con el cumplimiento de la Carta Democrática Interamericana*, que presentó al Consejo Permanente de la Organización el 30 de mayo de 2016 *idem*, p. 127. Disponible en [oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf](http://oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf).

<sup>9</sup> Véase el texto de la exposición del Secretario General Luis Almagro ante el Consejo Permanente de la OEA, 23 de junio de 2016, en: [http://www.el-nacional.com/politica/PresentacindelSecretarioGeneraldeOEA\\_ante\\_NACFIL20160623\\_0001.pdf](http://www.el-nacional.com/politica/PresentacindelSecretarioGeneraldeOEA_ante_NACFIL20160623_0001.pdf). Véase igualmente el texto en los Apéndices a este libro.

Más recientemente, en septiembre de 2019, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Michele Bachelet en su Informe ante las Naciones Unidas, se refirió a la “falta de independencia y la corrupción en el poder judicial” en el país;<sup>10</sup> y en el Informe de la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, de septiembre de 2020, se constató cómo entre los elementos que contribuyen a la violación de la Constitución, está “la falta de independencia del Poder Judicial” (par. 148, Informe), habiendo “el Tribunal Supremo dejado de funcionar como un control independiente de los demás poderes del Estado” (par. 154), [y] “el propio Poder Judicial” quedado “convertido en un instrumento de represión” (par 165, Informe).<sup>11</sup>

Y todavía más recientemente, el 22 de junio de 2021, la Comisión Internacional de Juristas hizo nuevamente público su Informe titulado *Jueces en la cuerda floja. Informe sobre Independencia e imparcialidad del Poder Judicial en Venezuela*, en el cual, documentando exhaustivamente la situación, hizo hincapié en el “control y la influencia política sobre el Poder Judicial,” así como en el “rol que ha desempeñado el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en el quebrantamiento de la independencia de los jueces en todo el país.” En el Informe, la Comisión Internacional de Juristas afirmó tajantemente que “el Poder Judicial de Venezuela se ha convertido en una herramienta para que el Poder Ejecutivo controle políticamente al país, en lugar de ser un mecanismo de defensa del Estado de derecho en el país. [...]”; concluyendo con la trágica constatación de que “en Venezuela, el derecho a la justicia no está garantizado, en la medida en que no tenemos un sistema de jueces independientes e imparciales.”<sup>12</sup>

El panorama antes descrito, observado por todos los organismos internacionales desde el inicio del régimen autoritario en Venezuela, viene de ser reiterado además, en el Informe de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela de 16 de septiembre de 2021 presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, destacándose como “la injerencia política en la elección de magistrados del Tribunal Supremo ha dado lugar a cambios permanentes en su alineación ideológica.

Ello ha derramado sus efectos sobre todas las instituciones del Poder Judicial” (pár. 15); y cómo “la importancia de estos nombramientos se hace evidente dado el nivel de control casi total que el Tribunal Supremo de Justicia ejerce sobre las demás instituciones del Poder Judicial” (pár. 19).<sup>13</sup>

En fin, en el mismo mes de septiembre de 2021 el mundo fue testigo de cómo en las reuniones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra, se clamó por la restauración de la independencia del Poder Judicial en el país, destacándose la condena que destacó la Comisión Internacional de Juristas y el Instituto de Derechos Humanos de la Asociación Internacional de Abogados, sobre “la continuada e indebida injerencia del Ejecutivo y el

<sup>10</sup> Véase “Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela,” 4 de julio de 2019, par 56; en [https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A\\_HRC\\_41\\_18\\_SP.docx](https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx).

<sup>11</sup> Véase Informe de 15 de septiembre de 2020, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A\\_HRC\\_45\\_CRP.11\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf).

<sup>12</sup> Disponible en: <https://www.icj.org/es/venezuela-un-poder-judicial-politizado-que-es-una-herramienta-de-represion-mas-que-un-defensor-del-estado-de-derecho/>

<sup>13</sup> Disponible en: [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A.HRC\\_.48.69%20ES.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A.HRC_.48.69%20ES.pdf)

*Legislativo sobre el Poder Judicial*, que se refleja en el nombramiento y la destitución arbitraria de los jueces del Tribunal Supremo y en las *presiones que se ejercen sobre los jueces en general*, violando el principio de independencia judicial.”<sup>14</sup>

En esa situación de ausencia de justicia es, sin duda, difícil tener razón, y más difícil aún poder esperar obtener Justicia. La situación hace recordar lo que expresó hace varios siglos Francisco de Quevedo, “*Donde hay poca justicia, es un peligro tener razón, porque los imbéciles son mayoría.*”

Una muestra más de esa trágica situación del Poder Judicial en Venezuela, y del consecuente deterioro del Estado de derecho y de la posibilidad de poder obtener protección judicial a los derechos humanos son, precisamente, el conjunto de decisiones adoptadas desde 2015 por tribunales que carecen de independencia y autonomía, y que han culminado, a través de un “remate judicial,” con la confiscación de la sede del Diario *El Nacional*, buscando callar un medio de comunicación que ha sido bastión de la libertad de expresión en el país.

---

<sup>14</sup> Véase “ONU: ICJ y IBAHRI destacan la necesidad urgente de rendición de cuentas por las graves violaciones de derechos humanos en Venezuela,” 24 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.icj.org/es/onu-icj-y-ibahri-destacan-la-necesidad-urgente-de-rendicion-de-cuentas-por-las-graves-violaciones-de-derechos-humanos-en-venezuela/>

## LA TOMA DEL PODER EN LOS COLEGIOS DE ABOGADOS DE VENEZUELA (2000-2020)

Alí Daniels\* y Cosimina Pellegrino\*\*

*Abogados*

**Resumen:** *Este estudio resalta la intervención gubernamental en los Colegios de Abogados del país, lo que desvirtúa la libertad de asociación, y en consecuencia su autonomía política. Es manifiesta la práctica de controlar a estas corporaciones profesionales a partir de sus procesos electorales que deben estar sometidos a las instrucciones y lineamientos del Consejo Nacional Electoral, incluso del Tribunal Supremo de Justicia, conforme al artículo 293.6 constitucional. Esta manera de proceder ha buscado, lamentablemente, favorecer los intereses del proyecto revolucionario, en desmedro de los derechos fundamentales de los colegiados, del Estado constitucional de derecho, y en general de la democracia. Es un estudio con un enfoque global que muestra cómo los colegios de abogados han sido subordinados y controlados en los últimos veinte años.*

**Palabras Clave:** *Colegios de abogados – Consejo Nacional Electoral – Tribunal Supremo de Justicia – Libertad de asociación – Democracia*

**Abstract:** *This study highlights government intervention in bar associations in the country, which undermines freedom of association, and consequently their political autonomy. It is manifest the practice of controlling these professional corporations from their electoral processes, that must be subject to the instructions and guidelines of the National Electoral Council, even the Supreme Court of Justice, in accordance with article 293.6 of the Constitution. Unfortunately, this way of proceeding has sought to favor the interests of the revolutionary project, to the detriment of the fundamental rights of collegiate, of the constitutional state of law, and in general of democracy. It is a study with a global approach that shows how bar associations have been subordinated and controlled in the last twenty years*

**Key words:** *Bar Associations – National Electoral Council – Supreme Court of Justice – Freedom of Association – Democracy*

### NOTA INTRODUCTORIA

En la presente investigación se revisa el grave ataque del que fueron objeto los colegios profesionales del país, concretamente los colegios de abogados, por parte de la acción gubernamental representada por el Consejo Nacional Electoral (CNE) y el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), durante las dos últimas décadas.

---

\* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Especialista en derecho administrativo de la UCAB. Estudios en Doctorado en Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de la UCAB. Codirector de la ONG Acceso a la Justicia. Autor de artículos publicados en revistas reconocidas.

\*\* Abogada de la Universidad Central de Venezuela (UCV), mención Magna Cum Laude. Especialista en Derecho Administrativo de la UCV. Doctor en Ciencias, mención “Derecho” de la misma universidad. Profesora de la UCV a nivel de pregrado y doctorado.

En esta etapa, de hecho, Venezuela ha experimentado en forma reiterada la persecución contra los partidos políticos<sup>1</sup>, así como de los gremios, colegios profesionales, sindicatos<sup>2</sup> y otras organizaciones de la sociedad civil, a través de la instauración de políticas antidemocráticas destinadas a favorecer los intereses del Gobierno nacional, y que han limitado y cercenado las capacidades de estos sectores de la sociedad para el desarrollo de sus actividades.

A consecuencia de ello, se han desmejorado de forma constante y significativa las condiciones para el funcionamiento de los organismos de la sociedad civil en el país, y hasta se puede decir que están en peligro, todo ello en detrimento del derecho humano de asociación.

En los últimos años, el Gobierno ha concretado acciones de articulación contra las organizaciones de distintos sectores de la sociedad civil. Este asedio ha adquirido mayor despliegue respecto a los partidos políticos de oposición, a través de la paulatina imposición de

---

<sup>1</sup> Es importante acotar que la práctica de inmiscuirse en los asuntos internos de las organizaciones políticas se remonta al año 2000, cuando tanto el CNE como el TSJ iniciaron la intervención de la organización Acción Democrática (AD), cuando el órgano comicial dirimió la disputa que se había suscitada entre AD-Los Chorros (Timoteo Zambrano y William Dávila) y AD-La Florida (Henry Ramos Allup y Rafael Marín Jaen), en la cual estableció mediante resolución n° 001206-2559 del 6 de diciembre de 2000 que las máximas autoridades legítimas de la organización política recaían en las personas de Ramos Allup como presidente y Marín Jaen como secretario general. Posteriormente la decisión administrativa del órgano comicial sería ratificada por el TSJ a través de su Sala Electoral mediante la sentencia n° 28 del 20 de marzo de 2001, tras declarar sin lugar la nulidad que Zambrano demandaba contra el acto del Consejo Nacional Electoral en el que reconocía la directiva de AD-La Florida (véase <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/marzo/028-200301-000001.HTM>). Asimismo, esta injerencia se reproduciría en 2012 cuando nuevamente la Sala Electoral, en el fallo n° 87 (véase <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/junio/87-6612-2012-AA70-E-2011-89-95.HTML>) decide favorecer al sector prochavista del partido Patria Para Todos (PPT) que encabezaba Rafael Uzcátegui, adjudicándole a este la secretaría general de la organización y destituyendo a José Simón Calzadilla del mencionado cargo. Otro episodio se presentaría contra la organización Movimiento por la Democracia Social (Podemos) cuando la Sala Constitucional en sentencia n° 793 del 7 de junio de 2012 (véase <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/793-7612-2012-12-0402.HTML>) decidió despojar a Ismael García de la presidencia de este partido y reemplazarlo por el exgobernador del estado Aragua, Didalco Bolívar, tras algunas desavenencias que había tenido García con el expresidente Chávez. En 2015 la misma suerte afectaría a las direcciones nacionales del Movimiento Electoral del Pueblo (MEP), Bandera Roja, MIN-Unidad y Comité de Organización Política Electoral Independiente (Copei), luego de que el TSJ decretara la suspensión de sus funciones y, a su vez, ordenara su reemplazo por juntas presididas por dirigentes políticos que estuvieran vinculados al chavismo, alterando significativamente la esencia democrática que gozaban las autoridades legítimas de esas organizaciones. Véase: <https://accesoaljusticia.org/tsj-expropiacion-a-ad-pj-y-vp-con-una-oposicion-a-la-medida-de-maduro/>, <https://provea.org/actualidad/acceso-a-la-justicia-7-claves-sobre-la-ilegalizacion-de-los-partidos-politicos-anunciada-por-maduro/> y <https://accesoaljusticia.org/venezuela-sin-partidos-politicos-opositores/>

<sup>2</sup> La intervención de los sindicatos inició por intermedio de la Asamblea Nacional Constituyente, electa en julio de 1999, cuando mediante decreto del 30 de enero de 2000 estableció las medidas para «garantizar la libertad sindical», creando una Comisión Nacional Electoral Sindical para garantizar la realización de elecciones libres, democráticas, universales, directas y secretas para elegir a los directivos de las organizaciones sindicales de trabajadores. Más tarde, la Asamblea Nacional exhortó a las organizaciones sindicales del país, mediante acuerdo del 10 de octubre de 2000, «a poner en marcha el proceso constituyente de las organizaciones sindicales, con el fin de democratizar el movimiento sindical», convocando a un referendo nacional (referendo sindical) sobre la democratización y reorganización del movimiento laboral sindical, que sería organizado por el CNE. Con esta consulta sindical, sin duda, la Asamblea había decretado la muerte de la libertad sindical, dando inicio al proceso de intervención pública de los sindicatos en Venezuela.



normas restrictivas a los derechos políticos y de sentencias del TSJ conducentes a la intervención de las dirigencias de estas organizaciones, sobre todo a la hora de contiendas electorales, que han servido de estrategia para que la autoridad gubernamental diseñe una oposición a la medida que le garantice su victoria.<sup>3</sup>

La pérdida de identidad de estas organizaciones autónomas de la sociedad civil impuesta desde el Gobierno nacional, a fin de afianzar el proceso de concentración y centralización del poder, tiene su origen en la entrada en vigencia de la Constitución de 1999.

Justamente, dentro de este contexto se estableció como política gubernamental la ablación de organizaciones de la sociedad civil como los colegios de profesionales, y entre ellos los colegios de abogados, todo esto logrado mediante estrategias consistentes en el control de sus procesos electorales dirigido a aniquilar su autonomía y el régimen de su funcionamiento interno.

De este modo, el Gobierno, a través de los distintos organismos estatales por él controlados, comenzó a realizar actuaciones, actos, leyes y decretos leyes, así como dictó un catálogo de medidas arbitrarias que desconocieran la autonomía de estos actores sociales, reduciendo por ende su funcionamiento.

Ahora bien, es importante indicar, a los efectos de la presente investigación, que los colegios de abogados son entes regulados por el legislador a través de leyes, en este caso por la Ley de Abogados (1967)<sup>4</sup>, pero que no son considerados como personas jurídicas estatales, es decir, que no existe sobre ellos ninguna relación de jerarquía, o de control de tutela del Estado, ni mucho menos una participación patrimonial por parte de este último, lo que implica que no son parte de la estructura organizativa estatal.<sup>5</sup>

Es más, estos organismos profesionales son entidades de la sociedad civil que gozan de plena autonomía, la cual se extiende no solo desde el punto de vista funcional, sino también financieramente (autonomía financiera) frente al Estado, e incluso políticamente, lo que le permite elegir con libertad a sus autoridades (autonomía política) sin ninguna injerencia estatal.

Y aunque estas organizaciones estén sujetas a las regulaciones del Estado por la importante función que tienen, sobre todo por aquellas de protección y vigilancia del ejercicio de la profesión, como la Ley de Abogados y su Reglamento, también están sometidos a las resoluciones y acuerdos dictados por la Federación de Colegios de Abogados y el Instituto de Previsión Social del Abogado.

De hecho, la actividad de los colegios de abogados, y de los colegios profesionales en general, es promocionar los intereses de los profesionales titulados que los componen, así como controlar la formación y actividad de sus miembros para que la práctica de cada profesión colegiada responda a los parámetros de ética y calidad exigidos por la sociedad a la que sirven.

---

<sup>3</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/el-camino-a-la-eliminacion-de-los-partidos-politicos-de-oposicion-en-venezuela/>

<sup>4</sup> El más antiguo es el Colegio de Abogados de Caracas creado en 1788. Véase: <http://www.ilustrecolegiodeabogadosdecaracas.com/>.

<sup>5</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2021/07/Breve-reporte-sobre-la-intervencion-de-los-Colegios-de-Abogados-por-el-TSJ.pdf>

Vale observar igualmente que la Constitución en su artículo 105 reconoce expresamente la existencia de los colegios profesionales y establece que la ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas.

Contrariamente, el artículo 293, numeral 6 constitucional contiene otra regulación que más bien afecta la autonomía de los colegios profesionales, esto porque tiene como propósito que el Estado, por intermedio del CNE, vigile, controle y fiscalice los procesos electivos de sus autoridades y demás miembros directivos. Este control de prácticamente cualquier elección de una asociación o corporación ha generado una intrusión en el ámbito privado de las organizaciones, lo que afecta gravemente su libertad de asociación, pues uno de sus elementos básicos es la de que sean los miembros de dichas agrupaciones los que lleven a cabo los actos de elección de sus autoridades, pero al exigirse la intervención del CNE (tanto para colegios profesionales como para sindicatos),<sup>6</sup> en la práctica se ha impuesto un control por parte del Estado que coarta la propia existencia de las organizaciones afectadas al generarse mecanismos de intervención que afectan sus actividades e incluso su propia administración.

Al efecto, vale recordar que la Corte Interamericana ha señalado que la libertad de asociación implica el «derecho a agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad»<sup>7</sup> y que exige del Estado a «que quienes están bajo la jurisdicción de los Estados Partes tienen el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del referido derecho».<sup>8</sup>

De este modo, la intervención estatal para establecer mecanismos que obstaculicen la actuación de las asociaciones es una vulneración de la libertad de asociación y, por tanto, una violación de los derechos humanos de quienes pretender ejercer esa libertad.

Adicionalmente, se debe señalar que en una comunicación dirigida al Gobierno venezolano por cuatro relatores de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se hicieron las siguientes puntualizaciones respecto a la libertad de asociación:

El artículo 22 del PIDCP, así como el artículo 16 de la CADH, protege la libertad de asociación. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas estableció que ello incluye no sólo el derecho a formar una asociación, sino también el derecho de sus miembros a llevar a cabo sus actividades. Como tal, la imposición de restricciones a las actividades de la asociación o de una multa por dichas actividades equivaldría a una restricción de la libertad de asociación. Además, gozan del derecho y la libertad de agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, y **el Estado tiene la correlativa obligación negativa de no presionar o entrometerse de forma tal que pueda alterar o desnaturalizar dicha finalidad.**

<sup>6</sup> Véase: Informe de la Comisión de Encuesta de la OIT (2019), disponible en [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_722436/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_722436/lang--es/index.htm). Respecto de la injerencia en las elecciones sindicales, la Comisión recomendó:

la eliminación de la figura de la mora electoral y la reforma de las normas y procedimientos de elecciones sindicales, de manera que la intervención del Consejo Nacional Electoral sea verdaderamente facultativa, no suponga un mecanismo de injerencia en la vida de las organizaciones, se garantice la preeminencia de la autonomía sindical en los procesos electorales y se eviten dilaciones en el ejercicio de los derechos y acciones de las organizaciones de empleadores y trabajadores (p. 230).

<sup>7</sup> Corte IDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de julio de 2007. Serie C, n° 167, párrafo 144.

<sup>8</sup> Ídem.

Para ser compatibles con el Pacto y la Convención, las restricciones a la libertad de asociación deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 22 del Pacto, así como en el artículo 16 de la CADH. **En ninguna circunstancia las restricciones pueden ser tan onerosas que pongan en peligro el derecho en sí**<sup>9</sup> (énfasis nuestro).

Es de destacar, en este sentido, que entre las corporaciones profesionales fueron los colegios de abogados las organizaciones más afectadas a raíz del dispositivo 293, numeral 6 constitucional, sobre todo por su posición de crítica y cuestionamiento de las políticas del Gobierno nacional, además de ser instancias que siempre estuvieron caracterizadas por promover el respeto y protección del Estado de derecho, así como de la separación de poderes y la libertad individual.

Precisamente, con base en esa norma constitucional, el órgano comicial y el máximo tribunal del país configuraron una estructura centralizadora y estatizante contra los colegios de abogados y, en general, contra los gremios y demás colegios profesionales, con el intento definitivo de dismantelar su funcionamiento y sustituir sus dirigencias por grupos políticos gubernamentales, para de este modo tomar su control absoluto. Esto además iría en contra de los requisitos básicos que sobre la limitación al derecho de asociación señalaron los relatores de la ONU antes mencionados, entre los que señalaron los siguientes:

Cualquier limitación a estos derechos debe:

a) Estar prevista de manera expresa, precisa y clara en una ley en sentido formal y material. No es suficiente que las restricciones sean aprobadas formalmente por el órgano competente, sino que la norma debe adoptarse según el procedimiento requerido por el derecho interno del Estado, ser accesible al público y estar formulada en términos lo bastante precisos como para que las personas puedan ajustar su conducta a ella, además de no conferir una discreción ilimitada a los órganos encargados de su ejecución.

