

**revista
de
derecho
publico**

n° 161 - 162

enero

junio 2020



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 RUIZ**, 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. **DELPIAZZO (Uruguay)**

Revista de Derecho Público Fundación de Derecho Público

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

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

Email: fejb@cantv.net

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

© 1980, FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO/EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Revista de Derecho Público
N° 1 (Enero/marzo 1980)
Caracas. Venezuela

Publicación Trimestral

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

1. Derecho público-Publicaciones periódicas

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

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

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

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 (N° fax, teléfono, dirección postal y correo electrónico). Además, incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración y arbitraje todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

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

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

Las instituciones académicas interesadas en adquirir la Revista de Derecho Público mediante canje de sus propias publicaciones pueden escribir a canje@revistadederechopublico.com

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

NOTA

Con este número 161-162, la Revista de Derecho Público, cuyo primer número apareció en abril de 1980, cumple cuarenta años de fundada.

Es un lapso de tiempo que, sin duda, se dice fácil; sin embargo, para muchos, en realidad, es toda una vida, y para otros, como es mi caso, es la mitad de mi vida.

Cuando la fundé, aun cuando todavía me desempeñaba como Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, lo hice como iniciativa privada. Inicialmente pensé que podría ser una publicación institucional, pero en la misma Facultad me persuadieron que mejor asumiera el proyecto como iniciativa propia, por supuesto, con todos sus riesgos, para lo cual conté, desde el inicio, con el apoyo incondicional de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, que venía de fundar, y de mis colaboradores en mi Escritorio Baumeister & Brewer.

Así pude asumir el compromiso personal vital que significó la decisión de sacar la Revista, con la mira de que cualesquiera fueran las dificultades y circunstancias, la Revista la sacaríamos, por sobre todo, con toda la regularidad posible.

Y así ha sido, gracias a la colaboración que siempre he recibido de quien desde el inicio me ha acompañado en esta empresa, la abogada Mary Ramos Fernández, a quien debo agradecerle una vez más su ayuda. Desde que salió el primer número, ella también adquirió el compromiso vital de sacar la Revista, y así lo ha cumplido, no sólo es su condición inicial de Gerente de la Editorial Jurídica Venezolana, sino de Secretaria de Redacción de la misma, y además encargada de la Sección de Información Jurisprudencial, que fue la parte de la Revista que incluso, en su momento, más me motivó la necesidad de su creación.

Esa Información Jurisprudencial ha sido siempre el corazón de la Revista, a la cual hay que agregar la otra Sección de Información Legislativa, que a lo largo de estos cuarenta años ha estado a cargo de los abogados Ana María Ruggeri, Caterina Balasso Tejera, Marianella Villegas Salazar, Flavia Pesci Feltri y Gabriel Sira Santana, a quienes también quiero agradecer su dedicación y el tiempo que generosamente le han dedicado a la Revista.

La importancia de esas Secciones ha variado con el tiempo: en el caso de la Información Legislativa, como consecuencia de la mayor o menor actividad normativa del Estado; y en el caso de la Información Jurisprudencia, como consecuencia de la erosión del Estado de derecho, lo que se evidencia en el hecho físico de su volumen, el cual si bien en muchos números de la Revista, sobre todo en sus dos primeras décadas de existencia, la misma llegó a abarcar hasta casi un setenta por ciento de las páginas de la misma, mostrándonos el progreso que tuvo nuestra disciplina en el marco del desarrollo del Estado democrático; en los últimos lustros, en cambio, encontramos una casi ausencia o muy menguada información jurisprudencial que no es sino una muestra de los aciagos tiempos de desmantelamiento del Estado de derecho que nos ha tocado vivir.

Ello, sin embargo, se ve compensado por el volumen de Artículos y Comentarios que se publican, y que no son sino el producto o fruto de la doctrina, como muestra evidente del progreso de los estudios de derecho administrativo y constitucional. A todos los autores quienes durante estas décadas nos han enviado sus manuscritos, también todo nuestro agradecimiento por haber confiado en la Revista.

Y un último, pero no menos importante agradecimiento, a mis apreciadas colaboradoras Mirna Pinto y Francis Gil, quienes, durante los últimos veinte años, después que los linotipos cesaron de hacer ruido y de manchar de tinta, han tenido a su cargo la importante labor de diagramación y formateo de la Revista, con cuyo trabajo hemos podido asegurar la uniformidad de su presentación.

Por todo ello, el compromiso sigue. Adelante!! Ahora es cuando!!

Allan R. Brewer-Carías,

Octubre 2020

ESTUDIOS

Artículos

- El Derecho público del algoritmo. Reflexiones sobre la transición de la modernidad jurídica crítico/lineal a la cuántica/fractal*, por Emilio J. **URBINA MENDOZA**..... 11
- Entre el derecho público y el derecho privado*, por María Candelaria **DOMÍNGUEZ GUILLÉN** 41
- Espíritu y líneas maestras del Estado democrático de derecho*, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** 59
- Aproximación al concepto de dignidad humana*, por Alí **DANIELS** 77
- Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial sobre la democracia. Teoría de la coherencia funcional*, por Asdrúbal **AGUIAR** 99
- La Corte Interamericana dice Eureka al Derecho Humano al agua potable*, por Víctor Rafael **HERNÁNDEZ-MENDIBLE** 117
- Bases para el estudio de la codificación durante el guzmancismo*, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** 135

Comentarios Monográficos

- Los procesos de integración y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por Armando Luis **BLANCO GUZMÁN**..... 159
- El derecho de acceso a la información: Opacidad, corrupción y violación de derechos humanos en Venezuela*, por Carlos **REVERÓN BOULTON** 169

<i>Legitimidad del presidente interino. Constitución internacionalizada. Venezuela. En homenaje a los 40 años de la Revista de Derecho Público</i> , por Humberto BRICEÑO LEÓN	190
<i>Marco jurídico de los servicios públicos domiciliarios en Colombia: ¿Un “Nuevo” Derecho Administrativo?</i> , por Guillermo SÁNCHEZ LUQUE	201
<i>La expropiación forzosa en la República Dominicana</i> , por Gilbert M. DE LA CRUZ ÁLVAREZ	224
<i>El origen del impuesto al valor agregado y el gravamen de las ventas de inmuebles. The origin of the valued added tax and the taxation of real estate sales</i> , por Luis FRAGA-PITTALUGA	236
<i>El rol del estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19</i> , por Ezequiel CASSAGNE	253
<i>Retos de la pandemia del COVID-19 para el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos</i> , por Carlos AYALA CORAO ..	282
<i>Estado de alarma y derecho administrativo: Aproximación al experimento administrativo de disciplina social en España</i> , por José Luis VILLEGAS MORENO	301
<i>Consideraciones constitucionales sobre la relación de dominación entre Cuba y Venezuela</i> , José Amando MEJÍA BETANCOURT	318
<i>La transición compleja en Venezuela y la conformación del gobierno de emergencia nacional</i> , José Ignacio HERNÁNDEZ G.	340
<i>Nulidad de los bonos PDVSA 2020</i> , por Román J. DUQUE CORRADOR	349

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

<i>Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el Primer Semestre de 2020</i> , por Gabriel SIRA SANTANA	355
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Comentarios Legislativos

<i>La “Asamblea Nacional Constituyente” en la Gaceta Oficial de la República (quinta parte)</i> , por Gabriel SIRA SANTANA	375
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

<i>Sobre el quórum y el régimen de las votaciones en la Asamblea Nacional con particular referencia a la elección e los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea, por Allan R. BREWER-CARIÁS</i>	381
<i>La instalación de la Asamblea Nacional de Venezuela el 5 de enero de 2020 y desalojo de los okupas del Palacio Federal Legislativo, Allan R. BREWER-CARIÁS</i>	385
<i>El decreto del estado de alarma en Venezuela con ocasión de la pandemia del coronavirus: inconstitucional, mal concebido, mal redactado, fraudulento y bien inefectivo, Allan R. BREWER-CARIÁS</i>	391

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Semestre de 2020, por Mary RAMOS FERNÁNDEZ</i>	421
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Comentarios Jurisprudenciales

<i>Comentarios a la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia que reformó el procedimiento ordinario establecido en el código de procedimiento civil, Rafael BADELL MADRID</i>	441
<i>La fraudulenta y fallida “magia” del Juez Constitucional en Venezuela. De cómo se “transforma” una acción de amparo, que fue declarada sin lugar, en una vía para emitir declaraciones políticas, sobre hechos políticos, ignorando la justicia y el debido proceso. (Sobre la sentencia de la Sala Constitucional N° 65 del 26 de mayo de 2020), Allan R. BREWER-CARIÁS</i>	452
<i>Sobre la anomalía del control concentrado de constitucionalidad ejercido de oficio por el Juez Constitucional en Venezuela, por Allan R. BREWER-CARIÁS</i>	467