De este modo la centralización y la autorización estatal para elegir a los representantes de una organización son sin duda elementos que conforman «una discreción ilimitada» en los términos del documento antes transcrito, a lo que debe sumarse el hecho de que «De igual modo, “en ningún caso podrán aplicarse o invocarse las restricciones de manera que menoscaben el elemento esencial de un derecho reconocido en el Pacto”», cuestión esta que es la consecuencia práctica de las limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico venezolano.

Así pues, nuestro interés es desarrollar un enfoque global que permita captar cómo los colegios de abogados fueron controlados por parte del Estado con el intento de manipular su dirigencia.

Justamente, a los fines de realizar la revisión propuesta, se aborda, en primer lugar, cómo se desarrolló el dismantelamiento de los colegios de abogados en Venezuela a la luz del propio texto constitucional de 1999, y cómo esta práctica fue extendiéndose en otras organizaciones de la sociedad civil.

---

<sup>9</sup> Mandatos de la Relatora Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo; de la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión; del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación; y de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos. Véase. <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=26801>.

Luego de ello, se tocan algunas de las características esenciales de las fórmulas normativas aprobadas por el CNE en el proceso de centralización de los comicios de estos colegios, que lamentablemente serían reforzadas por el TS, por intermedio de las salas Constitucional y Electoral.

Finalmente, a partir de las consideraciones hechas en las secciones antes mencionadas, se examinarán los casos emblemáticos, entre los que destacan el del Colegio de Abogados de Caracas y el de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, en los que se vulneraron groseramente los derechos fundamentales de sus asociados.

1. *El desmantelamiento de la autonomía de los colegios de abogados: el inicio del hostigamiento contra las organizaciones de la sociedad civil*

El Gobierno nacional ha consolidado su posición hegemónica en las instituciones del Estado en las dos últimas décadas. Esta toma del poder absoluto comenzó en 1999, especialmente con la aprobación mediante referendo popular del proyecto de Constitución elaborado por la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), una instancia que estaba integrada por el 98,08% de las fuerzas que respaldaban el proyecto político del entonces presidente Hugo Chávez Frías, denominado Polo Patriótico.<sup>10</sup>

La propuesta del texto constitucional representaba para quienes la cuestionaban un «traje a la medida» que buscaba dar sustento constitucional a las ambiciones de control absoluto por parte de Chávez Frías; el resultado del referendo favoreció ampliamente a los intereses del expresidente, pues obtuvo 3.301.475 votos, equivalentes a 71.71%, contra 1.298.105, que constituían el 28.22% de los votos emitidos, más allá de que la abstención alcanzó 55.22%.

La aprobación de la nueva carta magna en diciembre de 1999, que derogaba la Constitución de 1961, la que más tiempo de vigencia ha tenido en toda la historia constitucional venezolana, le permitió al gobierno de Chávez construir un disfraz o fachada democrática a su hegemonía política, dado que el partido de gobierno comenzó a desmontar la institucionalidad, sobre todo luego de que reforzara las potestades presidencialistas y centralistas.

Es indudable que si bien el nuevo texto constitucional no se separaba del modelo estatal republicano, estaba claro que marcaba el inicio de un nuevo régimen político que le permitiera sostener al Gobierno chavista una plataforma que ampliaba enormemente las potestades del Poder Ejecutivo al extenderle, por ejemplo, la posibilidad de dictar todo tipo de leyes si recibía una ley habilitante, a pesar de que en la Constitución anterior esa potestad estaba limitada a leyes económicas o financieras.

De hecho, a partir del texto constitucional de 1999 se introdujeron en el sistema del país una serie de cambios sociales, culturales, políticos y jurídicos. Entre ellos cabe destacar la ampliación de las potestades del Ejecutivo nacional (artículo 236), sin precedentes en las anteriores cartas, así como la participación política de los militares (artículo 330) y el aumento de los poderes públicos del Estado: a los tres clásicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) les fueron incorporados el Poder Ciudadano y el Electoral (artículo 136).

También se añadieron otras novedades, como la eliminación del Senado (artículo 186), estableciéndose un parlamento unicameral que dejaba sin representación a las entidades federales en el órgano deliberante nacional, aparte de la figura de la ANC (artículo 347)

<sup>10</sup> En Acceso a la Justicia se elaboró un informe que describe, analiza y denuncia cómo, de forma lenta pero segura, se ha instaurado en Venezuela un régimen totalitario, sin Estado de derecho y violatorio de los derechos humanos, que está disponible en <https://accesoalajusticia.org/toma-poder-absoluto-venezuela/>

como mecanismo de cambio constitucional, junto a la reforma y la enmienda, y la inclusión de una batería de mecanismos para el ejercicio efectivo de la democracia representativa en el país (artículo 70).

Al mismo tiempo se incluyó el que las elecciones internas de los partidos políticos, sindicatos, organizaciones gremiales y colegios profesionales, entre otros actores de la sociedad civil, debían ser organizadas por el Estado a través del Poder Electoral (artículo 293, numeral 6), una situación que desdichadamente representaría una deformación de la institucionalidad democrática que hasta ese momento existía en el Estado venezolano.

De hecho, en la mencionada disposición constitucional se estableció que el Poder Electoral por medio de su órgano rector, el Consejo Nacional Electoral (CNE), tiene la atribución exclusiva de organizar las elecciones de los mencionados organismos, por lo que únicamente adquirirían reconocimiento y validez la escogencia de sus autoridades de acuerdo a lo establecido por el órgano electoral.

De este modo, algo que debía ser simplemente un apoyo técnico de un poder del Estado se convirtió en un mecanismo de control de las organizaciones y en un medio muy fácil de deslegitimar a una asociación simplemente con no realizar la renovación de sus autoridades.

Esa previsión constitucional daba pie para que los partidos políticos, sindicatos, gremio, colegios profesionales y otros actores de la sociedad civil, como las asociaciones de vecinos,<sup>11</sup> clubes sociales y federaciones deportivas, comenzaran a ser intervenidos por las autoridades estatales, concretamente por el órgano comicial y por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ).

Esta disposición pondría en evidencia el carácter proselitista de los fines por parte de la autoridad gubernamental, además de su carácter intervencionista. Anunciaba, en efecto, el peligro que tendrían las organizaciones no afectas al Gobierno nacional en la realización de sus procesos electorales. Lo lamentable es que todo ello configuraría la violación de garantías constitucionales, como poner en riesgo la libertad de asociación, así como la diversidad política.

La razón de decidir limitar la potestad de autorregulación de estas organizaciones para la elección de sus dirigentes y autoridades era clara: secuestrar e intervenir los asuntos propios de estos actores de la sociedad civil para promover movimientos partidistas, y por ende centralizar el poder y reforzar la gestión intervencionista que venía en aumento.

Se trata de una política gubernamental para tomar el control sobre estas organizaciones que hasta ese momento habían gozado de autonomía para organizar sus elecciones (autonomía política) de conformidad a la normativa que estos mismos entes dictaban según la Ley de Abogados.

Se planteaba, sin lugar a dudas, la intervención de un órgano estatal en la vida de cada uno de los colegios profesionales del país, que limitaría y entorpecería sus funciones internas.

---

<sup>11</sup> A partir de esta norma, el Estado tuvo la posibilidad de intervenir el funcionamiento interno de numerosas asociaciones de vecinos, hoy día prácticamente desplazadas por los denominados consejos comunales. Un caso emblemático fue el de la Asociación de Residentes de la Urbanización La Trinidad, conforme a la sentencia n° 61 del 29 de mayo de 2001 dictada por la Sala Constitucional del TSJ, en la que el juez constitucional consideró que se trataba de organizaciones «que el mismo texto constitucional alude implícitamente como “sociedad civil”, pudiendo solicitar al Consejo Nacional Electoral su intervención para organizar sus elecciones».

De este modo, el ataque se inició apenas transcurridos algunos días de la entrada vigencia de la Constitución actual en diciembre de 1999.

Así, sería el CNE, a inicios de 2000 la instancia encargada de dar el primer paso luego de que ordenara suspender todos los procesos electorarios de esas organizaciones, situación que ponía a sus asociados en condiciones de absoluta y total indefensión.

Efectivamente, conforme a la resolución n° 000204-25 del 4 de febrero de 2000, publicada en la Gaceta Electoral n.º 52 del 10 de febrero de 2000 y en la Gaceta Oficial n.º 36.892 del 15 de febrero de 2000, el CNE, en atención a lo dispuesto en el artículo 293, numeral 6, y en concordancia con lo previsto en la disposición transitoria octava de la Constitución.

Al respecto, dicha resolución estableció:

PRIMERO: Dejar sin efecto las elecciones efectuadas en los gremios profesionales a partir del 30 de diciembre de 1999, por haberse realizado en contravención con las disposiciones consagradas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para la convocatoria, organización, supervisión y dirección de los procesos electorales.

SEGUNDO: Se suspenden todos los procesos electorales en curso en los gremios profesionales.

TERCERO: Los procesos electorales de los gremios profesionales podrán efectuarse a partir del segundo semestre del año en curso. Para tales fines, el C.N.E. dictará, oída la opinión de los gremios profesionales, las normas y procedimientos necesarios.

A partir de esta decisión administrativa, el órgano electoral decidió suspender la realización de las elecciones de las organizaciones gremiales, y al mismo tiempo declaraba dejar sin efecto los procesos electorales que se habían realizado desde el 30 de diciembre de 1999, fecha en que entró en vigencia la nueva Carta venezolana.

Lo más grave es que la Sala Electoral (SE) del TSJ comenzaba a anunciar que el Poder Electoral era la autoridad competente no solo para la organización de las elecciones de los cargos públicos

«sino de todos aquellos que se celebren en organizaciones que sean la expresión voluntad popular como un mecanismo destinado a garantizar el ejercicio de los derechos políticos y en general la participación protagónica de los ciudadanos mediante diversas modalidades especificadas en el artículo 70 de la Ley Fundamental».

Ello conforme a la sentencia n° 43 del 10 de mayo de 2000 recaída en el caso Colegio de Ingenieros de Venezuela<sup>12</sup>.

En la misma sentencia, la SE estableció de forma tajante respecto al carácter público de los colegios profesionales que ello

supone un interés particular en su funcionamiento por parte del Estado que lo obliga a intervenir de forma directa y decisiva en la determinación de los procesos electorarios que las mismas ejecuten, que deben sujetarse estrictamente a los mecanismos de consulta democrática y participativa que la nueva Constitución propugna para todas las instituciones, de cualquier tipo que ellas sean.

De tal manera que el sustrato público que estas entidades abrigan hace posible que al momento de elegir a sus autoridades a través de procesos electorarios, el poder electoral intervenga salvaguardando la manifestación de voluntad expresada por sus miembros a través del voto, en la media que éste garantice la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los comicios que celebren, en ejercicio de una función constitucional que le ha sido atribuida en forma expresa.

<sup>12</sup> Véase: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/mayo/43-100500-0043.HTM>

Ello quedó aún más claro cuando en la sentencia n° 51 del 19 de mayo de 2000, recaída en el caso Simón Sáez Mérida, vicepresidente encargado de la presidencia de la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela (APUCV) contra el CNE, la SE declararía la validez de la resolución n° 000204-25 de la administración electoral<sup>13</sup>.

En dicha decisión, el máximo juzgador sentenció lo siguiente:

La atribución a dicho órgano comicial de precisas funciones para organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos, y el ejercicio de la potestad reglamentaria de la que goza en la materia, por disposición del mismo artículo 293, lo legitiman para regular lo pertinente a los fines de tal organización. Así pues, la Resolución N° 000204-25 en la que el Consejo Nacional Electoral fundamentó las Resoluciones impugnadas, no es más que la expresión del legítimo ejercicio de una atribución constitucional. Por tanto, concluye esta Sala que el Consejo Nacional Electoral, al dictar los actos administrativos cuestionados, no usurpó las funciones correspondientes a la Asamblea Nacional, ni se extralimitó en sus atribuciones.

La SE igualmente estableció que, si bien los colegios profesionales revisten el carácter gremial, ellos no son su única expresión, dado que también puede comprender otras asociaciones que sin ser creadas por disposición expresa de la ley, como es el caso de los colegios profesionales,

lo son aun cuando hayan sido creadas bajo formas del derecho civil, que cumplen el mismo fin. Lo fundamental para que determinadas asociaciones se les reconozca el carácter gremial, no es su forma de constitución, pues no hay una sola, sino los fines de la asociación, los cuales deben abarcar a todos sus integrantes vinculados entre sí por la misma profesión u oficio.

De hecho, la Sala consideró que era necesario destacar lo incorrecto que era establecer una sinonimia entre los términos «gremios profesionales» y «colegios profesionales». En efecto, aseveró que:

Debe entenderse que el primero está signado por su condición de género y, el segundo constituye una especie de aquél, es decir, el concepto de gremio profesional no se agota en el de colegios profesionales, antes bien, éste sólo abarca una parcela de aquél. Por tal razón, cuando los textos normativos aluden a la noción de gremios profesionales no debe considerarse que está regulando únicamente a los colegios profesionales, debe entenderse al vocablo gremio en su sentido lato.

Así lo evidencia el propio texto Constitucional al referirse a una modalidad específica de los gremios profesionales en su artículo 105 al señalar: «*La ley determinará las profesiones que requieren título y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas, incluyendo la colegiación*».

En consecuencia, cuando la Constitución, en su artículo 293, numeral 6 se refiere a la competencia del Poder Electoral para organizar las elecciones, entre otros de los «*gremios profesionales*», está haciendo alusión no exclusivamente a los Colegios Profesionales, sino además a aquel conjunto de personas que en su condición de profesionales, se aúnan para defender sus intereses comunes y lograr mejoras también de carácter común, independientemente de que su conformación no sea por disposición expresa de la ley, sino por acuerdo común de sus integrantes, bajo una forma de derecho privado.

En el seno de las Universidades, específicamente, se configura este tipo de asociación conformada por los profesionales que integran la institución en su condición de docentes, en la que no participan personas que no tengan tal carácter, de allí que el elemento común que las vincula a la asociación es el ejercicio de un oficio común, aún cuando sean profesionales en diversas disciplinas o áreas del conocimiento, y, cuyo conjunto constituye en las corporacio-

<sup>13</sup> Véase: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/mayo/51-190500-0038.HTM>.



nes de carácter educativo un gremio profesional, que es definido según el Diccionario de la Real Academia Española, en una de sus acepciones como, «*el cuerpo de doctores y catedráticos*».

En el presente caso, la Asociación de Profesores de la Universidad Central de Venezuela, aun cuando fue constituida bajo la forma jurídica de una asociación civil sin fines de lucro, conforme al derecho civil, su objetivo ha sido orientado por el respeto de sus integrantes en el ámbito universitario, como dependientes directos de esa Casa de Estudios, bajo una misma condición: **PROFESOR** y que de acuerdo a su Acta Constitutiva y sus estatutos cumple un papel fundamental de interés común a sus asociados, como lo es la lucha por la dignidad, el bienestar, la protección social, la estabilidad y el escalafón de todo el profesorado universitario, es decir, la obtención de beneficios específicos en el ámbito laboral.

En este orden de ideas, por cuanto la referida Asociación, está constituida por profesionales que en su condición de docentes, se han agrupado en la defensa de intereses comunes y como tal ha desempeñado actividades de carácter gremial, que los recurrentes alegan no desconocer, y que la misma Asociación ha manifestado en diversas oportunidades, como se evidencia de las copias simples que conforman el expediente administrativo, marcadas Anexos 2, 3, 4, 5, 6,7,8,9,10,12 y 13, esta Sala considera que la misma debe ser entendida a la luz de la Constitución y la Resolución N°. 000204-25 dictada por el Consejo Nacional Electoral, como un gremio profesional, por tanto, destinataria directa de tales disposiciones y, así se declara.

Uno de los aspectos relevantes de la decisión judicial, entre otros no menos importantes, fue que respaldó la intervención de las elecciones de las autoridades de APUCV por parte del CNE luego de que la calificara como un gremio profesional, e impuso que quedara sujeta a lo dispuesto en el artículo 293.6 constitucional a fin de que cumpliera con lo que ordenara el órgano comicial.

La sentencia n° 51 fue un mero ataque al legítimo derecho de la libertad de asociación, y muy especialmente una abierta violación de la autonomía de la APUCV tras negarle el ejercicio de su libertad democrática para la escogencia de sus autoridades.

Al mismo tiempo el juez electoral avivó al órgano comicial para obstaculizar las elecciones de las diferentes organizaciones del país, suspendiéndolas e incluso dejando sin efectos los procesos comiciales que los diferentes sectores de la sociedad civil llevaran a cabo sin el control del CNE.

La SE, sin duda alguna, en lugar de garantizar y promover la libertad de la mencionada asociación civil de la Universidad Central de Venezuela, buscó preservar los intereses del Gobierno nacional con el propósito de socavar los espacios que hasta ese momento la sociedad civil había conquistado en el país.

Este fue el inicio del quiebre institucional que años después acarrearía consecuencias políticas, sociales y económicas catastróficas para los venezolanos y, en consecuencia, la consolidación del poder hegemónico del Gobierno.

Lo expuesto denota una política de Estado de acorralamiento y persecución contra cualquier tipo de asociación profesional, gremial o sindical. Esto además se hizo junto con la creación de sindicatos con representantes oficialistas cuando ello era posible, demostrando que la intervención del CNE en realidad no era para garantizar el sufragio de los asociados sino para servir de medio de intervención a las asociaciones, sea paralizándolas, interviniéndolas o imponiendo reglas de elección para beneficiar al oficialismo.

Las razones detrás de estas medidas las expuso claramente el entonces primer vicepresidente del Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), general Alberto Müller Rojas para quien no tenían sentido los sindicatos en un gobierno socialista, pues «el sindicato en la so-

ciudad socialista pierde razón de ser, porque no van a luchar los trabajadores contra los trabajadores mismos».<sup>14</sup>

Tales declaraciones de un alto dirigente explican con claridad las razones de estas medidas contra cualquier representación gremial o profesional, pues simplemente el que estas defiendan intereses que pueden estar en roce contra los del Estado hace que su mera existencia sea contraria al interés del Estado, y por lo mismo se hace necesaria su neutralización, para utilizar un término leve.

De hecho, cuando se hace una revisión de las sentencias del TSJ desde el año 2000 hasta 2020, se observa que se dictó una treintena, emanadas tanto de la Sala Constitucional (SC) como de la SE, en las que los colegios de abogados de Caracas, así como los de los estados Aragua y Zulia, además de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela y el Instituto de Previsión Social del Abogado, fueron objeto de intervenciones luego de que el alto tribunal decidiera suspender o anular algunos de sus procesos eleccionarios sobre la base de que supuestamente la normativa utilizada no se correspondía a los preceptos de la Constitución de 1999, conforme a lo previsto en el artículo 293.6.<sup>15</sup>

A partir del 2003 el CNE y el TSJ les arrebatarían a los colegios de abogados el ejercicio legítimo de sus derechos políticos, cometiendo graves atropellos contra la autonomía y la libertad de asociación.