RECONOCIMIENTOS

<i>Academia de Ciencias Políticas y Sociales Acuerdo de Júbilo</i>	497
<i>AVEDA Asociación Venezolana de Derecho Administrativo</i>	499

ESTUDIOS

Artículos

El Derecho público del algoritmo. Reflexiones sobre la transición de la modernidad jurídica crítico/lineal a la cuántica/fractal

Emilio J. Urbina Mendoza

Doctor en Derecho (Universidad de Deusto)

Profesor de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello

Resumen: *El Derecho público moderno, más específicamente, el resultante de los consensos globales de posguerra (1945), ha sido edificado sobre conceptos, instituciones, procedimientos y esquemas epistemológicos de linealidad crítica-conceptual. Estos cimientos han logrado la concreción de las teorías que conforman el patrimonio científico del Derecho público. La evolución del mundo moderno y sus conexiones íntimas con el desarrollo tecnológico, obligan a la Dogmática a un replanteamiento de cara a la nueva era transindustrial, ésta última, potenciada con la aparición del COVID-19. En este contexto, donde los referentes son la Inteligencia artificial (IA), las Smart Cities, los Contratos inteligentes y la fractalización de la todos los orbes existenciales, adquiere el algoritmo el papel fundamental del nuevo mundo. Por ello, la próxima estación evolutiva del Derecho público se dirige precisamente hacia estos planos, denominados protocolos fractales del futuro.*

Palabras Clave: *Algoritmo, Dogmática jurídica moderna, Derecho público, Fractalidad.*

Abstract: *Modern public law, more specifically, the result of the postwar global consensus (1945), has been built on concepts, institutions, procedures, and epistemological schemes of critical-conceptual linearity. These foundations have achieved the realization of the theories that make up the scientific heritage of public law. The evolution of the modern world and its intimate connections with technological development, force Dogmatics to rethink in the face of the new transindustrial era, the latter, enhanced with the appearance of COVID-19. In this context, where the referents are Artificial Intelligence (AI), Smart Cities, Smart Contracts and the fractalization of all existential orbs, the algorithm acquires the fundamental role of the new world. For this reason, the next evolutionary station of public law is directed precisely towards these planes, called fractal protocols of the future.*

Key words: *Algorithm, Modern legal dogmatics, Public Law, Fractality.*

SUMARIO

- I. LOS CUARENTA AÑOS DE LA REVISTA DE DERECHO PÚBLICO: CUATRO DÉCADAS ININTERRUMPIDAS COMO CASA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA IUSPUBLICISTA VENEZOLANA
 1. *El valor de la RDP y la fantástica jurídica en Venezuela.*
 2. *La RDP como molde para el nacimiento del Derecho Público conceptual y su futuro.*
- II. EL TERCER SALTO CUALITATIVO DEL PARADIGMA JURÍDICO GLOBAL Y EL DERECHO PÚBLICO DE LA ERA TRANSINDUSTRIAL. MÁS ALLÁ DE LA MERA VIRTUALIZACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO
 1. *Antecedentes del cambio paradigmático y el COVID-19 como catalizador definitivo.*
 2. *El Derecho público moderno del pensamiento crítico-lineal (1945-2012).*
 3. *La influencia del pensamiento cuántico sobre la esencia de la Dogmática jurídica y el Derecho Público.*

III. EL DERECHO PÚBLICO DEL ALGORITMO

1. *Estructura del pensamiento cuántico y su impacto sobre el Derecho.* 2. *El Derecho público del algoritmo y su operacionalización: un desafío para el próximo lustro.*

I. LOS CUARENTA AÑOS DE LA REVISTA DE DERECHO PÚBLICO: CUATRO DÉCADAS ININTERRUMPIDAS COMO CASA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA IUSPUBLICISTA VENEZOLANA

La *Revista de Derecho Público* (en adelante RDP) con la impresión de este número cumple su cuadragésimo aniversario. Una cifra que más allá de los significados evidentes tras cuatro décadas ininterrumpidas, encierra una experiencia editorial plena de sabores y sinsabores, desvelos y victorias, visión y confusión, polémicas procelosas –indispensablemente necesarias– y férreos consensos teóricos. Todo este universo –sibilino y frenético– se refleja indiscutiblemente en los 162 volúmenes publicados como sólidos y desafiantes testigos frente a cualquier ontogenia elucidada por sus fundadores. Es indiscutible que 1980 fue el antes y después del Derecho Público venezolano, que aludiendo a la pregunta retórica de Érike Satié, también RDP exclama: “(...) Cuando joven me decían: ya verás cuando tengas 50 años. ¡Tengo 50 y no he visto nada! (...)”¹. Hoy RDP expresa: ¡Tengo 40 años y no he visto nada!. Una clara señal de su lozanía científica característica y actitud frente a cualquier versión del futuro.