Concretamente, el 9 de julio de ese año, por intermedio de la sentencia n.º 0088, la SE suspendía el proceso electoral que iba a realizarse en el Colegio de Abogados del Estado Aragua para elegir a los integrantes de su junta directiva y del tribunal disciplinario.<sup>16</sup>

Más tarde, el 31 de julio, con la sentencia n.º 0103, el juez electoral ordenó la suspensión de la elección del Colegio de Abogados del Distrito Metropolitano de Caracas bajo la excusa de que los comicios en ese colegio profesional se encontraban retrasados desde el año 2001.<sup>17</sup>

De este modo, como era de prever, el TSJ fue llevando adelante su práctica de arremeter contra el gremio de abogados. Una demostración importante de la arbitrariedad del Gobierno al respecto fue la intervención de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela mediante la sentencia n.º 193 del 18 de noviembre de 2003, a través de la cual la SE suspendería su proceso que, por cierto, duraría varios años ante la serie de incidentes, provenientes en su mayoría CNE.<sup>18</sup>

Lamentablemente, la vulnerabilidad de la autonomía de las organizaciones de la sociedad civil se hizo más alta en ese período, cuando el TSJ dejaba en evidencia la ola de acciones arbitrarias que emprendería para interferir en las elecciones tanto de las universidades autónomas como de otros actores sociales (sindicatos y organizaciones campesinas, clubes sociales, organizaciones estudiantiles, federaciones deportivas, cajas de ahorro, etc.).

---

<sup>14</sup> Véase: <http://resistenciabucarecaracas.blogspot.com/2009/06/muller-rojas-sindicatos-no-tienen.html>.

<sup>15</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2021/07/Breve-reporte-sobre-la-intervencion-de-los-Colegios-de-Abogados-por-el-TSJ.pdf>.

<sup>16</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/medida-cautelar-suspender-el-proceso-electoral-colegio-de-abogados-aragua/>.

<sup>17</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/medida-cautelar-suspender-proceso-electoral-colegio-abogados-del-distrito-metropolitano-caracas/>.

<sup>18</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/admision-de-amparo-constitucional-contra-la-federacion-de-colegios-de-abogados-de-venezuela-para-realizar-elecciones/>.

Otra prueba de la lucha contra el disenso y la opinión diferente es la intervención en las elecciones de las universidades autónomas, foco histórico de las protestas sociales de los últimos cien años en el país<sup>19</sup>.

Así, el intervencionismo en el caso de las elecciones del sector universitario fue un hecho notable desde que la SE en el año 2000 empezó a dictar sentencias de manera sistemática a fin de obstaculizar las elecciones de las universidades autónomas. Con la excusa de garantizar el derecho de participación y el sufragio, la Sala comenzó a reinterpretar las normas de la Ley de Universidades (1970), así como de los reglamentos electorales de la Universidad de Los Andes,<sup>20</sup> la Universidad de Carabobo<sup>21</sup> y la Universidad Nacional Abierta.<sup>22</sup>

A partir de entonces las elecciones en las universidades, serían objeto de interrupciones y se vieron afectadas para realizar sus comicios de acuerdo con sus reglamentos electorales, según la legislación universitaria vigente desde 1970 y acorde a la Constitución de 1999.

Un caso clave sería el de las elecciones de la Universidad Central de Venezuela, cuando mediante sentencia n° 104 del 10 de agosto de 2011 la SE decidió suspender sus comicios hasta que modificara su reglamento electoral para ajustarlo al artículo 34 numeral 3 de la Ley Orgánica de Educación, texto legislativo que había sido promulgada por la Asamblea Nacional dominada por el partido gobernante en 2009.

Más tarde, el 24 de noviembre de 2011, la mencionada Sala en sentencia n° 134 ordenó a la Comisión Electoral de la Universidad del Zulia la suspensión de cualquier proceso electoral, aparte de obligarla a dictar un nuevo reglamento de elecciones universitarias dentro del lapso establecido en la decisión judicial, según el modelo del voto igualitario de profesores, estudiantes, egresados, personal obrero y administrativo, ordenando la celebración de elecciones una vez dictado el nuevo reglamento.<sup>23</sup>

Ciertamente, a raíz de la aplicación del artículo 34.3 de la Ley Orgánica de Educación, desde 2011 la SE empezaría a dictar sentencias de manera sistemática suspendiendo elecciones universitarias, tanto de autoridades como de la representación estudiantil.

Frente al escenario arriba descrito, las universidades autónomas introdujeron demandas ante la SC del máximo tribunal, solicitando la nulidad de los efectos del artículo 34.3 de la Ley Orgánica de Educación sin obtener decisión favorable, hasta que en el mes de agosto de 2019, es decir, prácticamente después de diez años, decidió dictar la sentencia n.º 324 del 27 de agosto.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> Véase: Rada, Yamín y Orlando Contreras (2010). *Protesta estudiantil y represión en Venezuela 1983-1993*. Archivo General de la Nación. Caracas. Disponible en: [http://bibliotecadigital.fundabit.gob.ve/wp-content/uploads/2019/10/ColeccionMaestro/Protesta\\_Estudiantil.pdf](http://bibliotecadigital.fundabit.gob.ve/wp-content/uploads/2019/10/ColeccionMaestro/Protesta_Estudiantil.pdf)

<sup>20</sup> Véase: Sentencia n° 87 del 8 de julio de 2003, caso Tareck Zaidan El Aissami Maddah, David Díaz, María Inés Totesautt y Dante Rivas Quijada vs Comisión Electoral de la Universidad de Los Andes.

<sup>21</sup> Véase: Sentencia n° 3 del 22 de enero de 2001, caso Roraima Quiñónez vs. Universidad de Carabobo.

<sup>22</sup> Véase: Sentencia n° 142 del 17 de octubre de 2001, caso Arnaldo Escalona Peñuela vs Comisión Electoral de la Universidad Nacional Abierta.

<sup>23</sup> Véase: <http://aulaabiirtavenezuela.org/wp-content/uploads/2018/01/Informe-LA-y-AU-FIN-1.pdf>.

<sup>24</sup> Posteriormente este fallo sería ratificado por la SC según sentencia n° 389 del 27 de noviembre de 2019 <https://www.accesoaljusticia.org/sala-constitucional-ratifica-las-medidas-impuestas-contra-las-universidades-nacionales/>.

En esta decisión el juez constitucional ordenó a la Universidad Central de Venezuela, Universidad del Zulia, Universidad de Carabobo, Universidad Nacional Experimental del Táchira, Universidad Nacional Experimental de Puerto Ordaz, Universidad de Los Andes, Universidad Simón Bolívar y Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado celebrar en seis meses los comicios para renovar a sus autoridades rectorales y decanales conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación y no en la Ley de Universidades, que era lo que las demandantes solicitaban.<sup>25</sup>

La SC también estableció que las autoridades debían ganar en tres de los cinco sectores establecidos en la Ley Orgánica de Educación, además de prever una segunda vuelta en caso de que no hubiese una autoridad electa con una mayoría clara. Finalmente dijo que si no se celebraban las elecciones dentro del lapso establecido las autoridades universitarias debían ser nombradas por el Consejo Nacional de Universidades, una instancia controlada por el Ejecutivo nacional.

Con este marco referencial el Gobierno nacional secuestraba la autonomía de las universidades y centralizaba el poder sobre la democracia interna del sector universitario. Esta realidad se ha visto reforzada con otros patrones arbitrarios<sup>26</sup> que, lamentablemente, restringen aún más el funcionamiento de las universidades autónomas, anulando prácticamente el rol que tienen como actores de la sociedad civil.<sup>27</sup>

Lo peor es que esta situación arbitraria del Gobierno nacional seguiría empeorando cada vez de forma más enfática contra asociaciones privadas como los clubes sociales<sup>28</sup>, así como partidos políticos, sindicatos, federaciones deportivas y cajas de ahorro, entre otros sectores de la sociedad civil. Igualmente, fueron fustigadas las organizaciones no gubernamentales (ONG)<sup>29</sup>, especialmente las que realizan labores humanitarias en Venezuela.<sup>30</sup>

En definitiva, a partir del régimen instaurado en 1999 bajo el barniz democrático de la nueva Constitución se fue restringiendo y limitando el rol de la sociedad por medio de fuertes regulaciones basadas en el propio texto constitucional (artículo 293, numeral 6), aparte de las sanciones, amenazas, persecuciones, y el hostigamiento en general.

<sup>25</sup> Véase: <https://www.accesoalajusticia.org/tribunal-supremo-justicia-vulnera-autonomia-universitaria/>

<sup>26</sup> Es necesario señalar que el máximo juzgado también limitó las posibilidades de las universidades de obtener ingresos propios, pues en sentencia del 25 de abril de 2011 les prohibió establecer cualquier arancel, por mínimo que fuera, que debía ser pagado por personas que aspiraran a cursar estudios en la universidad después de haber obtenido un título universitario, por considerar que ello infringía el principio constitucional de la gratuidad de la enseñanza en las universidades nacionales.

<sup>27</sup> Véase: <https://www.accesoalajusticia.org/tsj-propino-golpe-electoral-contrala-autonomia-universitaria/>.

<sup>28</sup> Entre otros casos emblemáticos, sobresale el caso Asociación Civil Club Campestre Paracotos, resuelto por la SE-TSJ según sentencia n.º del 1 de noviembre de 2000, luego de conocer una acción de amparo constitucional ejercida contra el reglamento electoral dictado por la Comisión Electoral del mencionado club.

<sup>29</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/nueva-providencia-precalifica-como-terroristas-a-las-ong/>, <https://accesoalajusticia.org/siguen-bajo-amenaza-las-ong-en-venezuela-con-la-providencia-002-2021/>, <https://accesoalajusticia.org/bachelet-acusa-gobierno-de-maduro-de-perseguir-ong-y-medios/>, <https://accesoalajusticia.org/maduro-manda-a-vigilar-las-cuentas-bancarias-de-las-ong-venezolanas/> y <https://accesoalajusticia.org/nuevo-registro-especial-de-ong-no-domiciliadas-en-el-pais-otro-golpe-contrala-sociedad-civil/>

<sup>30</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/cronologia-del-caso-de-la-ong-azul-positivo/> y <https://accesoalajusticia.org/cronologia-del-caso-de-la-ong-fundaredes/>

Es un hecho notorio que el Gobierno nacional ha puesto en una situación de minusvalía y en el límite de la sobrevivencia a las organizaciones de las que pudiera desprenderse algún reclamo o disenso a las políticas del régimen, sobre todo ante la creación de un sistema estatal en torno a la idea de comunas o de un Estado paralelo denominado Estado comunal que promueve otras formas de participación ciudadana ajenas a los preceptos de la carta venezolana, a fin de desplazar aquellas organizaciones de la sociedad, que cambia la estructura y el funcionamiento del aparato estatal, y que ha sido muy útil para articular la permanencia indefinida del Gobierno en el poder.

En conclusión, se puede decir entonces que las intervenciones en las elecciones de gremios, sindicatos, asociaciones profesionales, universidades y otros medios de representación de intereses que podrían diferir o enfrentar decisiones del Poder Ejecutivo son parte de una política de Estado para neutralizarlas, sustituirlas, controlarlas o anularlas, según el caso, generándose con ello una violación sistemática contra la libertad de asociación.

2. *Fórmulas normativas utilizadas por el Consejo Nacional Electoral para intervenir a los gremios y colegios profesionales*

La estatificación y monopolización de la democracia interna de los colegios profesionales por el Consejo Nacional Electoral (CNE) configuró en general un notable retroceso en la sociedad civil que veía minimizada su libertad. Se trató de una estrategia injerencista gubernamental, con el fin de reducir la participación ciudadana y de este modo acentuar el control hegemónico.

En efecto, desconocer la identidad de las organizaciones sociales fue una política presidencial que sería desarrollada por medio de una regulación normativa del CNE, y que en ningún momento tuvo como fin amparar los derechos y libertades de los gremios y colegios profesionales, sino que buscó en todo momento potenciar el poder absoluto del Gobierno nacional y a los grupos que lo apoyaban.

A. *Normas para regular los procesos electorales de gremios y colegios profesionales (2003)*<sup>31</sup>

El 7 de agosto de 2003 el órgano rector del Poder Electoral estructuraría una normativa general extremadamente limitante e invasiva que atentaba contra la autonomía y la libertad de asociación, la cual sería respaldada por el Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, el CNE dictó la resolución n° 030807-387 referente a las Normas para regular los procesos electorales de gremios y colegios profesionales, la cual contenía un total de cuarenta y cinco disposiciones.

Antes de esa fecha, la administración electoral solo se dedicó aplicar la resolución n° 000204-25 del 4 de febrero de 2000 en la que suspendía los procesos electorales de las organizaciones gremiales y, en consecuencia, dejaba sin efecto aquellas elecciones que habían sido celebradas a partir del 30 de diciembre de 1999, aplazando injustificadamente su celebración por parte de los gremios y colegios profesionales.

---

<sup>31</sup> Véase: [http://fpv.org.ve/documentos/Normas\\_procesoselectorales\\_gremios\\_colegios.pdf](http://fpv.org.ve/documentos/Normas_procesoselectorales_gremios_colegios.pdf). Puede apreciar el lector que la fuente para leer esta normativa no es el CNE; esto obedece a que dichas normas fueron publicadas en la Gaceta Electoral; en la página web de dicho órgano solo se encuentran las gacetas de los años 2020 y 2021 y la normativa sobre gremios y sindicatos vigentes, por lo que debe acudir a una fuente externa, aunque el derecho a la información exige que toda la normativa dictada por esa entidad, vigente o no, estuviese alojada en su página, dado que es la única fuente de la misma.

Paralelamente, el Gobierno nacional iba aumentando su papel hegemónico, desconociendo a los derechos humanos y las libertades fundamentales.<sup>32</sup> En esos años la separación e independencia de los poderes Judicial, Ciudadano y Electoral también daba graves muestras de resquebrajamiento ante la actividad gubernamental que desplegaba el expresidente Hugo Chávez Frías, con el propósito de consolidar un sistema estatal basado en la concentración y centralización del poder.

Cierto es que el Poder Electoral había sido secuestrado por la administración de Chávez Frías con la complicidad de la Asamblea Nacional (AN) y del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), ambos dominados por los partidarios de este.

Un ejemplo elocuente de esta situación fue cuando el Poder Legislativo dictó en 2002 la Ley Orgánica del Poder Electoral,<sup>33</sup> un texto que introdujo importantes cambios ajenos al texto constitucional, que serían reforzados por el andamiaje de la Ley Orgánica de Procesos Electorales (2009),<sup>34</sup> un instrumento que exacerbó considerablemente la discrecionalidad del órgano comicial en la toma de decisiones respecto de los procesos electorales<sup>35</sup> y que desde entonces ha favorecido al partido gobernante en detrimento de otros sectores políticos.

Un asunto alarmante lo configuró el contenido del artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, referente a la integración del Comité de Postulaciones Electorales, encargado de seleccionar los candidatos calificados para integrar el organismo comicial, una selección que luego debe conocer la AN a fin de designar quienes serán los rectores del organismo electoral.

Concretamente, sobre la conformación del Comité esta norma estableció que debía estar integrado por once diputados, designados por la plenaria del Parlamento y diez postulados por la sociedad civil.

---

<sup>32</sup> Al respecto dice Allan Brewer-Carías:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos nunca antes había recibido tantas denuncias de violaciones de derechos humanos como las que le han llegado a partir de 2000 en relación con actos de terrorismo derivados de secuestros vinculados a la guerrilla colombiana; irrespeto a libertad sindical; atentados contra la libertad de reunión y de asociación; violaciones a las garantías del debido proceso; injerencia del Poder Ejecutivo en los otros Poderes del Estado; sujeción del Poder Judicial; irrespeto al derecho a la vida y seguridad personal por ejecuciones extrajudiciales y creación de grupos parapoliciales; ataques a la libertad de expresión, restricciones al derecho a informar y violaciones al derecho a la privacidad de las comunicaciones.

Véase: BREWER-CARÍAS, Allan. *Historia constitucional de Venezuela*. Tomo II. Editorial Alfa, Caracas, 2008, p. 313.

<sup>33</sup> Véase: Gaceta Oficial n° 37.573 del 19 de noviembre de 2002.

<sup>34</sup> Véase: Gaceta Oficial n° 5.928 del 12 de agosto de 2009.

<sup>35</sup> La primera disposición transitoria de la Ley Orgánica de Procesos Electorales «delega» en el CNE la potestad de regular los referendos mediante reglamentos y resoluciones normativas, que configura una violación grosera del principio de la reserva legal. Esta situación, como advierte Peña Solís, «puede ser peor, porque por definición la normación sublegal tiende a tener una vigencia temporal menor que la legal, debido a la facilidad para su modificación o derogación -en esta hipótesis- del Consejo Nacional Electoral». Véase: PEÑA SOLÍS, José. *Las fuentes del derecho en el marco de la Constitución de 1999*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2009, p. 160.

Esta disposición indudablemente contrasta con el artículo 295 constitucional,<sup>36</sup> cuyo texto dice que el Comité estará integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley.

De esta manera, la AN mediante la Ley Orgánica del Poder Electoral vulneró a la carta venezolana y, lo más grave, puso en un estado de minusvalía la participación de las organizaciones civiles en el Comité de Postulaciones Electorales.

Paradójicamente, al haber minado la independencia del Poder Electoral a través de la aprobación de la ley mencionada, el Poder Legislativo poco después también incumpliría su deber de nombrar a los rectores en 2003. Esta situación propició que la Sala Constitucional (SC) del TSJ designara arbitrariamente a los rectores principales y suplentes del CNE por «omisión inconstitucional», al no llegar el órgano legislativo a un acuerdo,<sup>37</sup> desconociendo el procedimiento y las condiciones para la conformación del árbitro electoral, según sentencia n° 2.341 del 25 de agosto.<sup>38</sup>

Cabe advertir al respecto que desde su creación la SC jugó un rol fundamental para avalar la intención del Gobierno de tomar el control absoluto de las instituciones, justificando o dando razones «jurídicas» a la mayoría de las decisiones políticas<sup>39</sup> para poner en marcha la revolución política propiciada desde el Poder Ejecutivo.

Prácticamente se estaba produciendo el desmantelamiento de la institucionalidad del Poder Electoral, alentada desde el Gobierno nacional, y silenciando la voz de las organizaciones civiles, lo que ponía en riesgo la democracia en Venezuela.

<sup>36</sup> El artículo 295 de la Constitución crea un Comité de Postulaciones Electorales de candidatos a integrantes del CNE, que debe estar «integrado por representantes de los diferentes sectores de la sociedad, de conformidad con lo que establezca la ley». El artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, sin embargo, incumple la exigencia establecida por el texto constitucional tras disponer que el Comité esté integrado por veintinueve miembros, de los cuales once son diputados designados por la plenaria de la AN con las 2/3 partes de los presentes, y diez postulados por los otros sectores de la sociedad, con lo que, como advierte el catedrático Brewer-Carías:

se confiscó el derecho a la participación política de los diversos sectores de la sociedad civil de integrar en forma exclusiva el Comité de Postulaciones. Al contrario, violándose la norma constitucional, se conformó un “Comité” con mayoría de diputados los cuales por ser parte del Poder Legislativo, no son parte de la sociedad civil.

Véase: BREWER-CARIÁS, Allan R. *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*. Tomo I. 4ª Edición. Colección Textos Legislativos n° 20. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, p. 546.

<sup>37</sup> Al respecto:

El interés del Presidente de la República en que se designara un CNE favorable a su proyecto político era muy evidente, estaba en riesgo que la campaña y realización de un referendo revocatorio de su mandato se llevara a cabo bajo un CNE que no estuviera bajo su control político. Por ello apoyó abiertamente que el TSJ y no la Asamblea Nacional designara a los magistrados, y por diferentes medios de comunicación defendió esas designaciones.

Véase: CANOVA GONZÁLEZ, Antonio; HERRERA ORELLANA, Luis A.; RODRÍGUEZ ORTEGA, Rosa E.; y GRATEROL STEFANELLI, Giuseppe. *El TSJ al servicio de la revolución. La toma, los números y los criterios del TSJ venezolano (2004-2013)*. Editorial Galipán, Caracas, 2014, p. 228.

<sup>38</sup> Véase: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/PODER%20ELECTORAL.HTM>.

<sup>39</sup> Véase: LOUZA SCOGNAMIGLIO, Laura. *La revolución judicial en Venezuela*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas, 2011, p. 81. Disponible en: <https://accesoalajusticia.org/la-revolucion-judicial-en-venezuela/>.