Por ello es necesario adentrarnos –más allá de compartir los fastos legítimos– en el papel que ha jugado y seguirá haciéndolo la RDP sobre el pensamiento jurídico iuspublicista venezolano: *la fantástica jurídica y el Derecho conceptual del futuro.*

1. *El valor de la RDP y la fantástica jurídica en Venezuela*

El estado de Derecho no puede estar sometido a los vaivenes propios de los relatos épicos. El estado de Derecho, independientemente de su calificación –material, social, etc.– es alérgico a cualquier tentación de manipulación por un proyecto histórico². Sufre sus principales cimientos cuando dicho proyecto inyecta un discurso repleto de epopeyas grandilocuentes con revoluciones indigestas. De allí las razones por las cuales, desde RDP, se hayan sometido al exhaustivo análisis –y pertinente denuncia– de aquellos hitos que a lo largo de los últimos 20 años, subrayaron esa tendencia homérica al desmontaje de la experiencia democrática venezolana, que atinadamente el profesor Brewer-Carías, ha calificado como el más burdo desprecio a la ley³ y la más deshonrosa perversión del estado de Derecho⁴.

¹ La frase se corresponde a la polémica generada con sus epigramas contra el impresionismo de Debussy, que contextualizada, se emplea todavía para ironizar cualquier mito frente a un texto, creado por el simple transcurrir del tiempo. Véase Jézégou, Frédérick. “Quand j'étais jeune, on me disait: Vous verrez quand vous aurez cinquante ans. J'ai cinquante ans, et je n'ai rien vu”. En: *Dictionnaire des citations - Le monde*, París, edición de 23 de febrero de 2012. <https://dicocita-tions.lemonde.fr/blog/quand-jetais-jeune-on-me-disait-vous-verrez-quand-vous-aurez-cinquante-ans-jai-cinquante-ans-et-je-nai-rien-vu/>.

² Por “proyecto histórico” asumimos la definición que formula Vidal Fernández: “La modernidad como edad de universalización: revisión del programa weberiano de modernización”. En: *Miscelánea Comillas*, N° 126, 2007, Madrid, Pontificia Universidad de Comillas, p. 154, que lo precisa como “(...) son todas las versiones, programas de naturaleza política, social, económica, jurídica, cultural, etc., que buscan explicar a su manera, o influir abiertamente, sobre la esencia de un particular eje histórico (...)”.

³ Brewer-Carías, Allan R. *Estado totalitario y desprecio a la ley. La desconstitucionalización, desjuridificación, desjudicialización y desdemocratización de Venezuela*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

En toda épica existe no sólo la gesta, sino el elogio a un héroe que personifica virtudes por encima de cualquier visión colectiva sea impuesta o consensuada⁵. Un estado de Derecho es la antítesis de cualquier tentación épica porque para el Derecho no existen héroes ni villanos, ni semidioses inmunes a la justicia ni personas irresponsables que se encuentren exentas de sanciones por sus actos u omisiones *contra legem*. En las proezas cualquier pecado o conducta antijurídica es perdonada si el imputado o agente causante del perjuicio se adhiere a la corriente “salvífica” del “proceso”. Muy por el contrario, en el estado de Derecho sólo acepta un término: *ciudadano o justiciable, a secas, sin predicados*.

Si revisamos con detenimiento algunas de las sentencias de la Sala Constitucional del TSJ (2016-2020) que desvirtuaron la esencia del imperio de la ley; el lenguaje empleado es de corte épico⁶, de espantosa heterodoxia gramatical española, aunado a una cenceño ejercicio pretorio donde la institucionalidad luce como el villano del cual debe protegerse al pueblo⁷.

Todas estas situaciones lamentables para la historia del Derecho venezolano han sido precisadas y denunciadas en las páginas del RDP, como recordatorio para las próximas generaciones de abogados sobre lo que no debe hacerse. Esto indefectiblemente nos proyecta

⁴ Brewer-Carías, Allan R. *Dictadura judicial y perversión del estado de Derecho*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016.

⁵ Precisamente el éxito del Derecho romano de los romanos radicó en ser la primera sociedad que abandona el criterio personalista para impartir -y valga la redundancia, personificar- la justicia. La justicia fue un valor eximio en la sociedad romana que empujaba a todo el colectivo hacia un ideal de igualdad formal. Para más detalles, véase García Castillo, Pablo. “La justicia, la ley y los derechos humanos en el pensamiento griego y romano”. En *Carthaginencia: Revista de estudios e investigación*, N° 42, Vol. 22, Instituto Teológico de Murcia, 2006, Murcia, pp. 351-378.

⁶ Al respecto, sobre las sentencias que han venido desmontando la noción del imperio de la ley, véase Urbina Mendoza, Emilio J. “¿Qué son las sentencias de gobierno? La nueva geografía de actos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. En *Revista de Derecho Público*, N° 147-48 (julio-diciembre 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 33-66.

⁷ El 26 de enero de 2006, el magistrado de la Sala Constitucional, Eduardo Cabrera Romero, fue enfático en su discurso de apertura del año judicial venezolano 2006, al catalogar la justicia nacional como un instrumento para que “(...) el pueblo ávido de un cambio social de justicia lo *solicitó y fue complacido con la implementación de una legislación acorde con su clamor*, en el cual el Estado garantizará el estado de derecho, la equidad y un excelente desarrollo social (...)” (Cursivas nuestras). Posteriormente, durante la apertura del año judicial venezolano 2007 (26/01/2007), el orador de orden en esa oportunidad fue el entonces Presidente del TSJ –hoy fallecido– Magistrado Omar Mora Díaz. En su discurso logró colar la subordinación del Poder Judicial venezolano a los designios del Poder Ejecutivo, al aceptar un llamado que hiciera el propio Hugo Chávez Frías a todos los órganos del Estado, acerca del ejemplo revolucionario. En la apertura del año judicial venezolano de 2008 (28/01/2008), Mora Díaz señaló la importancia del rumbo judicial que garantice “(...) *como un ideal de igualdad y de paz, que los excluidos de la justicia logren encontrarse con sus jueces* (...)”. Acto seguido, el orador de orden, el también entonces Magistrado de la Sala Constitucional Francisco Carrasquero, fue enfático en la legitimidad que tienen los jueces –sobre todo los que ejercen competencia constitucional– “(...) Especialmente la Sala Constitucional *como máxima intérprete de la Constitución Bolivariana*. Hoy como nunca la sociedad venezolana tiene un *ampuloso acceso a la justicia humana e igualitaria para dilucidar los conflictos jurídicos sociales en función de las necesidades del pueblo* (...)” (Cursivas nuestras). Los discursos citados pueden ser recuperados en la web-site del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, específicamente en el link que archiva las “Notas de Prensa” [<http://www.tsj.gov.ve>]. También, véase Urbina Mendoza, Emilio J. “La influencia de la voluntad popular sobre la interpretación constitucional judicial en Venezuela: ¿Abuso de los conceptos jurídicos indeterminados?”. En: *Estudios de Deusto*, Vol. 58/2, 2010 (julio-diciembre). Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 363-375

sobre un componente que poco se estudia en la Dogmática jurídica, como es la fantástica jurídica. Y aunque luzca suspicaz, RDP ha sido una casa para el desarrollo de la fantástica jurídica del Derecho Público nacional.

La *fantástica jurídica* es una de las manifestaciones del concepto acuñado por la literatura para un tipo de género donde lo esencial es la proyección del pensamiento, que basado en la realidad, otorga una hoja de ruta para construir un nuevo escenario plausible y deseable, así desconozcamos a sus autores. Lo importante no es una gesta, ni héroes, ni adeptos o conversos. Lo esencial radica en la siembra de la *utopía jurídica*. Su naturaleza se soporta en la construcción de un mensaje sobre lo que deberá ser el estado de Derecho en los próximos años, evitando que ese mensaje se confunda con buenos propósitos, planes reformadores, cartas de intenciones o propuestas de cambio. En fin, la fantástica jurídica sólo se puede medir con una unidad: *el encantamiento del auditorio jurídico*.