La secuela de toda esta crisis, y sobre todo la tendencia del aumento ilimitado y autoritario del Gobierno nacional en el país, quedaría claramente reflejada en las Normas para regular los procesos electorales de gremios y colegios profesionales, un instrumento dictado por el CNE en abierta violación de la Constitución, porque vulneraba no solo la autonomía sino también la independencia y, en general, el funcionamiento de los gremios y colegios profesionales.

Todo ello contribuiría a debilitar progresivamente la democracia y el pluralismo político en Venezuela, pues las elecciones de este sector de la sociedad civil quedarían centralizadas por un órgano en el que la mayoría ciudadana no confiaba en la imparcialidad de sus miembros. Las condiciones que impondría el órgano electoral configuraron un menosprecio al ejercicio de la libertad política y de asociación de los colegios profesionales.

Por todo ello, a continuación, se presentarán las disposiciones cuestionables y más incisivas que el CNE dictó para regular las elecciones de los colegios profesionales, que ocasionaron una gran inestabilidad en el gremio de abogados entre tantas otras organizaciones gremiales del país, con el propósito de garantizar los intereses del proyecto político del Gobierno nacional.

a. *Fundamentación jurídica*

Es fundamental destacar que el CNE estableció como base jurídica para justificar la emisión de la regulación que se analiza el artículo 293.6 y la disposición transitoria octava de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, además del artículo 33.2 de la Ley Orgánica del Poder Electoral.

Debe señalarse, precisamente, que a los efectos de dictar las Normas para regular los procesos electorales de gremios y colegios profesionales, el órgano electoral no solo se sustentó en el artículo 293.6 constitucional, que lo legitimó para centralizar las elecciones de los colegios profesionales y otras organizaciones de la sociedad, sino también en un régimen transitorio de los procesos electorales, previsto en la disposición transitoria octava de la Constitución.

Cabe advertir al respecto que la disposición transitoria cuyo texto establecía que «Mientras no se promulguen las nuevas leyes electorales previstas en esta Constitución los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral» fue utilizada por el órgano comicial para superponer su actividad a los principios de la legalidad y de la reserva legal sin ningún tipo de frenos, lo que configuraría la concentración absoluta de la función legislativa en materia electoral en manos del Poder Electoral.

Esta situación es de extrema gravedad en materia de derechos humanos, por cuanto implicaba la aceptación del establecimiento de límites al derecho de participación y del sufragio a través de normas sublegales, cuando el estándar en los tratados de derechos humanos exige que cualquier límite a un derecho humano debe hacerse respetando el principio de reserva legal.<sup>40</sup>

En el sentido expuesto debemos recordar lo dicho respecto a las limitaciones a los derechos políticos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH):

---

<sup>40</sup> Véase, respecto de la libertad de asociación, el artículo 22 numeral 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que dice: «El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática».

La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar.<sup>41</sup>

En consecuencia, no se violan los derechos políticos solo cuando se regulan por normas de rango sublegal, sino cuando además no se cumple con los requisitos de necesidad y proporcionalidad de acuerdo con los estándares de una sociedad democrática. Ninguno de tales supuestos fue expuesto ni motivado a la hora de atribuir al CNE la posibilidad de limitar y condicionar derechos y, por lo mismo, tal situación es contraria al derecho internacional de los derechos humanos.

Esta disposición transitoria condujo a que el CNE originara en la práctica un andamiaje normativo de rango sublegal sin el correspondiente desarrollado legislativo, lo que le permitió restringir y amenazar las libertades políticas y también conformar un sistema milimétricamente favorable a los intereses del Gobierno nacional en las contiendas electorales del país.

Lo más grave, es que todo este aparato normativo sería recogido por el propio legislador al sancionar la legislación electoral (Ley Orgánica del Poder Electoral y Ley Orgánica de Procesos Electorales), con algunas variantes pero que en todo caso acrecentaría la esfera competencial de la que actualmente goza el órgano electoral, incluso con otras concesiones que a lo largo de estos años le ha otorgado el TSJ

Lo más grave del asunto es que la mencionada disposición transitoria no tenía como objetivo regular el régimen de transición entre la carta venezolana derogada (1961) y el nuevo texto constitucional, a fin de asegurar la inmediata vigencia de la Constitución de 1999; en el fondo se trataba de un cheque en blanco desde la ley suprema que desnaturalizaba el principio de separación de poderes y violaba la reserva legal.

Esta situación es característica del Estado conformado luego de la Constitución de 1999, pues mientras en el texto de esta se señalan principios generalmente cónsonos con los estándares internacionales en materia de derechos humanos y de principios democráticos, al mismo tiempo se utilizan subterfugios como los descritos para evadir tales exigencias y establecer mecanismos contrarios a los establecidos en la Constitución.

Finalmente se establece una norma que sirve como imagen propagandística de un Estado cuya práctica en realidad la contradice.

En esta forma, la ANC, al haber dispuesto en el régimen de transición de la Constitución que «Mientras no se promulguen las nuevas leyes electorales previstas en esta Constitución los procesos electorales serán convocados, organizados, dirigidos y supervisados por el Consejo Nacional Electoral», respaldaba al CNE para que ejerciera funciones legislativas que le correspondían ser ejercidas a la AN. Se trata entonces de un verdadero fraude a la Constitución desde esta misma, haciendo que a partir del propio texto de esta norma se establecieran excepciones al principio de reserva legal.

Sin embargo, es oportuno traer a colación que la SC en la sentencia n° 179 del 28 de marzo de 2000<sup>42</sup> pareció adoptar una posición distinta, pues según su parecer el CNE no

<sup>41</sup> Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de junio de 2005. Serie C, n° 127. Párr. 206.

<sup>42</sup> Véase: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/179-280300-00-0876.HTM> .

estaba facultado para «normar» en ausencia de la legislación electoral; en particular cuando señaló que:

Es claro que, si la vigente Constitución prevé la legislación electoral como competencia de la Asamblea Nacional, ésta no puede, por razones lógicas, ejercer dicha competencia antes de ser instituida. Por eso, la Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé la atribución del Consejo Nacional Electoral para convocar, organizar y supervisar los procesos electorales, mientras se promulgan las leyes electorales previstas en la Constitución vigente, **pero no dictar las normas conforme deba discurrir dicho proceso**. La prescripción de la Base Transitoria Octava responde a este carácter inminente y necesario de la transición al prever la competencia del Consejo Nacional Electoral y el propio régimen electoral que, al no poder sancionado por la Asamblea Nacional, y no estar explicitado en la Constitución de la República de Venezuela, solo puede ser sancionado por la Asamblea Nacional Constituyente (énfasis nuestro).

En este caso la SC buscó justificar la vigencia del denominado Estatuto Electoral del Poder Público<sup>43</sup>, un instrumento normativo que había dictado la ANC el 30 de enero de 2000, es decir, después de la entrada en vigencia de la nueva Constitución,<sup>44</sup> que derogaba parcialmente la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política<sup>45</sup> a fin de regular las primeras elecciones nacionales, estatales y municipales del país a la luz del nuevo texto constitucional.

En razón de ello, la Sala reconocía que la disposición transitoria octava no habilitaba al órgano comicial para regular normativamente los procesos electorales, pues para ello estaba el mencionado Estatuto que había dictado de manera ilegítima la ANC, básicamente porque esa instancia no tenía potestad legislativa.

De acuerdo con esta decisión de la SC, la atribución del CNE otorgada por la disposición transitoria octava era solo para administrar las primeras elecciones a celebrarse en el año 2000, conforme al Estatuto Electoral del Poder Público aprobado por la ANC. Sin embargo, la contradicción es solo aparente, pues se trató de un fallo absolutamente cuestionable por superponer ese Estatuto Electoral a la nueva Constitución, al ser de interés para el oficialismo.

Véase entonces, sea por vía de una disposición transitoria o de una sentencia, la consecuencia es la misma: eludir la responsabilidad del Estado de legislar sobre la materia y atribuir tan delicada competencia a un órgano comicial que desde el primer día estuvo bajo el control del Poder Ejecutivo.

Con lo expuesto queremos evidenciar que no existe una política lineal en la materia, pues las decisiones, sean judiciales o de cualquier otro órgano público, variarán tanto como sea necesario con tal de ajustarse a la conveniencia del Poder Ejecutivo; en ese sentido no importa ni la coherencia judicial ni el apego a criterio pacíficamente establecido, pues lo jurídico es meramente instrumental a estos efectos.

<sup>43</sup> Véase: Gaceta Oficial n° 36.884 del 3 de febrero de 2000.

<sup>44</sup> Una vez que fue aprobada la nueva Constitución, la ANC continuó dictando una serie de actos «legales». En efecto, dictó un nuevo decreto sobre Régimen de Transición del Poder Público, el cual debía estar vigente «hasta la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones previstas por la Constitución aprobada de conformidad con la legislación que a los efectos apruebe la Asamblea Nacional». Lamentablemente, este tipo de actos dictados por la ANC a través de los cuales estableció un régimen transitorio configuró un sistema normativo absolutamente ajeno a lo previsto en la nueva carta venezolana.

<sup>45</sup> Véase: Gaceta Oficial n° 5.233 extraordinaria del 28 de mayo de 1998, que a su vez había reformado parcialmente la Ley Orgánica del Sufragio de 1993.

De esta forma, conforme al criterio de la SC se puede desprender que mal podía el órgano comicial invocar la mencionada disposición transitoria para fundamentar la aprobación de la regulación de los procesos electorales de gremios y colegios profesionales, pues solo estaba justificada para realizar los primeros comicios del país luego de la entrada en vigencia del nuevo texto fundamental.

Pero a la postre no sería así, pues la aplicación de la referida disposición transitoria se convirtió en un portaaviones para que el Poder Electoral ejerciera caprichosamente sus funciones, facilitando el camino para anular paulatinamente a todo aquel que amenazara los intereses del Gobierno nacional.

Esta situación se mantuvo hasta que la Asamblea Nacional, con diez años de retraso, aprobara la Ley Orgánica de Procesos Electorales (2009). No obstante, ese texto de algún modo también legalizó la tendencia de este rol que tenía el Consejo Nacional Electoral, y es lo que le ha permitido hoy en día continuar con una batería de prácticas antidemocráticas en las contiendas electorales.

b. *Competencias arbitrarias del Consejo Nacional Electoral en la regulación de los procesos electorales de los gremios y colegios profesionales*

En el marco planteado por las normas constitucionales examinadas en las secciones anteriores, el órgano electoral diseñó en el instrumento normativo una lista de competencias (artículo 10) que sería ideal para monopolizar los procesos electorales de los gremios y colegios profesionales y, de esta manera, sacar del juego a aquellos dirigentes molestos para los intereses gubernamentales.

Es más, en nuestro criterio, en ausencia absoluta de antecedentes en el ordenamiento jurídico venezolano, la mayoría de esas atribuciones que el organismo electoral se reservó fueron creadas con manifiesta parcialidad y dependencia del Ejecutivo, sencillamente con el propósito de intervenir a estas organizaciones, vulnerando groseramente principios fundamentales del Estado democrático y de derecho, especialmente por contraponerse y desnaturalizar la separación de poderes, dado que el CNE se superpuso y, por ende, usurpó las funciones reservadas al legislador. Lo más grave es que nunca fue garantista de la democratización interna de estos sectores de la sociedad civil, violando de este modo los pactos internacionales que establecen los parámetros de limitación de la libertad de asociación como señaláramos *supra*.

En su conjunto, ciertamente, las funciones del CNE vulneraban flagrantemente la autonomía de las organizaciones gremiales, pero lo más dramático era que el propio órgano comicial afirmaba garantizar los principios democráticos. De hecho, el artículo 3 de las Normas para regular los procesos electorales de gremios y colegios profesionales, consagraba expresamente que:

**ARTÍCULO 3.-** La presente Resolución tienen como propósito: 1.- Garantizar el ejercicio del derecho del elector a elegir libremente a sus autoridades. 2.- Garantizar el ejercicio del derecho del elector a postular y a ser elegido. 3.- Garantizar que los procesos electorales se realicen en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna. 4.- Garantizar la imparcialidad, transparencia y confiabilidad de los actos electorales que celebren las Comisiones y las Mesas Electorales. 5.- Garantizar el respeto de la voluntad de los electores expresada a través del voto en ejercicio de su soberanía.

A pesar de esto, el CNE estableció en la propia regulación normativas graves y limitantes, así como una excesiva intromisión contrarias a la Constitución; todo ello obstaculizó seriamente el ejercicio pleno de la participación política de los agremiados y colegiados.

Por si no fuera suficiente con lo anterior, las restricciones impuestas condujeron a la total eliminación de la autonomía de estos actores de la sociedad, limitaciones que en todo caso debían ser aprobadas por el Poder Legislativo.

Un buen termómetro para medir la tendencia sesgada del órgano comicial para desmoronar a los gremios y colegios profesionales lo configuran las funciones que a continuación se indican:

1. Inscribir en sus registros al gremio o colegio profesional interesado en celebrar elecciones (artículo 10, numeral 1).
2. Autorizar la convocatoria a elecciones solicitada por la Comisión Electoral, previa verificación de la legalidad de la designación de los miembros de dicha comisión, de conformidad con la normativa de cada gremio o colegio profesional (artículo 10, numeral 2).
3. Aprobar el proyecto electoral que presente la Comisión Electoral, siempre que esta cumpla con los requisitos establecidos por el CNE en la resolución (artículo 10, numeral 4).
4. Reconocer la validez de los procesos electorales celebrados de conformidad con la resolución dictada (artículo 10, numeral 6).
5. Fijar los lapsos dentro de los cuales la Comisión Electoral realizará los actos electorales (artículo 10, numeral 7).
6. La elaboración del Registro Electoral Preliminar y del Registro Electoral Definitivo de cada gremio o colegio profesional (artículo 10, numerales 8 y 9).
7. La elaboración de los instrumentos electorales (cuadernos de votación, actas de escrutinios, etc.) (artículo 10, numeral 10).
8. Conocer y decidir los recursos interpuestos por los interesados contra el Registro Electoral Preliminar (artículo 10, numeral 13).
9. El CNE podrá, de oficio o a instancia de parte interesada, suspender los procesos electorales para la elección de las autoridades de gremios o colegios profesionales, cuando mediaran fundados indicios de parcialidad en la constitución de la Comisión Electoral que pusieran en riesgo el ejercicio democrático del derecho al sufragio de los electores (artículo 10, numeral 15).
10. El CNE podrá, asimismo, adoptar otras medidas a fin de evitar que se transgredan los derechos de los electores por los actos dictados por la Comisión Electoral, atendiendo al principio de la debida proporcionalidad y adecuación entre los hechos que se susciten y las normas aplicables (artículo 10, numeral 16).
11. Conocer y decidir los recursos interpuestos contra los actos, actuaciones, abstenciones u omisiones de naturaleza electoral, emanados de la Comisión Electoral de cada gremio o colegio profesional (artículo 10, numeral 17).
12. Declarar la nulidad total o parcial de las elecciones, de conformidad con la Constitución, cuando medien las causales contenidas en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y demás leyes aplicables (artículo 10, numeral 18).

La simple lectura de este repertorio de atribuciones, por demás significativas, que el CNE se autoatribuyó, no hace más que revelar la finalidad de obstaculizar el ejercicio del derecho de participación de las organizaciones gremiales y de los colegios profesionales. Se

trataba, en definitiva, de la eliminación de la democracia representativa y de la autonomía política de estos entes de la sociedad civil.

En ese sentido, valga acotar que la libertad de asociación implica, entre otras cosas la libertad de establecer los mecanismos de elección siempre que los mismos sean compatibles con los principios democráticos. Para ello se cita el informe de la Comisión de Encuesta de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el que se cuestionó y se declaró contraria a las normas internacionales que regulan su ámbito de competencia la injerencia del Estado en las elecciones sindicales:

Diversas organizaciones de trabajadores 133 denunciaron que el favoritismo a organizaciones y opciones afines al Gobierno y las trabas al funcionamiento de organizaciones independientes tenían una expresión particularmente insidiosa en la injerencia de las autoridades en los procesos electorales sindicales. **Recordaron que la Constitución de 1999 dio competencia al CNE para organizar y controlar las elecciones de los sindicatos de trabajadores, competencia que la CEACR consideró incompatible con el Convenio núm. 87, en respuesta a lo cual el Gobierno argumentó que la intervención del CNE en elecciones sindicales era de carácter facultativo.** Al respecto, múltiples organizaciones sindicales negaron ante la Comisión que el recurso al CNE fuera realmente voluntario y enfatizaron que no era concebible para ellas realizar elecciones sin involucrar plenamente al CNE. Destacaron que tanto la Sala Electoral del TSJ como el Ministerio Público confirmaban la necesidad de recurrir al CNE para realizar elecciones -omitiendo toda mención a que se tratase de una posibilidad facultativa (énfasis nuestro).<sup>46</sup>

Lo expuesto por la Comisión de Encuesta debe recalarse por tres razones fundamentales: primero, porque los sindicatos son expresiones de la libertad de asociación y de naturaleza análogos a los gremios y colegios profesionales; segundo, porque a pesar de existir una norma constitucional, la OIT la considera contraria al Convenio n° 87; y tercero, porque el Gobierno en lugar de ampararse en la norma constitucional señaló que la intervención era opcional. Todos y cada uno de los argumentos expuestos son perfectamente aplicables al objeto de este estudio en la medida en que los gremios y colegios profesionales son también defensores de los derechos de sus agremiados, incluso cuando los mismos están en una relación laboral, por lo que el aspecto de la defensa de este tipo de derechos implica que deben estar cobijadas bajo este marco de protección en razón de una interpretación en pro de los derechos humanos.

De hecho, la injerencia en los procesos electorales tiene tanta gravedad que entre sus recomendaciones la Comisión señaló siguiente:

la eliminación de la figura de la mora electoral y la reforma de las normas y procedimientos de elecciones sindicales, de manera que la intervención del CNE sea verdaderamente facultativa, no suponga un mecanismo de injerencia en la vida de las organizaciones, se garantice la preeminencia de la autonomía sindical en los procesos electorales y se eviten dilaciones en el ejercicio de los derechos y acciones de las organizaciones de empleadores y trabajadores.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Comisión de Encuesta de la OIT (2019). Informe de la Comisión de Encuesta instituida en virtud del artículo 26 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo para examinar la observancia por parte del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela del Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928 (núm. 26), del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y del Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144). p. 66. Disponible en: Informe de la Comisión de Encuesta: Por la reconciliación nacional y la justicia social en la República Bolivariana de Venezuela (ilo.org)

<sup>47</sup> *Ibid.* p. 230.

Así entonces, es evidente que la única razón que permite explicar el auto conferimiento de este cúmulo exacerbado de facultades radica en lograr el absoluto sometimiento de esas organizaciones a las órdenes del CNE, traduciéndose en una grave situación totalmente incompatible con el texto constitucional.

Precisamente, entre las funciones destacan el manejo de la información para la elaboración del registro de los electores de los gremios y colegios profesionales (numerales 8 y 9), así como conocer y decidir los recursos interpuestos contra el Registro Electoral Preliminar (numeral 13), funciones que a su vez quedarían reforzadas en los artículos 18 al 21:

**ARTÍCULO 18.-** El Consejo Nacional Electoral elaborará el Registro Electoral Preliminar de cada gremio y colegio profesional, una vez que la respectiva Comisión Electoral le haya consignado la nómina de agremiados y colegiados actualizada y cerrada.

**ARTÍCULO 19.-** La Comisión Electoral publicará el Registro Electoral Preliminar en un medio magnético e impreso, de conformidad con lo previsto en su normativa interna, y en la cartelera de cada una de las sedes de su gremio o colegio profesional, con cuarenta y cinco (45) días hábiles de antelación al acto de votación.

**ARTÍCULO 20.-** El Consejo Nacional Electoral abrirá un lapso de veinte (20) días continuos para la impugnación del Registro Electoral Preliminar, contado a partir de su publicación. Las impugnaciones serán decididas por el Consejo Nacional Electoral dentro de un plazo de quince (15) días continuos, contados a partir de la fecha de su interposición.

**ARTÍCULO 21.-** Transcurrido el lapso de impugnación previsto en el artículo anterior, el Consejo Nacional Electoral procederá a elaborar el Registro Electoral Definitivo, el cual será notificado a la Comisión Electoral del gremio o colegio profesional de que se trate.

Es menester destacar, por otra parte, la potestad de disponer libremente las condiciones (jurídicas y técnicas) bajo las cuales los procesos electorales de estas organizaciones tenían que desarrollarse (numeral 3). Tales condiciones debían estar plasmadas en el denominado «proyecto electoral» que elaborara la Comisión Electoral de los gremios y colegios profesionales, sujeta a la aprobación del CNE.

Justamente, la lectura concatenada de los artículos 30 y 31 de la normativa que se analiza, permite deducir el control absoluto que tenía el Consejo Nacional Electoral en las elecciones de los gremios y colegios profesionales a través de la técnica de la aprobación respecto del «proyecto electoral», y por ende cómo las comisiones electorales actuaban de forma sumisa a las instrucciones del Poder Electoral, como director de esas elecciones:

**ARTÍCULO 30.-** El Proyecto Electoral es el documento elaborado por la Comisión Electoral, de acuerdo con el formato suministrado por el Consejo Nacional Electoral. La Comisión Electoral está en la obligación de ejecutar los actos electorales en estricta sujeción a lo establecido en el Proyecto Electoral.

**ARTÍCULO 31.-** El Proyecto Electoral deberá contener:

1. Cronograma de las actividades que se llevarán a cabo durante el proceso electoral, indicando cada una de las fases del proceso las cuales deberán ajustarse a los lapsos establecidos en la presente Resolución.
2. Indicación de los lapsos para la totalización, adjudicación y proclamación.
3. Indicación de los cargos a elegir y del sistema electoral aplicable, según lo previsto en la normativa de cada gremio o colegio profesional.
4. Modelo de la boleta electoral a ser utilizada en el acto de votación.
5. Indicación de los documentos que deben acompañar las postulaciones de los candidatos, de acuerdo con lo previsto en la normativa de cada gremio o colegio profesional.



6. La ubicación exacta de los centros de votación y el número de las Mesas Electorales por cada centro de votación.
7. Procedimiento para la constitución e instalación de las Mesas Electorales.
8. Forma de selección de los Miembros de las Mesas Electorales.
9. Indicación de los mecanismos (manual o automatizado) a utilizar en los actos de votación, escrutinio y totalización que conforman el proceso electoral.

El cumplimiento de estas condiciones y del resto de las obligaciones establecidas en la resolución legitimaba el reconocimiento y validez de los comicios por parte del CNE (numeral 6), desconociéndose automáticamente la titularidad que correspondía a las comisiones electorales de dirigir las elecciones de sus respectivos organismos, lo que implica un claro cercenamiento de la libertad de asociación.

También llama la atención la adopción de medidas cautelares del tipo fiscalizador (numerales 15 y 16) sin la suficiente regulación que justificara la imposición de estas decisiones administrativas, situación que configuraba un atentado de manera grave al derecho de la defensa y la libertad de los gremios y colegios profesionales objeto de estas acciones, y que iría en contra de las directivas de la Organización de las Naciones Unidas sobre la materia, en particular las plasmadas en el informe del Relator especial sobre libertad asociación que al efecto señaló:

Las autoridades deben respetar también el derecho de las asociaciones a la privacidad, enunciado en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. **En ese sentido, las autoridades no estarán facultadas para condicionar las decisiones ni actividades de la asociación; revocar la elección de miembros de la junta directiva;** condicionar la validez de las decisiones de los miembros de la junta directiva relativas a la presencia de un representante del gobierno en sus reuniones, o solicitar la anulación de una decisión interna; pedir a las asociaciones que les presenten informes anuales anticipados; y entrar en los locales de una asociación sin previo aviso” (énfasis nuestro).<sup>48</sup>

En efecto, la imposición de medidas administrativas con base en indicios, sin darles oportunidad a las organizaciones de aportar pruebas que puedan desvirtuarlos, configuraba una vulneración palpable del principio de presunción de inocencia consagrado en la Constitución.

En este mismo sentido, es arbitraria la indeterminación o la falta de exactitud y certeza de las medidas que el CNE podía aplicar, una atribución absolutamente violatoria del principio de la legalidad administrativa (numeral 16), aparte de originar zozobra ante la incertidumbre generada.

Lo más grave de esta hipertrofia de atribuciones fue autoasignarse la potestad de declarar la nulidad de las elecciones de los gremios y colegios profesionales (numeral 17) sin ningún tipo de basamento legal expreso, más allá de la remisión que hacía a la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política como texto de aplicación supletoria.

<sup>48</sup> Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai (2012). Disponible en: <http://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/primer-informe-teme3altico-relator-1.pdf>. Debe acotarse que el término «autoridades» en ese caso no incluye a los tribunales, a los que sí se reconoce la competencia de dirimir controversias sobre la administración y manejo de las asociaciones, y siendo así tal denominación sí incluiría a autoridades como el CNE.

Tratándose de un acto sublegal, la resolución del CNE hacía formal y materialmente imposible consagrar el ejercicio de esta potestad administrativa de revisión en una decisión que jerárquicamente debía estar sujeta al mandato de las leyes, únicos actos para regular las potestades de los organismos estatales, por lo que era cuestionable e incurría en una invasión de la función legislativa.

De hecho, la habilitación o competencia de los órganos del Estado para actuar deviene de la ley. Efectivamente, el ejercicio de competencias (principio de la competencia) implica que las actuaciones de los órganos públicos deben estar subordinados a la ley.

De este modo, el CNE solo podía hacer lo que la ley le permitía, por lo que esta competencia autoasignada referente a la anulación de los procesos electorales de los gremios y colegios profesionales, y en general la potestad de revisar de oficio los actos de la Comisión Electoral de esas organizaciones, representaba una manifiesta incompetencia constitucional.

Indudablemente, en este caso el CNE iba más allá de su labor como órgano electoral, transformándose en un verdadero legislador, infringiendo la reserva legal que implica que ciertas materias solo pueden ser reguladas exclusivamente por el Poder Legislativo.

Por si esto fuera poco, el CNE definió detalladamente en el capítulo VIII titulado «La revisión de los actos electorales» el procedimiento administrativo que debía cumplirse para el ejercicio de la potestad revisora sobre los actos, actuaciones, abstenciones u omisiones de las comisiones electorales, dejando de lado una vez más los principios constitucionales de la reserva legal y de legalidad.

Hay que insistir en que de acuerdo con la Constitución, las regulaciones, restricciones y limitaciones a los derechos y garantías constitucionales solo pueden ser establecidas mediante las leyes dictadas por el Poder Legislativo, es decir, leyes formales, conforme al artículo 202 constitucional. Por ello, toda la regulación procedimental prevista por el CNE que buscaba justificar el ejercicio de la potestad revisora sobre los organismos electorales de estas organizaciones civiles solo podía ser establecida por la AN (artículo 156, numeral 32 constitucional).

La consagración de este procedimiento administrativo no permitía salvaguardar los derechos e intereses de los colegios y gremios profesionales, sino más bien facilitar y permitir el dominio caprichoso del CNE sobre estas organizaciones.

Estas funciones, sencillamente, denotaban las claras intenciones de manipulación arbitraria por parte del órgano comicial. Era obvio que se trataron de funciones injustificadas e injustas que anularon la democracia representativa, y en general el libre funcionamiento que hasta ese momento las organizaciones gremiales y los colegios profesionales habían gozado.

La regulación intervencionista del CNE para someter a los gremios y colegios profesionales, en general se trató en definitiva de un sistema centralizado donde desaparecía toda iniciativa privada por parte de estas organizaciones en la elección de sus autoridades, sacrificándose en el ínterin la libertad de asociación.

c. *Otros aspectos de la normativa sobre la regulación de los procesos electorales de gremios y colegios profesionales*

A pesar de que las actuaciones del órgano comicial tenían como presupuesto legitimador el artículo 293, numeral 6 y la disposición transitoria octava del texto constitucional, realmente no lo dotaban o habilitaban para menospreciar los principios de separación de poderes, legalidad, reserva legal y seguridad jurídica, entre otros, y lo peor, ofender las garantías fundamentales en todo Estado de derecho.

La regulación normativa del CNE no estuvo adecuada al texto constitucional, pues no tuvo por finalidad la tutela de los intereses generales que representan estas organizaciones en la sociedad del país, sino imponer una creciente injerencia estatal.

La inspección, supervisión, vigilancia, regulación y control de los procesos electorales de los gremios y colegios profesionales no estuvieron orientados en garantizar su libertad política.

Así, el CNE pasó de ser un simple garante del orden democrático en la escogencia de las autoridades de esas organizaciones a una administración interventora que estratégicamente paralizó el funcionamiento de estos actores de la sociedad.

Se debe insistir y tener en cuenta que el órgano comicial se dotó de un catálogo de amplias potestades y una discrecionalidad administrativa superior que sirvió para condicionar absolutamente y someter a su antojo las comisiones electorales, a fin de reducir su labor.

Ahora bien, un acontecimiento relevante que no se puede dejar de lado es que la intervención contra los gremios y colegios profesionales se vería algo edulcorada en 2010 cuando el CNE, conforme a la resolución n° 101028-0471 del 28 de octubre, decidió reformar parcialmente las Normas para regular los procesos electorales de gremios y colegios profesionales, concretamente el capítulo VIII relativo al procedimiento para el desarrollo de la potestad de revisión.

A partir de esta modificación, el organismo electoral reconoce tenuemente que las comisiones electorales de los gremios y colegios profesionales «son órganos que gozan de autonomía, encargados de la organización y ejecución de los procesos electorales destinados a la renovación de sus autoridades».

En razón de lo anterior, estableció que los interesados podían recurrir en una primera instancia ante la comisión electoral del gremio o colegio profesional, y posteriormente acudir al CNE (artículo 38).

Indudablemente, esta previsión modificaba sustancialmente el texto original en el que se permitía a los agremiados o asociados escoger entre la comisión electoral y el CNE a la hora de impugnar los actos, actuaciones, abstenciones u omisiones de naturaleza electoral.

Cabe advertir, sin embargo, que esta reforma parcial no produjo ninguna transformación en la posición intervencionista y arbitraria del órgano comicial.

De igual forma esta regulación por vía de la normación sublegal tampoco preservó el respeto de la autonomía de esas organizaciones, ni mucho menos la reserva legal sobre la materia de restricción y limitación del derecho de asociación de los gremios y colegios profesionales, cuya competencia corresponde con exclusividad al Poder Legislativo, el cual además, como se ha indicado, tampoco tiene libertad plena para limitar los derechos sino que debe hacer, como indicáramos *supra*, sujetando esas limitaciones al principio de necesidad, proporcionalidad y de compatibilidad con un sistema democrático.

El legislador es la única autoridad que podía establecer regulaciones y limitaciones sobre dichas asociaciones y, en todo caso, los tribunales son los órganos competentes para revisar tanto sus estatutos, en cuanto a su legalidad y legitimidad democrática como sus decisiones, y no el Consejo Nacional Electoral.

### 3. *Intervención judicial de los colegios de abogados*

Todo descrito en capítulos anteriores demuestra cómo se conformó un entramado que prácticamente anuló la libertad de actuación de los colegios de abogados en Venezuela.

De hecho, cualquier proceso electoral que estos quisieran era visto como un riesgo o una amenaza a los intereses del Gobierno, con lo cual debía ser intervenido.

Fue así como desde el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), a través de un catálogo de sentencias de la Sala Constitucional (SC) y la Sala Electoral (SE), comenzó a proporcionar medidas que asediaron al gremio de abogados.

El acoso del máximo tribunal sobre los colegios de abogados se expresó mediante decisiones que declararon la suspensión o nulidad de prácticamente todas las actuaciones de las comisiones electorales. La consecuencia sería entonces la restricción del ejercicio de las facultades de estas organizaciones y, en fin, el bloqueo de la autonomía de cada colegio de abogados.

No se trata de presentar en esta sección un balance exhaustivo, sino de realizar una revisión panorámica que sea útil para examinar cómo fue el desbordamiento del poder gubernamental a través del TSJ a fin de sofocar a los colegios de abogados y, sobre todo, superponer los objetivos gubernamentales a los objetivos estrictamente gremiales.

Uno de los casos emblemáticos fue el ocurrido en el proceso de elección del Colegio de Abogados de Caracas, que estuvo caracterizado por el creciente número de obstáculos impuestos desde el máximo juzgado del país.

Ciertamente, a partir de la sentencia n° 103 del 31 de julio de 2003, la SE encaminó la ruta de intervención contra ese colegio profesional luego de decretar con lugar una acción de amparo constitucional que había sido presentada contra la omisión de la junta directiva del Colegio de Abogados del Caracas de convocar elecciones para escoger a las nuevas autoridades, por considerar que tal ausencia de convocatoria se encontraba vencida en 2001 (1999-2001).<sup>49</sup>

La consecuencia de esta resolución es que desencadenaría un verdadero calvario para esta organización y sus asociados, pues estuvo colmada de incidencias procesales y otros obstáculos, que afectaron enormemente la realización del proceso electoral para la escogencia de sus autoridades con ajustamiento a las normas del CNE.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/medida-cautelar-suspender-proceso-electoral-colegio-abogados-del-distrito-metropolitano-caracas/>.

<sup>50</sup> En efecto, a partir de ese momento la SE emitiría una lista de sentencias contra el Colegio de Abogados de Caracas, destacándose entre otras las siguientes: 1) la sentencia n° 0015 del 11 de febrero de 2004, en la que anuló todas las actuaciones llevadas a cabo por la Comisión Electoral del colegio con posterioridad al 21 de agosto de 2003, paralelamente que le ordena proceder a convocar a elecciones para la designación de los miembros de la Junta Directiva, Tribunal Disciplinario y demás autoridades del Colegio de Abogados del Distrito Capital (<https://accesoalajusticia.org/nulidad-actuaciones-de-la-comision-electoral-colegio-de-abogado-distrito-capital/>). 2) La sentencia n° 1.287 del 9 de julio de 2004, mediante la cual dictó medida cautelar contra las autoridades del gremio de abogados, a fin de que se abstuvieran de realizar cualquier tipo de actuación que comprometiera u obligara administrativamente al Colegio de Abogados de Caracas, limitándose únicamente, a realizar actividades de simple administración, así como aquellas relacionadas con la inscripción de sus nuevos miembros y expedición de credenciales (<https://accesoalajusticia.org/medida-cautelar-contra-la-junta-directiva-del-colegio-de-abogados-del-distrito-capital-el-presidente-y-demas-miembros-del-tribunal-disciplinario-de-ese-colegio/>). 3) La sentencia n° 137 de 28 de septiembre de 2004, según la cual ordena darle una prórroga al CNE vista la necesidad de su intervención en el proceso, y sobre todo para que organizara y supervisara dicha elección en forma conjunta con la Comisión Electoral de este colegio profesional (<https://accesoalajusticia.org/prorroga-al-cne-para-ejecutar-el-proceso-electoral-del-colegio-de-abogados-del-distrito->

Lamentablemente, este proceso demostró no solo la mora injustificada, sino que también la falta de garantías procesales que otorgaran una adecuada protección a los derechos e intereses del Colegio de Abogados de Caracas.

En efecto, sería después de dos años desde que la SE suspendiera las elecciones del gremio de abogados que daba por terminado el proceso, una vez que se llevaron a cabo las elecciones el 10 de noviembre de 2005.

El máximo juzgador estableció al respecto lo siguiente:

**Vistos los informes cursantes en el expediente, conforme a los cuales los apoderados judiciales del Colegio de Abogados de Caracas y del Consejo Nacional Electoral, respectivamente, afirman que el 10 de noviembre de 2005 se llevó a cabo el proceso comicial para elegir las autoridades gremiales del Colegio de Abogados de Caracas, esta Sala Electoral estima que con ello se ha dado cabal cumplimiento a la ejecución del fallo dictado por esta Sala el 31 de julio de 2003, razón por la cual ordena el archivo del presente expediente. Así se decide.**<sup>51</sup>

Ahora bien, este alivio fue transitorio, pues en 2008 la SC destituiría a la junta directiva y al tribunal disciplinario del Colegio en funciones, que había sido electa en los comicios celebrados el 10 de noviembre de 2005 bajo la tutela del CNE.

Efectivamente, estos comicios serían anulados luego de tres años por la SC tras conocer una acción de amparo constitucional que había sido presentada en 2004. Lo más grave es que en su lugar el juez también decidiría con absoluta arbitrariedad designar nuevas autoridades y nombrar una Comisión Electoral para unas futuras elecciones del Colegio sin la participación de los asociados.

En la propia sentencia, la SC afirmó que «reitera que lo controvertido en autos han sido los motivos por los cuales no se han realizado dichas elecciones, pues las partes han sido contestes en el hecho de que las elecciones de las autoridades (...) aún no han sido efectuadas».

Si bien eso era cierto para la fecha en que se interpuso la acción de amparo que dio origen al proceso y para el momento de los alegatos de las partes en el año 2004, al publicarse la sentencia en 2008, esos comicios ya se habían realizado el 10 de noviembre de 2005 con la supervisión de la administración electoral y con el reconocimiento de la SE.

El juez constitucional infundadamente determinó en la sentencia n° 011 del 14 de febrero de 2008<sup>52</sup> que la conformación de la junta directiva del Colegio se había realizado de manera irregular, razón por la cual esa situación acarrearía la nulidad de dicho acto de designa-

---

metropolitano-de-caracas/). 4) La sentencia n.º de 13 de diciembre de 2007, en la que suspendió a la Comisión Electoral, electa el 18 de octubre de 2007, dado que se encontraba integrada por los agremiados que conformaron la única lista postulada, es decir, que había sido electa sin representación de otros factores a participar, por lo que el proceso electoral para la escogencia de las autoridades del Colegio de Abogados «no estaría revestido de los principios de transparencia e imparcialidad, generando así inseguridad, incertidumbre e, inclusive, la ilegalidad de sus resultados» (<https://accesoalajusticia.org/suspension-de-la-comision-electoral-del-colegio-de-abogados-del-distrito-capital/>).

<sup>51</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/la-se-da-por-terminado-el-proceso-electoral-del-colegio-de-abogados-del-distrito-metropolitano-de-caracas-iniciado-en-2003/>.

<sup>52</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/nulidad-de-la-junta-directiva-del-colegio-de-abogados-del-distrito-capital-y-designacion-provisional-de-la-nueva-directiva-y-de-los-miembros-de-la-comision-electoral/>.

ción, así como de los actos suscritos y actuaciones efectuadas, por ser ilegal e inconstitucional, especialmente por el desacato a un mandamiento que la SC había ordenado en la sentencia que admitió la acción de amparo presentada en 2004.<sup>53</sup>

Sin ninguna explicación el juez constitucional, a pesar de lo dicho por el CNE y la SE, se limitó a aseverar que:

Aprécia esta Sala que los comicios electorales para elegir las nuevas autoridades que conforman el Colegio de Abogados del Distrito Capital aún no se han producido, siendo que tal y como lo afirmaron los demandados en su contestación de la demanda (v. folio 563 de la pieza N° 1), la última elección de la Junta Directiva y de la Comisión Electoral del referido Colegio de Abogados tendría lugar el 21 de agosto de 2003, y la Sala conoce como hecho notorio comunicacional, la conformación de una nueva junta directiva del Colegio de Abogados del Distrito Capital y del Tribunal Disciplinario, en contravención a la medida cautelar acordada por esta Sala en el fallo de admisión; circunstancia que -sin menoscabo de lo dispuesto en la sentencia N° 1825 del 9 de octubre de 2007 en la que se dispuso que son válidas las elecciones que se hayan llevado a cabo desde diciembre de 1999 en todos los Colegios de Abogados de la República- vicia de nulidad a dicho acto de designación, así como los actos suscritos y actuaciones efectuadas, por ser una designación ilegal e inconstitucional, y efectuada en claro desacato a un mandamiento ordenado por esta Sala como máxima autoridad del Poder Judicial razón por la cual se designan como integrantes de la Junta Directiva provisional del Colegio de Abogados del Distrito Capital a los ciudadanos.

En opinión de la Sala, las elecciones celebradas en 2005 bajo la supervisión del CNE nunca ocurrieron, pues como se lee en la transcripción del fallo, su análisis estuvo centrado en el proceso que se celebraría en 2003, pero como ya se señaló arriba, este había sido suspendido por la SE, conforme a la sentencia n° 103 del 31 de julio de 2003.<sup>54</sup>

En definitiva, la fundamentación utilizada por la SC para desconocer a las autoridades del Colegio de Abogados de Caracas, sencillamente, era falaz, sin razonamiento lógico, fáctico y jurídico alguno.

Es así como el juez constitucional decidió designar una junta directiva provisional del Colegio de Abogados de Caracas hasta tanto culminara y se eligiera en forma legítima las autoridades del referido organismo, así como el nombramiento de una Comisión Electoral *ad hoc*, que debía actuar de acuerdo a lo que definiera el Consejo Nacional Electoral según las Normas para regular los procesos electorales de Gremios y Colegios Profesionales.

<sup>53</sup> Mediante decisión del 9 de julio de 2004, la SC admitió la demanda incoada, ordenando la notificación del fiscal general de la República, de la Procuradora General de la República y del defensor del pueblo, así como la publicación de un edicto. Igualmente, se acordó medida cautelar, en los siguientes términos:

3.1- A quienes ocupan actualmente los cargos de la Junta Directiva del Colegio de Abogados del Distrito Capital se abstengan de realizar cualquier tipo de actuación, bien de representación o que comprometan u obliguen administrativamente al Colegio de Abogados, limitándose únicamente, a realizar actividades de simple administración, así como aquellas relacionadas con la inscripción de sus nuevos miembros y expedición de credenciales.

3.2.- A quienes ocupan actualmente los cargos del Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados del Distrito Capital, se abstengan de iniciar, sustanciar y decidir procedimientos disciplinarios contra los miembros de dicha corporación gremial, así como paralizar aquellos procedimientos iniciados con posterioridad al vencimiento del tiempo para el ejercicio de sus cargos.

Véase: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/11-140208-04-1263.HTM>.

<sup>54</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/medida-cautelar-suspender-proceso-electoral-colegio-abogados-del-distrito-metropolitano-caracas/>.

Indudablemente esta decisión judicial de la SC tenía un cariz político. Sin fundamentación alguna sacó de la nada la designación de una nueva directiva del colegio profesional, así como el nombramiento de los integrantes de la comisión electoral que llevaría a cabo la elección de las autoridades del Colegio de Abogados de Caracas, entorpeciendo la posibilidad de ejercer plenamente el derecho de elegir a sus autoridades por parte de los miembros de ese gremio.

De ese modo, el TSJ imponía esta práctica interventora que se extendería a otros colegios de abogados existentes en el país, aparte de otras organizaciones de la sociedad civil.

En efecto, el máximo tribunal a partir de una cadena de sentencias fue interviniendo los comicios de los colegios de abogados del estado Aragua, en el año 2003, y del estado Zulia, en 2014.<sup>55</sup>

Se le agregaría también la intervención de las elecciones de la Federación de Colegios de Abogados de Venezuela, ocurrida en 2003, que dio origen a un proceso abusivo y tortuoso que duraría más de diez años, en el que el juez electoral se valió de amplias potestades que infringió el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y por tanto el derecho a la tutela judicial efectiva.

Tampoco escaparían de esta amenazante práctica los comicios del Instituto de Previsión Social del Abogado (Inpreabogado), luego de que la SE admitiera en 2012 una acción de amparo constitucional presentada contra la conducta omisiva del Consejo Directivo del Instituto de Previsión Social del Abogado, para convocar a elecciones libres, universales, directas y secretas.<sup>56</sup>

Otra situación seriamente discutible en el marco del desmantelamiento de los colegios de abogados por parte del TSJ lo configuraría la sentencia n.º 1.825 del 9 de octubre de 2007 emitida por la SC.<sup>57</sup>

Por medio de esta decisión judicial el juez determinó la inconstitucionalidad de la norma legal que exigía la solvencia de los colegiados para que estos pudieran apoyar la presentación de listas o de candidatos en las elecciones de los colegios de abogados en el país.

Precisamente, la Sala SC declaró la inconstitucionalidad del párrafo único del artículo 36 de la Ley de Abogados que permitía elegir o ser elegido o tomar parte en las decisiones de las Asambleas de los Colegios de Abogados «a los miembros que se encuentren solventes con el respectivo colegio o delegación y con el Instituto de Previsión Social del Abogado».

Al mismo tiempo, la Sala determinó la inconstitucionalidad del artículo 7 del Reglamento de la Ley de Abogados sobre Elección en los Organismos Profesionales y en el Instituto de Previsión Social del Abogado, que disponía que para presentar listas o candidatos en los procesos para la elección de los órganos de los colegios de abogados «deberá contarse con el apoyo de un número equivalente al 10%, por lo menos, del total de miembros solventes».

---

<sup>55</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2021/07/Breve-reporte-sobre-la-intervencion-de-los-Colegios-de-Abogados-por-el-TSJ.pdf>.

<sup>56</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/admision-de-amparo-constitucional-contra-el-inpreabogado-ante-la-conducta-omisiva-para-convocar-elecciones/>.

<sup>57</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/nulidad-norma-que-exige-solvencia-agremiados-para-apoyar-candidatos-elecciones-colegios-abogados/>.



Para el máximo intérprete del texto constitucional, la condición de insolvencia de uno o varios colegiados no podía ser un obstáculo para que estos participaran y ejercieran su derecho al sufragio. Por ello aseveró que ambas normas jurídicas, que eran cuestionadas por los demandantes, desnaturalizaban los elementos esenciales de los derechos a la participación política (artículo 62 constitucional) y al sufragio (artículo 63 constitucional), aparte de que también generaban una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 21 constitucional).

Así, tomando en cuenta la disposición derogatoria única de la Constitución venezolana, y según el parecer de la propia Sala, se había producido un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida de las referidas normas. De hecho, sostuvo expresamente que «se ha producido el fenecimiento de dichas normas y su exclusión del mundo jurídico, por resultar sus contenidos contrario a lo dispuesto en el nuevo Texto Constitucional».

Con este catálogo de sentencias, el máximo juzgador consolidó la grave distorsión e ilegítima utilización del control judicial para fines distintos a los establecidos en el texto constitucional, como sería controlar e inmiscuirse en las elecciones de los colegios de abogados con el único objetivo de secuestrarlos,<sup>58</sup> en violación de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos.

#### A MANERA DE CONCLUSIÓN

Desde la primera sección se aprecia cómo en el Estado venezolano comenzó a instaurarse un régimen de control absoluto orquestado desde el Gobierno nacional, donde la Constitución de 1999 sirvió para adoptar estrategias absolutamente arbitrarias procedentes de órganos públicos simpatizantes del proyecto político «revolucionario», con el objeto de irrumpir en la sociedad civil.

A fin de alcanzar este propósito, la actuación parcializada del Consejo Nacional Electoral, y obviamente la falta de independencia del máximo juzgador, condujeron a la restricción de las libertades de los colegios de abogados en el país y, en general, al socavamiento institucional de estas organizaciones.

Pero lo verdaderamente alarmante es que esta dominación gubernamental sobre el gremio de abogados se ha ido transformando y extendiendo con el transcurso del tiempo a prácticamente a todas las organizaciones pertenecientes a la sociedad civil, como lo se ha expresado en las secciones anteriores.

No cabe la menor duda de que la aplicación de esta práctica a otros actores sociales tiene justamente la finalidad de desarmarlos y despojarlos de su libertad y autonomía, aparte de callarlos y neutralizarlos para que no sigan ejerciendo funciones que comprometan, e incluso amenacen, los intereses del poder del Gobierno, como es denunciar sus acciones y omisiones violadores del Estado de derecho.

Esta neutralización de los cuerpos gremiales en el caso de los abogados se pone en evidencia cuando, por ejemplo, por efecto de la pandemia se suspendieron diversas actividades, entre ellas la del Poder Judicial, violando de este modo el derecho a la tutela judicial efectiva, pues solo quedaron operativos los tribunales penales, sin que los ciudadanos pudiesen acudir a otros tribunales competentes en otras materias.

---

<sup>58</sup> Véase: <https://accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/-2021/07/Breve-reporte-sobre-la-intervencion-de-los-Colegios-de-Abogados-por-el-TSJ.pdf>.

Estos meses de inactividad judicial afectó a gran número de profesionales del derecho. Sólo el Colegio de Abogados de Caracas<sup>59</sup> y la Federación de Colegios de Abogados protestaron.<sup>60</sup>

Lo que se experimenta actualmente en el país es el aniquilamiento de la autonomía e independencia de la sociedad civil ante la dominación de un Gobierno de talante totalitario.

Ello se ve reflejado en la forma en que son hostigados, perseguidos y criminalizados los diferentes actores y organizaciones con vocación democrática que aún existen en Venezuela, prácticas que lamentablemente vienen acentuándose con posterioridad a los resultados electorales de las parlamentarias de 2015.

En definitiva, lo hasta aquí expuesto solo demuestra que la intervención de los colegios de abogados y demás organizaciones de la sociedad civil es una medida restrictiva que representa el total y absoluto atropello, sin control alguno, de las garantías constitucionales por parte de los gobiernos de Hugo Chávez Frías y Nicolás Maduro Moros.

---

<sup>59</sup> <https://efectococuyo.com/la-humanidad/colegio-de-abogados-el-sistema-de-justicia-venezolano-esta-en-estado-de-coma-15jun/>,

<sup>60</sup> <http://www.acafar.com.ve/img/comunicado-colegio-abogados.pdf>.

# JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

## EL CASO BREWER-CARIÁS VS. VENEZUELA: LECCIONES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DEBIDO PROCESO

Marisol Peña Torres\*

*Ex Presidenta del Tribunal Constitucional de Chile*

**Resumen:** *El presente artículo analiza el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, de 18 de octubre de 2021, que ha venido a reparar los efectos producidos por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del jurista venezolano Allan Brewer-Carías, particularmente en lo que se refiere a la vulneración del derecho de acceso a la justicia en conexión con el derecho a un recurso efectivo para tutelar los derechos protegidos a nivel internacional.*

**Palabras Clave:** *Derecho de acceso a la justicia – derecho a un recurso efectivo – agotamiento de los recursos internos.*

**Abstract:** *This article analyzes the judgment of the ONU Human Rights Committee, dated October 18, 2021, which has come to repair the effects produced by the decision of the Inter-American Court of Human Rights in the case of the Venezuelan jurist Allan Brewer-Carías, particularly with regard to the infringement of the right of access to justice in connection with the right to an effective remedy to assure the rights protected by international level.*

**Key words:** *Right of access to justice – right to an effective remedy – exhaustion of local remedies.*

### INTRODUCCIÓN

Con fecha 18 de octubre de 2021, el Comité de Derechos Humanos de la ONU pronunció su dictamen en el caso CCPR C/133/D/3003/2017, correspondiente a la denuncia que había interpuesto el jurista Allan Brewer-Carías<sup>1</sup> contra el Estado de Venezuela, el 21 de diciembre de 2016. La acción se fundaba en diversas vulneraciones a las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 y a su Protocolo Facultativo que tenían que ver con las garantías del debido proceso y con la existencia de discriminación por razones políticas.

El aludido dictamen del Comité de Derechos Humanos confirma varias de las violaciones alegadas y establece la obligación de Venezuela de proporcionar al denunciante un recur-

---

\* Profesora titular de Derecho Constitucional. Centro de Justicia Constitucional Universidad del Desarrollo. marisolpena@udd.cl.

<sup>1</sup> Allan Brewer-Carías es abogado, doctor en Derecho y profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela. Ha sido profesor visitante y profesor adjunto en la Columbia Law School en Nueva York. Ex miembro de la Junta Directiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y ex Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado con sede en La Haya. Miembro y ex Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

so efectivo, lo que importa una reparación integral de sus derechos vulnerados. Al mismo tiempo, el Comité fijó al Estado Parte un plazo de 180 días para informar sobre las medidas que hubiere adoptado para aplicar su dictamen, el que, además, debía ser publicado y dársele amplia difusión.

La denuncia ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU se realizó después de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en fallo de 26 de mayo de 2014, acogiera la excepción preliminar deducida por el Estado de Venezuela que alegaba la falta de agotamiento de los recursos internos, por parte de la presunta víctima, lo que impidió entrar al examen de fondo de las alegaciones del doctor Brewer-Carías. La sentencia fue pronunciada por dos votos a favor y dos en contra, correspondientes estos últimos a los jueces Manuel Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Por su parte, el juez chileno Eduardo Vio Grossi, se excusó de participar en este litigio por haber trabajado en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, dirigido en esa época por Allan Brewer-Carías.

El interés jurídico de este dictamen es doble: por un lado, desvirtúa la idea, hasta hoy generalizada, de que el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la última posibilidad que le asiste a un nacional de un Estado miembro de la Convención Americana de Derechos Humanos para constatar la vulneración de sus derechos y obtener las reparaciones correspondientes. Por otro lado, contribuye a precisar el alcance del requisito del agotamiento de los recursos internos como determinante para la admisibilidad de aquellas acciones que tiendan a perseguir las responsabilidades de un Estado por la vulneración de los derechos que se aseguran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, del año 1966.

El presente artículo abordará, primeramente, el contexto fáctico en que se deduce la denuncia del profesor Allan Brewer-Carías ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, con especial énfasis en el pronunciamiento previo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Seguidamente, se analizará la importancia del requisito de agotamiento de los recursos internos como estándar de admisibilidad de las denuncias, tanto ante la aludida Corte cuanto, ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su relación con el derecho básico de acceso a la justicia. Por último, se extraerán algunas conclusiones a la luz de los criterios establecidos en el dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso en comento.

#### I. HECHOS QUE DESENCADENARON LA DENUNCIA DE ALLAN BREWER-CARÍAS ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La historia de Venezuela ha estado marcada, en las últimas décadas, por apartarse de los estándares democráticos señalados en la Carta Democrática Interamericana de la OEA, suscrita en Lima, en el año 2001.

Es así como el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó una resolución, con fecha 9 de diciembre de 2020, por la cual llama a “rechazar las elecciones fraudulentas celebradas en Venezuela el 6 de diciembre de 2020 y no reconocer sus resultados por no haber sido libres ni justas de conformidad con las condiciones establecidas en el derecho internacional; por carecer de imparcialidad y transparencia; por no haber contado con la participación de todos los actores políticos y de la ciudadanía; por no haber sido liberados los presos políticos; por la falta de independencia de la autoridad electoral; y por no haber contado con observación electoral internacional independiente y creíble”.

Resuelve, asimismo, que existe una estrategia consistente y deliberada del régimen ilegítimo de Nicolás Maduro de socavar el sistema democrático y la separación de poderes, que incluye la instalación de una Asamblea Nacional no democráticamente electa.<sup>2</sup>

Como la resolución citada invocó la Carta Democrática Interamericana de la OEA conviene recordar que, conforme a su artículo 1º, “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.” Por su parte, el artículo 3º del mismo instrumento prescribe que: “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.”

Sin embargo, la historia de vulneraciones al régimen democrático había comenzado durante el gobierno del Presidente Hugo Chávez, antecesor de Nicolás Maduro. Fue así como, a comienzos del año 2002, mientras gobernaba dicho mandatario, se produjo el nombramiento, por parte del Ejecutivo Nacional, de una nueva directiva de la industria Petróleos de Venezuela (Pdvsa), de propiedad del Estado, lo que produjo un paro de los empleados de la misma. Este movimiento fue apoyado por la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) que el día 9 de abril llamó a un cese de labores de veinticuatro horas en solidaridad con la empresa. La actitud de la CTV fue apoyada, a su vez, por sectores empresariales de Venezuela representados por Fedecámaras, así como por la Iglesia Católica liderada por el Episcopado.

A pesar de que se estimó que la manifestación no había tenido mayor contundencia, la CTV llamó a una huelga general indefinida en la tarde del día 10 de abril, lo que fue considerado como un decidido acto insurreccional contra el gobierno.<sup>3</sup> Esta última característica parece corroborada por el hecho de que la marcha del día 11 de abril se encaminó hacia el Palacio Presidencial de Miraflores bajo la consigna de “sacar a Chávez”. Al final de ese día, la prensa registraba un número de 19 muertos entre personas pro chavistas y quienes estaban en contra del régimen.<sup>4</sup>

A los acontecimientos descritos se suma el movimiento gestado en las cúpulas militares de Venezuela que encuentra uno de sus momentos más extremos en el pronunciamiento del Comandante en Jefe del Ejército, en el sentido de que esta rama no acataría las órdenes presidenciales. La presión militar y, particularmente, la amenaza de bombardeo al palacio de Miraflores, desatan la renuncia del Presidente Chávez en la madrugada del día 12 de abril de 2002<sup>5</sup>, mientras que, un poco más tarde, Pedro Carmona Estanca (representante de Fedecámaras) anuncia que asumirá la presidencia del país liderando un gobierno de transición civil-militar.

En el transcurso del mismo día 12 de abril se da a conocer el denominado “Decreto Carmona”, por el cual se constituye un gobierno de transición democrática y de unidad nacional y se designa a Pedro Carmona Estagna como Presidente de la República de Venezuela. El aludido decreto disponía, además, la cesación en sus cargos de los diputados principales y

<sup>2</sup> CP/RES. 1164 (2309/2020). N° 1 y 2.

<sup>3</sup> CLACSO (2002), p. 23.

<sup>4</sup> Diario El Universal 27/04/2002.

<sup>5</sup> Posteriormente, diversos medios de comunicación internacionales anunciaron que el Presidente Chávez no había renunciado y que se encontraba preso.

suplentes de la Asamblea Nacional convocando a elecciones legislativas nacionales, a más tardar, en diciembre de ese año, con el fin de instalar un Poder Legislativo Nacional con facultades constituyentes para la reforma general de la Constitución de 1999. Del mismo modo, el decreto destituía de sus cargos al presidente y magistrados del Tribunal Supremo de Justicia calificando de ilegítima su ocupación.

Es, precisamente, en medio de los acontecimientos del día 12 de abril, cuando se desatan las circunstancias que van a afectar a Allan Brewer-Carías, llevándolo a activar la protección del sistema interamericano de derechos humanos y, ante su nula respuesta, del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

Tal como relata la parte expositiva del dictamen del Comité de Derechos Humanos que se comenta, en la madrugada del día 12 de abril de 2002, el jurista Allan Brewer-Carías recibió una llamada telefónica de Pedro Carmona Estagna para requerir su presencia personal a fin de evacuar una opinión jurídica en su calidad de abogado especialista en Derecho Público y reconocido constitucionalista. Así, fue trasladado al Fuerte Tiuna<sup>6</sup>, donde se le exhibió el borrador de un decreto, de autoría desconocida, que sería difundido horas más tarde. A pesar de que no pudo entrevistarse personalmente con el señor Carmona, el doctor Brewer-Carías le transmitió, a través de una llamada telefónica, su desacuerdo absoluto con el texto que se le había exhibido en el Fuerte Tiuna por apartarse del constitucionalismo y violar la Carta Democrática Interamericana de la OEA. El dictamen del Comité de Derechos Humanos indica, asimismo, que, en los días subsiguientes, los medios de comunicación especularon sobre la presencia del abogado Brewer-Carías en el Fuerte Tiuna, atribuyéndole la autoría intelectual y la redacción del Decreto Carmona, lo que él desmintió públicamente.

El día 15 de abril del mismo año, el Presidente Hugo Chávez regresa al palacio de Miraflores para retomar el poder luego de que las cúpulas militares restaran todo apoyo a Pedro Carmona.

En el mes de julio de 2002, la Comisión Parlamentaria Especial creada por la Asamblea Nacional de Venezuela para investigar los sucesos de abril de ese año, emitió un informe sin que se hubiera citado ni oído previamente al señor Brewer-Carías, a pesar de que daba por demostrada su participación en la planificación y ejecución del golpe de Estado, así como en el hecho de haber sido corredactor del decreto de autoproclamación y disolución de todos los poderes públicos.

Posteriormente, en enero de 2005, y como relata Héctor Faúndez, “Con motivo de los sucesos de abril de 2002, en los que se atribuyó a Allan Brewer-Carías la autoría del “Decreto Carmona” (...), la fiscal provisoria Sexta del Ministerio Público a Nivel Nacional con Competencia Plena, Luisa Ortega Díaz, imputó al Dr. Brewer-Carías ‘la comisión del delito de conspiración para cambiar violentamente la Constitución’, por haber participado en la ‘discusión, elaboración, redacción y presentación’ del mencionado Decreto.”<sup>7</sup> La imputación se basó en la denuncia privada formulada, en el mes de mayo de 2002, por el Coronel de Ejército y abogado, Ángel Bellorín, afirmando que era “un hecho notorio comunicacional reiterado” que el doctor Brewer Carías había participado en la redacción del Decreto Carmona, tal y como se desprendía de artículos periodísticos.

En el marco de la investigación penal abierta contra Allan Brewer-Carías se sucedieron diversas irregularidades, entre las que el Dictamen del Comité de Derechos Humanos destaca

<sup>6</sup> Sede del Ministerio de Defensa y de la Comandancia General del Ejército.

<sup>7</sup> Faúndez (2022), p. 83.

la suspensión de los dos magistrados de la Corte de Apelaciones que habían votado por la nulidad de la medida de prohibición de salida del país de varios ciudadanos a los que se atribuyó participación en los hechos de abril del año 2002. Del mismo modo, releva la negativa sistemática de la fiscal del Ministerio Público de expedir copia del expediente íntegro sobre la medida de expulsión del país solicitada, reiteradamente, por los defensores del doctor Brewer-Carías, lo que, ciertamente, incidía en su posibilidad de defensa, pues sólo se le exhibieron, a sus defensores, determinadas copias del mismo. Asimismo, la Fiscal rechazó testimonios ofrecidos y la práctica de determinados informes técnicos que contribuyeran a descartar cualquier hipótesis de culpabilidad en los hechos imputados.

En el mes de septiembre del año 2005, Allan Brewer-Carías salió de Venezuela para cumplir compromisos académicos en la Universidad de Columbia en Estados Unidos. Al mes siguiente, la Fiscal Provisoria Sexta, instructora de la causa penal, dedujo acusación penal en su contra solicitando que se decretara su privación preventiva de libertad, lo que, en la práctica, ocasionó que el afectado se viera impedido de retornar a Venezuela ante el riesgo inminente de ser detenido de inmediato y verse afectada su integridad física y moral.

La defensa del encausado presentó dos recursos de nulidad de lo obrado en la investigación criminal que lo afectaba: el primero, después de conocerse la publicación de un libro, cuya autora era la recién asumida Fiscal General de la República de Venezuela, en el que afirmaba que el Dr. Brewer Carías, entre otros, era el autor del denominado “Decreto Carmona”, lo que, sin duda alguna, le restaba imparcialidad al juzgamiento. El segundo recurso de nulidad fue presentado por su defensa una vez conocida la solicitud de privación de libertad alegando la improcedencia de la misma. El actor sostuvo ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU que ninguna de dichas acciones judiciales fue respondida.

A los hechos anteriores se une la dictación, en el mes de febrero del año 2007, de una ley especial de amnistía extinguiendo todas las acciones penales por los hechos relacionados con la redacción y firma del Decreto Carmona. La solicitud de sobreseimiento de la causa contra Allan Brewer-Carías, en base a dicha Ley de Amnistía, fue denegada tanto en primera como en segunda instancia.

## II. EL INTENTO FALLIDO DE AMPARO POR EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El 24 de enero del año 2007, se presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, firmada por los juristas Pedro Nikken, Hélio Bicudo, Claudio Grossman, Juan E. Méndez, Douglas Cassel y Héctor Faúndez Ledesma, en defensa del constitucionalista Allan Brewer-Carías, la que derivó en el Informe de Fondo N° 171/11, de 3 de noviembre de 2011.

Los derechos de la Convención Americana que la defensa de Allan Brewer-Carías estimó vulnerados fueron los artículos 8.1 (derecho a ser oído, con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial); 8.2 (derecho a la presunción de inocencia y a garantías mínimas del juzgamiento); 13 (libertad de pensamiento y de expresión) y 25 (protección judicial), en relación con los artículos 1.1<sup>8</sup> y 2<sup>9</sup> de la Convención Americana de Derechos Humanos.

---

<sup>8</sup> Art. 1. Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sometida a su jurisdicción, sin discriminación alguna por razón de ra-



Sin perjuicio de que todos los derechos alegados como infringidos son trascendentes para configurar un debido proceso, nos parece muy relevante que la defensa del doctor Brewer-Carías haya alegado la falta de un recurso efectivo en su juzgamiento por la justicia venezolana.

En efecto, y tal como señala Anamari Garro, el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>10</sup> es “una manifestación específica del derecho de acceso a la justicia, dirigida a la protección de los derechos fundamentales”.<sup>11</sup> En este caso, cobra especial gravedad que, tal como se reproduce en el Informe evacuado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en respuesta a los planteamientos del imputado, “los tribunales sostuvieron que carecían de atributos legales para proteger sus derechos, que los planteamientos eran inoportunos o que no podían interferir con la autonomía de la Fiscalía en la dirección de la investigación” (N° 46). Adicionalmente, el Poder Judicial y el Ministerio Público se habían mostrado carentes de toda independencia (N° 47) y la presentación del recurso de nulidad, por parte de la defensa, como último recurso interno para acreditar la violación de derechos fundamentales de que había sido objeto, exhibía más de 4 años de retardo injustificado (N° 51).

La Comisión Interamericana declaró admisible el caso y abrió un plazo de dos meses para que los peticionarios presentaran sus alegatos de fondo ofreciendo también sus buenos oficios para el logro de una solución amistosa. Mientras tanto, la Fiscal Sexta dictó un orden de detención contra el doctor Brewer-Carías a fin de que fuera localizado por la INTERPOL y se procediera a su extradición una vez capturado.

El Estado, por su parte, centró sus argumentos contrarios a la petición formulada por la defensa en la “grave alteración del orden constitucional en Venezuela”, según resoluciones adoptadas por el Consejo Permanente y por la Asamblea General de la OEA. Asimismo, adujo que la supuesta falta de resolución del recurso de nulidad deducido por Allan Brewer-Carías se debió exclusivamente a la circunstancia de falta de comparecencia personal del recurrente, lo que relacionó con la negativa de aquel de someterse a la persecución penal. Sería ese mismo estado de “rebeldía jurídica” el que le habría hecho perder la posibilidad de que se aplicara, en su favor, el decreto ley de amnistía del año 2007.

El 3 de noviembre de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el Informe de Fondo 171/11, concluyendo que el Estado de Venezuela era responsable de la violación de los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de

---

za, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

<sup>9</sup> Art. 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

<sup>10</sup> Art. 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención. Aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados se comprometen: a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

<sup>11</sup> Garro (2016), p. 31.

Derechos Humanos, en relación con sus artículos 1.1 y 2, en perjuicio de Allan R. Brewer-Carías<sup>12</sup>. Sobre esa base recomendó al Estado venezolano que, en el proceso penal en contra de aquel, se pusieran en práctica las condiciones necesarias para asegurar que la causa fuera llevada conforme a las garantías y estándares de dichas normas de la Convención.

El 7 de marzo de 2012, la Comisión sometió el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, motivada en “la necesidad de obtención de justicia para la víctima, debido a la naturaleza y gravedad de las violaciones comprobadas, y ante el incumplimiento de las recomendaciones por parte del Estado.”<sup>13</sup>

Con fecha 26 de mayo de 2014, la Corte acoge la excepción preliminar hecha valer por Venezuela sosteniendo que “la supuesta víctima no ha interpuesto ni agotado los recursos establecidos en la legislación venezolana, para hacer valer sus pretensiones y obtener el amparo judicial de los derechos que considera le estaban siendo vulnerados.”<sup>14</sup>

Al respecto, la Corte recordó que “la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios.” Agregó que “ello significa que no solo deben existir formalmente esos recursos, sino también deben ser adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención.”<sup>15</sup> Y que, de acuerdo con la carga de la prueba aplicable a la materia, “el Estado que alega el no agotamiento debe señalar los recursos internos que deben agotarse y proporcionar la prueba de su efectividad.”<sup>16</sup>

Con todo, la Corte sienta su criterio definitivo en el considerando 96 de la sentencia que se recuerda:

“(…) en el presente caso (…), el proceso en contra del señor Brewer Carías se encuentra todavía en la fase intermedia, por cuanto la audiencia preliminar no se ha llevado a cabo y no se ha dado, entonces, inicio al juicio oral, por lo que el Tribunal constata que el proceso penal se encuentra en una *etapa temprana*. Lo anterior conlleva que no es posible analizar el impacto negativo que una decisión pueda tener si ocurre en etapas tempranas, cuando estas decisiones pueden ser subsanadas o corregidas por medio de los recursos o acciones que se estipulen en el ordenamiento interno.” (Énfasis agregado).

Ante la circunstancia indubitable de que si el doctor Brewer-Carías comparecía personalmente ante los tribunales venezolanos para asegurar su debida defensa, iba a ser inmediatamente detenido a raíz de la orden de captura que se había decretado en su contra, la Corte argumentó que “la misma prisión preventiva, que sólo puede ser admitida excepcionalmente, tiene entre uno de sus fines más importantes asegurar la comparecencia del imputado en juicio, de forma a (sic) garantizar la jurisdicción penal y contribuye a combatir la impunidad.”<sup>17</sup>

En conclusión, la sentencia de la Corte Interamericana niega la posibilidad de continuar con el examen de fondo del asunto, debido a que “considera que en el presente caso no fue-

---

<sup>12</sup> Ayala Corao (2022), p. 16.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Considerando 17.

<sup>15</sup> Considerando 83.

<sup>16</sup> Considerando 84.

<sup>17</sup> Considerando 134.

ron agotados los recursos idóneos y efectivos, y que no procedían las excepciones al requisito de previo agotamiento de dichos recursos.”<sup>18</sup>

El voto conjunto disidente de los jueces Manuel Ventura Robles y Eduardo Ferrer MacGregor argumentó que las consideraciones de la sentencia se apartaban de la línea jurisprudencial sentada por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tiempo que constituían un peligroso precedente para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos en su integralidad en detrimento del derecho de acceso a la justicia y la persona humana.

Es así como los disidentes estiman que el Estado no precisó, en el momento procesal oportuno, esto es, en la fase de admisibilidad ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si los recursos de nulidad deducidos por la defensa de Allan Brewer-Carías eran los adecuados, idóneos y efectivos para haber apreciado, con fundamento, si se había producido el agotamiento de los recursos internos ante el Estado.

Del mismo modo, el voto disidente llama la atención sobre la utilización, por primera vez, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana del criterio de la “etapa temprana” del juzgamiento, que fue determinante en el razonamiento del voto mayoritario para impedir el pronunciamiento de fondo en el caso del doctor Brewer-Carías. Expresaron los autores del voto que:

“Aceptar que en las “etapas tempranas” del procedimiento no puede determinarse alguna violación (porque eventualmente puedan ser remediadas en etapas posteriores) crea un precedente que implicaría graduar la gravedad de las violaciones atendiendo a la etapa del procedimiento en que se encuentre; más aún cuando es el propio Estado el que ha causado que no se hayan agotado los recursos internos en el presente caso (...).”<sup>19</sup>

Por lo demás, el mismo voto que se comenta se mostró contrario a la tesis de separar las cuestiones de admisibilidad planteadas por la vía de las excepciones preliminares del juzgamiento de fondo, pues en el primer examen, inevitablemente, debían considerarse aspectos claves del debido proceso legal como el derecho al juzgamiento dentro de un plazo razonable y el derecho de acceso al recurso, entre otros.

Como *obiter dicta*, pero no menos importante, los jueces disidentes estiman que, al no entrar la Corte al pronunciamiento de fondo, se impidió considerar la violación del derecho a ejercer la profesión de abogado que, en el caso del doctor Brewer Carías, se había traducido en atender una consulta profesional.

### III. EL DICTAMEN DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU: EL RESTABLECIMIENTO DE LA JUSTICIA.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU tiene su origen en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966. Fue creado con la misión principal de supervisar su aplicación. Está compuesto por 18 miembros que deben ser nacionales de los Estados partes y personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos. Son elegidos en una reunión de los Estados partes convocada por el Secretario General de la ONU que se lleva a cabo en la sede de la Organización exigiéndose un quórum de los dos tercios de dichos Estados para su instalación.

---

<sup>18</sup> Considerando 144.

<sup>19</sup> Considerando 56 del voto conjunto disidente.

El Comité evalúa los informes periódicos -por regla general, cada cuatro años- que presentan los Estados partes respecto del cumplimiento de los derechos asegurados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Del mismo modo, y conforme al artículo 41 del mismo instrumento, el Comité puede conocer de las comunicaciones en que un Estado que ha reconocido su competencia alegue que otro Estado no cumple con las obligaciones que le impone el Pacto.

El Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1976, contempló, en su artículo 1º, la posibilidad de que el Comité de Derechos Humanos pudiera recibir comunicaciones individuales, al disponer que:

“Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.”

El artículo 2º del Protocolo establece la regla del agotamiento de los recursos internos disponibles antes de someter al Comité una comunicación escrita<sup>20</sup>.

La decisión de recurrir al Comité de Derechos Humanos de la ONU se encuentra explicada por Carlos Ayala Corao partiendo de la premisa de que “una sentencia que no hace justicia frente a una injusticia es una sentencia que se convierte en injusta.”<sup>21</sup>

Así, refiere que, en principio, la posibilidad de llevar un caso ya fallado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU parecía imposible al tenor de lo dispuesto en el artículo 5.2 a) de la versión en español del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicha norma establece que el Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo, a menos que se haya cerciorado de que el mismo asunto “no haya sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.” Pero luego agrega que, examinadas las versiones en inglés y en francés del mismo artículo del Protocolo podía comprobarse que lo que el artículo 5.2 a) impedía era examinar comunicaciones de un individuo, a menos que se haya cerciorado que el mismo asunto “no está siendo examinado” por otro procedimiento de examen o arreglo internacionales. De esta manera, una vez que hubiere sido examinado el caso por ese otro procedimiento internacional, sí se podía acudir al Comité. Esta conclusión también se veía refrendada por las versiones del Protocolo Facultativo en los idiomas árabe, ruso y chino, todas las cuales diferían de la versión en español y también de los trabajos preparatorios.<sup>22</sup>

Cabe recordar que, según lo dispone el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.”

<sup>20</sup> Artículo 2. “Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita.”

<sup>21</sup> Ayala Corao (2022), p. 20.

<sup>22</sup> Ayala Corao (2022), p. 21.

Por otra parte, decisivo resultó ser, para el caso Brewer-Carías, el pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el asunto Rafael Rodríguez Castañeda contra México<sup>23</sup>, en el que, por primera vez, el Comité aceptó su competencia y se pronunció sobre un caso declarado previamente inadmisibile por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que constató que la versión en español del artículo 5 a) del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos presentaba diferencias respecto de versiones del mismo en otros idiomas. Ello hacía necesario, a juicio del Comité, acudir a la regla interpretativa contenida en el artículo 33, párrafo 4, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en orden a adoptar el significado que mejor reconciliara los textos auténticos con el objeto y propósito del tratado. Así, acorde con las otras versiones idiomáticas del tratado la interpretación de la norma sólo podía ser la de impedir que una comunicación individual fuera examinada por el Comité si “estaba siendo examinado” el mismo asunto por otro procedimiento internacional, de modo que si dicho procedimiento había concluido con una declaración de inadmisibilidad -como ocurría en este caso- nada impedía que pudiera pronunciarse.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos sostuvo que, respecto a la falta de agotamiento de los recursos idóneos y efectivos en el orden interno, alegada por el Estado venezolano en el caso del jurista Brewer-Carías, tal examen se encontraba íntimamente vinculado a los aspectos de fondo del pronunciamiento solicitado, lo que también debía ser considerado para efectos de decidir la admisibilidad de la petición individual.

En definitiva, el Comité declaró admisible la solicitud de Allan Brewer-Carías en relación con el artículo 14, párrafos 1 (igualdad ante los tribunales y cortes de justicia), 2 (presunción de inocencia), 3 b) (disponer del tiempo y medios adecuados para la defensa) y e) (interrogación y comparecencia de testigos), así como con el artículo 2, párrafo 3 (garantía de un recurso efectivo), leído conjuntamente con el artículo 14, párrafo 1 (igualdad ante los tribunales y cortes de justicia) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En lo que se refiere al pronunciamiento de fondo del Comité de Derechos Humanos, sus principales argumentos pueden sintetizarse como sigue:

- 1) Se acreditó la infracción a la garantía de un tribunal independiente estimándose vulnerado el artículo 14, párrafo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Concretamente, se observó que los nombramientos de fiscales y jueces que intervinieron en el proceso contra el doctor Brewer-Carías fueron temporales y provisorios y que, además, no observaron la excepcionalidad y limitación en el tiempo que deben tener ese tipo de funcionarios, todo lo cual no pudo ser desvirtuado por el Estado de Venezuela (considerando 9.2).
- 2) Se constató, además, una transgresión al principio de la presunción de inocencia garantizado en el artículo 14, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Lo anterior debido a que, a juicio del Comité, diversas autoridades venezolanas emitieron declaraciones públicas que declaraban culpable a Allan Brewer-Carías del delito por el cual se lo había procesado antes de que existiera sentencia alguna que declarara su responsabilidad penal (considerandos 9.4 y 9.5)<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Comunicación 2202/2012. Dictamen de 18 de julio de 2013. 108° período de sesiones.

<sup>24</sup> Esta conclusión fue refutada en el voto disidente del miembro del Comité, José Santos Pais, para quien no se logró acreditar la violación, por el Estado parte, del artículo 14 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la etapa preliminar de un procedimiento criminal como el de la especie.

- 3) Se verificó, asimismo, una violación del artículo 2, párrafo 3 del Pacto aludido, leído conjuntamente con el artículo 14, párrafo 1 del mismo. El Comité dejó constancia que los dos recursos de nulidad interpuestos por el afectado nunca recibieron respuesta dejándolo en estado de indefensión (considerando 9.7). Del mismo modo, consideró que el doctor Brewer-Carías había acreditado un temor fundado a estar sometido a un proceso penal arbitrario, violatorio de sus derechos y garantías, y al severo agravamiento de dichas violaciones, en caso de someterse a la prisión preventiva en su contra, cuestiones todas que fueron debida y reiteradamente presentadas a las autoridades judiciales encargadas de velar por su derecho al debido proceso (considerando 9.8).

El Comité desechó, sin embargo, las alegaciones referidas a la vulneración del artículo 14, párrafo 3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto al derecho a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa, que incluye “el acceso a todos los materiales que la acusación tenga previsto presentar ante el tribunal contra el acusado o que constituyan pruebas de descargo”. El Comité constató, en este sentido, que el acusado sí pudo revisar el expediente y transcribir manualmente sus documentos<sup>25</sup> y que el momento procesal para controlar las pruebas estaba constituido por la audiencia preliminar y el juicio. Por lo mismo, dada la temprana etapa procesal de éste, no pudo constatar que se hubiera vulnerado el derecho a presentar testigos y a contrainterrogar a los que presentara la parte acusadora descartando también una violación al artículo 14 párrafo 3 e) del Pacto.

Es importante consignar que la naturaleza de los dictámenes que emite el Comité de Derechos Humanos de la ONU de conformidad con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es la de una “recomendación” que no reviste carácter jurisdiccional. Ello se desprende de lo consignado en su artículo 5 N° 4, que señala que “El Comité presentará sus observaciones al Estado parte interesado y al individuo.” Pero no debe olvidarse que el artículo 6 del mismo Protocolo encarga al Comité presentar un informe anual que resume sus actividades, lo que, ciertamente, le da visibilidad a la respuesta que entregue a las comunicaciones individuales que recibe, en todo el sistema de la ONU. Lo anterior, sin perjuicio de los comunicados informativos que realiza la Oficina del Alto Comisionado de la ONU, en su página web, en relación con las resoluciones más relevantes del Comité, tal como ha ocurrido en el caso analizado en el presente artículo.

A pesar del carácter “no obligatorio” de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la ONU conviene hacer notar que, en el caso que afectó a Allan Brewer Carías, dicho órgano declaró que:

- 1) El Estado venezolano tenía la obligación de proporcionar al autor de la comunicación un recurso efectivo que proveyera a una reparación integral de sus derechos. Así, dispuso al Estado parte: a) declarar la nulidad del proceso contra el autor, dejando sin efecto la orden de detención preventiva contra éste; b) en caso de iniciarse un nuevo proceso contra el autor, asegurar que éste cumpliera todas las garantías del debido proceso previstas en el artículo 14 del Pacto y con acceso a recursos efecti-

---

<sup>25</sup> Este aspecto del dictamen del Comité de Derechos Humanos contó con la disidencia parcial de sus miembros Arif Bulkan y Hélène Tigroudja por estimar que el razonamiento mayoritario contradice una jurisprudencia internacional ya asentada. Del mismo modo, este punto del dictamen contó con la disidencia individual de Vasilka Sancin, quien enfatizó, en su voto, que las inadecuadas facilidades para la preparación de la defensa impactaron, negativamente, en el principio de igualdad de armas.

vos de conformidad con el artículo 2, párrafo 3; y c) conceder al autor una indemnización adecuada. Agregó que el Estado parte tenía también la obligación de evitar que se cometieran violaciones semejantes en el futuro (considerando 11).

- 2) El Comité asimismo expresó su deseo de recibir del Estado parte, dentro de un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen, sin perjuicio de publicarlo y darle amplia difusión.

A modo de conclusión de este acápite, puede decirse que, efectivamente, se hizo justicia, porque al impedir la Corte Interamericana de Derechos Humanos entrar al análisis del fondo de la denuncia planteada por la Comisión Interamericana en favor de Allan Brewer Carías, no se pudo constatar la efectividad de graves vulneraciones, por parte de Venezuela, al derecho al debido proceso garantizado en un instrumento del derecho universal de los derechos humanos (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) como en un tratado de carácter regional (la Convención Americana de Derechos Humanos). De esta forma, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, aunque carente del imperio de un órgano jurisdiccional, reparó la injusticia cometida por la Corte Interamericana al desconocer su propia jurisprudencia, tal y como quedó en evidencia en los votos disidentes de la sentencia pronunciada el 26 de mayo de 2014.

Queda la duda, por cierto, acerca de si este mismo camino se le habría abierto a cualquier otro nacional de un Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que no hubiera tenido el prestigio ni la asesoría jurídica tan contundente de que gozó el doctor Allan Brewer-Carías.

#### IV. RELEVANCIA DEL DICTAMEN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU EN RELACIÓN CON EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO LEGAL

La doctrina está conteste en atribuir el origen del debido proceso legal a la Carta Magna de 1215<sup>26</sup> que estableció que “Ninguna persona, cualquiera sea su estamento o condición, será privada de su tierra, ni de su libertad, ni desheredado, ni sometido a pena de muerte, sin que antes responda a los cargos en un debido proceso legal.”

El debido proceso legal o *due process of law* se fue desarrollando como un derecho base o estructural para lograr la eficacia de los demás derechos fundamentales. Es decir, sin garantías adecuadas a la hora de enfrentar un procedimiento que comprometa nuestros derechos, estos difícilmente podrán obtener adecuada protección. Del mismo modo, el debido proceso legal se erige como un importante freno a la arbitrariedad y hace realidad el sentido de la función de los jueces como guardianes de los derechos y libertades de las personas.<sup>27</sup>

La importancia del debido proceso legal -entendido como una verdadera “macro garantía”- ha llevado a distinguir dos dimensiones dentro de su contenido: a) La dimensión procesal o adjetiva que alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia y b) La dimensión sustantiva que se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas o razonables.<sup>28</sup>

Por su parte, nuestra jurisprudencia constitucional, siguiendo la línea inaugurada por las Constituciones posteriores al término de la Segunda Guerra Mundial y, particularmente, la de

<sup>26</sup> Gozáini (2002) y Landa (2002).

<sup>27</sup> Comisión de Venecia (2010), p. 4.

<sup>28</sup> Landa (2002) citando a Néstor Pedro Sagüés.



España, ha ido avanzando en la distinción entre los conceptos de “tutela judicial efectiva” y “debido proceso legal”. El primero se identifica, ampliamente, con el derecho a la acción o derecho de acceso a la jurisdicción, mientras que el segundo tiene que ver con las garantías procesales y sustantivas que deben observarse una vez que el procedimiento se está desarrollando. En este sentido, en sentencia de 1º de septiembre de 2015, el Tribunal Constitucional chileno indicó:

“Que la propia jurisprudencia del Tribunal (...) ha diferenciado entre el derecho a la tutela o protección judicial efectiva y el derecho al debido proceso. Esta distinción se basa en una frontera móvil que se traza entre los elementos externos y estructurantes de un proceso, respecto de las garantías de racionalidad y justicia, con los cuales se desenvuelve un procedimiento o investigación una vez que se accede al mismo, Por lo tanto, la tutela judicial se da en el plano de un derecho prestacional ante el Estado a que se responda de las pretensiones de derechos e intereses legítimos que se hacen valer ante la justicia. Por el contrario, los principios que gobiernan el debido proceso se satisfacen al interior de un procedimiento (...)”.<sup>29</sup>

De esta manera, existe una interrelación muy importante entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso legal, ya que el segundo no tendrá sentido si, de una u otra forma, se ha impedido el acceso a la justicia o se ha visto frustrado el ejercicio del derecho a la acción que es una manifestación de un derecho más amplio como es el derecho de petición.

Es así como llevando esta reflexión al ámbito del derecho interamericano, podemos concordar con el profesor Cancado Trindade en el sentido que: “Sin el acceso a la justicia no hay un verdadero Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención Americana de Derechos Humanos”<sup>30</sup>. La importancia que el mismo autor atribuye a la posibilidad de activar la jurisdicción de los tribunales, en este caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo lleva a afirmar, incluso, que este derecho debiera formar parte del contenido material del *ius cogens*<sup>31</sup>, esto es, de aquellos principios unánimemente compartidos por las naciones civilizadas que no admiten pacto en contrario.<sup>32</sup>

Ahora bien, el sentido del derecho a la tutela judicial efectiva -que también es compartido por el derecho al debido proceso legal- apunta a evitar la indefensión. Siguiendo las precisiones efectuadas por el Tribunal Constitucional español a partir del artículo 24 de la Carta de 1978, se trata de sancionar:

“(...) sin paliativos la prohibición de indefensión, como fundamento de una obligación que tiene como destinatario a los órganos de la jurisdicción ordinaria, quienes deben velar en todo momento para que exista un equilibrio en las posibilidades de defensa de las partes que actúan en el litigio. Al mismo tiempo, y en sentido positivo, se trata de un principio desde el que se llega a configurar un derecho subjetivo que se puede hacer valer en todas las fases del

<sup>29</sup> Considerando 10º.

<sup>30</sup> Cancado Trindade (2008), p. 61.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>32</sup> El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, señala que “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

procedimiento, cuando no se respeta lo que el TC ha denominado “el derecho de defensa contradictoria” (STC 13/2006), es decir, la posibilidad de utilizar todos los mecanismos y armas procesales que otorga el ordenamiento a los contendientes judiciales.”<sup>33</sup>

Teniendo presentes las precisiones previas es posible analizar el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso de Allan Brewer-Carías desde el punto de vista del estado de indefensión que se produjo respecto de la víctima. Para este análisis se reproducirá, en plenitud, el razonamiento contenido en el punto 9.8 del dictamen del Comité:

“En el presente caso, el Comité destaca el especial contexto que enmarca la situación de contumacia del autor. Dicho contexto incluye que el autor estuvo altamente involucrado en el proceso penal en su contra (incluyendo su asistencia personal a tomar notas de su expediente); ejerció una debida diligencia durante la fase preliminar de la investigación, interponiendo diversos recursos que cuestionaban la prueba existente en su contra y ofrecían prueba a su favor; salió legalmente del territorio del Estado parte; interpuso un recurso de nulidad previo a la solicitud de acusación formal de la Fiscalía; e interpuso un segundo recurso de nulidad previo a la acusación formal del Juez que contenía el establecimiento de la prisión preventiva. El Comité considera que el autor ha acreditado un temor fundado a estar sometido a un proceso penal arbitrario, violatorio de sus derechos y garantías, y al severo agravamiento de dichas violaciones, en caso de someterse a la prisión preventiva en su contra, *todas cuestiones que fueron debida y reiteradamente presentadas a las autoridades judiciales encargadas de velar por su derecho al debido proceso*. El Comité observa que, en las circunstancias del autor, *un recurso que haga efectivo el derecho a un debido proceso no puede subordinarse a la sujeción a un proceso indebido*. Ello implica que, independientemente de lo que determine el derecho interno, el Estado Parte no puede invocarlo como justificación del incumplimiento de sus obligaciones frente al Pacto. Por ello, y con base en la información que tiene ante sí, el Comité encuentra que *el autor ha sufrido una violación a su derecho a un recurso efectivo respecto a su derecho a un debido proceso*, en particular, a acceder a un tribunal independiente, recogido en el artículo 2, párrafo 3, leído conjuntamente con el artículo 14 párrafo 1, del Pacto.” (Las cursivas con nuestras).

Del considerando reproducido se aprecia que, en el juzgamiento realizado por el Estado de Venezuela respecto del jurista Allan Brewer Carías, no se respetó el derecho al debido proceso legal. Y la infracción de este derecho fundamental, garantizado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, también, por la Convención Americana de Derechos Humanos, tuvo que ver con un cúmulo de irregularidades ocurridas durante el desarrollo del procedimiento que se vieron agravadas por la alegación del Estado de que el afectado no había agotado los recursos internos existentes en el ordenamiento jurídico venezolano<sup>34</sup>.

En este punto cabe reparar en la gravedad del pronunciamiento de inadmisibilidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues en la medida que niega el derecho de acceso a la justicia, basada en una particular interpretación de la regla de falta de agotamiento de los recursos internos, impide el examen de todas aquellas infracciones al debido proceso legal que se habían ido produciendo a lo largo del juzgamiento del doctor Allan Brewer-Carías en Venezuela. Más grave es aún que la Corte haya impedido el juzgamiento de las eventuales infracciones de ese Estado contra los derechos del afectado alegando que el procedimiento se encontraba en una “etapa temprana” que impedía sostener que se hubiesen agotado los recursos internos.

Al respecto, conviene recordar que la regla del agotamiento de los recursos internos como requisito para acceder al sistema interamericano de derechos humanos traduce el crite-

<sup>33</sup> Ruiz-Rico y Carazo (2013), p. 23

<sup>34</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de mayo de 2014 (excepciones preliminares), considerando 17.

rio de complementariedad de dicho sistema respecto de los sistemas jurídicos internos de los Estados. Como ha sostenido Héctor Faúndez, “el sistema interamericano de derechos humanos tiene carácter subsidiario, en el sentido de que entra a operar sólo después de haber hecho uso de los recursos jurisdiccionales locales, sin haber obtenido un remedio para la violación que se alega.”<sup>35</sup> Agrega que, “sin embargo, la regla del agotamiento de los recursos internos implica una obligación paralela para los Estados, en cuanto supone la existencia de un aparato judicial que funciona, y que contempla recursos apropiados para proteger a las personas en el ejercicio de sus derechos humanos; es la inexistencia de recursos internos efectivos lo que coloca a la víctima en estado de indefensión, y lo que justifica la protección internacional.”<sup>36</sup>

En consecuencia, dependiendo de la forma cómo se interprete la regla de la falta de agotamiento de los recursos internos para acceder al sistema interamericano de derechos humanos puede llegar a lesionarse la tutela judicial efectiva o derecho a la acción ante el referido sistema.

En este sentido, aceptar -como lo afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del año 2014- que la regla del agotamiento de los recursos internos está concebida sólo “en interés del Estado”<sup>37</sup> resulta débil e insatisfactorio si no se tiene en cuenta, al mismo tiempo, que el agotamiento de tales recursos tiene por objeto satisfacer la exigencia que se impone a los Estados partes, en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta norma asegura, a toda persona, el derecho a un recurso sencillo y, además, rápido o a cualquier otro recurso efectivo, ante los tribunales competentes del Estado que la amparen contra la violación de sus derechos fundamentales asegurados por la Constitución, la ley o la misma Convención Americana.

La regla del agotamiento de los recursos internos tiene, entonces, una doble faz. Por un lado, protege al Estado de acciones infundadas y temerarias ante el sistema interamericano que no consideren, debidamente, los recursos existentes en el ordenamiento jurídico nacional transgrediendo la complementariedad que caracteriza a dicho sistema. Por otro lado, garantiza a los habitantes de un Estado parte de la Convención Americana que éste se empeñará en diseñar e implementar recursos eficaces para la adecuada protección de sus derechos fundamentales, lo que, por lo demás, es parte de las obligaciones que se desprenden del artículo 2 de la misma Convención que consagra el deber de adoptar disposiciones de derecho interno tendientes a asegurar el goce efectivo de los derechos y libertades por ella asegurados.

Lo anterior no obsta a que el Estado pueda renunciar a esgrimir la regla del agotamiento de los recursos internos en un caso sometido a la Corte Interamericana como lo hizo Costa Rica en el caso Viviana Gallardo y otras, fallado en el año 1981.

En relación con este último aspecto, no debe pensarse que el cumplimiento de la obligación de establecer un recurso sencillo, rápido y efectivo se agota con la consagración, en los ordenamientos jurídicos internos, de la acción de amparo de derechos fundamentales, entre

---

<sup>35</sup> Faúndez (2) (2022), pp. 43-44.

<sup>36</sup> *Ibidem* ().

<sup>37</sup> Esta tesis había sido desarrollada previamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo a la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso Viviana Gallardo y otras vs. Costa Rica donde había afirmado que “Según los principios del derecho internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos, está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos por sus propios medios.” Decisión de 13 de noviembre de 1981, considerando 26.

nosotros, el recurso de protección, como lo sugirió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en su Opinión Consultiva N° 8, de 30 de enero de 1987, referida al hábeas corpus bajo suspensión de garantías. La misma Corte fue complementando la interpretación del artículo 25 la Convención Americana señalando que también supone establecer un recurso judicial efectivo para proteger los derechos fundamentales, así como estimar que es cofundamento del derecho de acceso a la justicia<sup>38</sup>.

Precisando las obligaciones que la regla del agotamiento de los recursos internos hace recaer sobre los Estados, en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez<sup>39</sup>, la Corte Interamericana había sostenido que “la obligación de investigar debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.”

Por lo demás, si se atiende a lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los recursos que deben haberse agotado para que la Corte Interamericana pueda entrar a pronunciarse deben ser “adecuados” y “efectivos”. Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. Eficaz o efectivo significa, por su parte, que deben ser capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos,<sup>40</sup>

Dicho entendimiento de la regla del agotamiento de los recursos internos, unida al derecho a un recurso judicial efectivo, parece ser reivindicada en el dictamen del Comité de Derechos Humanos que se analiza al sostener, en su considerando 8.5 que, la cuestión del agotamiento de los recursos internos, alegada por el Estado de Venezuela y acogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, está “íntimamente vinculada a las alegaciones de fondo.” De esta manera, crítica, implícitamente, lo resuelto por dicha Corte en su declaración de inadmisibilidad que, basándose en la etapa “temprana” en que se encontraba el procedimiento penal contra Allan Brewer-Carías en Venezuela, dio por acreditado que no se habían agotado, en su caso, los recursos internos de una manera adecuada y efectiva como exige el artículo 46.2 de la Convención Americana.

Específicamente, el considerando 9.7 del dictamen que se comenta toma nota de que el argumento del autor según el cual el único recurso idóneo (el de nulidad o amparo penal, interpuesto en dos ocasiones) nunca recibió respuesta, “dejándolo en estado de indefensión.” Del mismo modo, toma nota de que el argumento del Estado parte, según el cual el autor solo ejerció los recursos de la etapa temprana del proceso, quedando pendientes los de la fase preliminar y del juicio, exigían que el doctor Brewer-Carías regresara al Estado parte y se sometiera a la prisión preventiva decretada en su contra. Ello, claramente, lo dejaba en una situación de indefensión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no fue capaz de evitar.

---

<sup>38</sup> Garro (2016), p. 302.

<sup>39</sup> Considerando 177.

<sup>40</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, considerandos 64 y 66.

## V. LECCIONES DE UN CASO COMPLEJO

De lo que se viene señalando se colige que el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU, de 14 de octubre de 2021, no sólo reparó la injusticia material cometida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al declarar inadmisibles, por falta de agotamiento de los recursos internos, la acción deducida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en favor del jurista Alan Brewer Carías, impidiendo el pronunciamiento de fondo.

Tal dictamen, además, sienta un criterio trascendente para fortalecer el derecho a la tutela judicial efectiva o derecho de acceso a la justicia, en conexión con el derecho a un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo, que consiste en afirmar que un criterio de inadmisibilidad de una acción no puede desligarse del pronunciamiento de fondo si lo que se alega es, precisamente, la indefensión frente al sistema jurisdiccional interno del Estado.

Este estudio fue publicado en Revista Actualidad Jurídica No 46, Universidad del Desarrollo, julio 2022.

## BIBLIOGRAFÍA

AYALA CORAO, Carlos. “Allan Brewer Carías vs. Venezuela: Los caminos para llegar a la justicia internacional”. En: BREWER-CARÍAS, Allan y AYALA CORAO, Carlos (editores). *Justicia!! al fin, Justicia!!* Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2022, pp. 13-62.

CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto. *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*. Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Editorial Librotecnia, Santiago, 2008.

CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (2002). Venezuela: Recuento de una semana fatídica para la democracia. En: Observatorio Social de América Latina, N° 7.

COMISIÓN DE VENECIA. Informe sobre la Independencia del Sistema Judicial. Parte I: La independencia de los jueces (adoptado en la 82ª. Sesión Plenaria), Venecia, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Brewer-Carías vs. Venezuela*. Sentencia de 26 de Mayo de 2014 (Excepciones Preliminares).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo),

OEA. CP/RES. 1164 (2309/2020). Disponible en [oas.org/es/council/CP/documentation/res\\_decs/](https://oas.org/es/council/CP/documentation/res_decs/) [Consultado el 14/03/2022].

FAÚNDEZ L., Héctor. “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. En: *Revista Interamericana de Derechos Humanos* N° 46, junio-diciembre, 2007. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

GARRO VARGAS, Anamari. *El derecho a la protección judicial. Análisis jurisprudencial del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos*. Editorial Tirant Lo Blanch, México 2016.

GOZAÍNI, Osvaldo. El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la Magistratura Constitucional. En: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* N° 7, julio-diciembre, 2002.

LANDA, César (2002). El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. En: *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, N° 8. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, Lima. Disponible en <http://dike.pucp.edu.pe> [Consultado el 22/03/22].

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (2013). El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial. Tirant Lo Blanch, Valencia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia rol N° 2701, 1° de septiembre de 2015.