RDP ha sido indiscutible vehículo de la fantástica jurídica venezolana, tal como lo confesara el profesor Antonio Moles Caubet cuando tuvo el honor de presentar al público el primer número:

“(...) esta Revista resulta por tanto absolutamente impersonal. No pertenece a ninguna institución, a ningún grupo ni a ninguna persona. Es sencillamente *la materialización de una corriente de pensamiento en el que encuentra su propia identidad (...)*” (Cursivas nuestras)

Indudablemente la cita textual se refuerza con lo expresado por el fundador de RPD, el maestro Allan R. Brewer-Carías⁸, al dejar por sentado que:

“(...) Los meses precedentes a la aparición del primer número de la Revista, por tanto, fueron meses de programación hacia el futuro de algo completamente nuevo en el país, respecto de lo cual, por supuesto, no sabíamos como iba a reaccionar la comunidad jurídica general y especializada. Para dicha programación comencé por hacer un exhaustivo estudio comparado de todas las Revistas jurídicas importantes del momento, que recibíamos en el Instituto, particularmente de España, Italia y Francia; y me convencí de que la nueva Revista no podía ser sólo una revista para publicar estudios, artículos y comentarios monográficos jurídicos, como eran y han seguido siendo las Revistas jurídicas institucionales. Entre otros factores, una revista de ese tipo no requiere de la urgencia de la regularidad, y de allí su carácter intermitente. Al contrario, desde el inicio pensé concebir una Revista *que tuviera algo más que artículos doctrinales o comentarios monográficos, de manera que además de por ellos, su edición fuera esperada por los lectores por algo más, que fuera de interés permanente (...)*” (Cursivas nuestras)

Ese interés permanente que genera expectativas en los lectores de RDP, es precisamente el *substratum et potentiam* de la fantástica jurídica de una empresa editorial que hoy llega a sus 40 años.

2. *La RDP como molde para el nacimiento del Derecho Público conceptual y su futuro*

Pero no todo acaba con el elogio a RDP como baluarte de la hemerografía jurídico-fantástica venezolana, entendida no como invenciones o sueños del mejor mañana, sino como la capacidad para generar una narrativa jurídica de encantamiento por el estado de Derecho, y más precisamente, por todos los componentes del Derecho público moderno. Esto nos conduce obligatoriamente a reafirmar su misión en los próximos años, nada menos y nada más que la compleja concepción y construcción de un *Derecho público conceptual*.

⁸ Brewer-Carías, Allan R. “Prólogo”. En: *AAVV. El Derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p. 16.

¿Qué es el Derecho público conceptual? En una aproximación definitoria, “es la nueva Dogmática jurídica iuspublicista, que más allá de describir las instituciones, establece las bases para la construcción de la hoja de ruta del discurso jurídico público del futuro, oteando las nuevas fuentes o *koiné*” del cual se alimenta la ciencia del Derecho, y consolidando en natural desarrollo, las elucidadas teóricamente”.

Lo conceptual implica verificar una propuesta de futuro jurídico borrando todo entendimiento del presente sobre lo que debería ser dicho futuro, pues, cuando proyectamos un futuro desde las nociones y concepciones existentes, lo que hacemos es transpoliar una realidad cristalizada en otra idealizada. Este error ha sido el causante de las frustraciones colectivas con las Constituciones, con las teorías, con la “nueva normatividad” y todo aquello que siempre promete ser nuevo, actual y de vanguardia, si se nos permite todavía emplear este último término.

Por ello, cada vez que un autor, cultor o profesor –e inclusive un mixtificador– blasona una “tesis inédita” sólo está presentándonos una versión de la realidad presente con otras palabras. Nada nuevo bajo el sol. Así de sencillo. Al contrario, una verdadera novedad en el Derecho implica fortalecer los conceptos, categorías, procedimientos y teorías de reacción que han sabido traer consigo paz social y la defensa genuina de los derechos fundamentales, así como, la delicada arquitectura del equilibrio de las ramas del Poder Público y su indiscutible sujeción a la legalidad¹⁰. De nada sirve que bajo una elucidación impecable, una elocución y composición textual inobjetable, así como la garantía de la trayectoria académica de un autor; podamos estar presente frente a un estudio o comentario monográfico que sea –usando lenguaje tropológico– “copernicano”. Es necesario ir más allá sin olvidar todo aquello que se ha patrimonializado en los predios del Derecho público desde su concreción en la era moderna.

Este es el reto de RDP para los próximos números, para las próximas décadas, para las próximas generaciones. Cultivar en el fondo un Derecho Público conceptual implica que se cuide minuciosamente el enfoque de los grandes desafíos temáticos del Derecho, incluyendo, sus domésticas rivalidades intrasistémicas. En fin, estar conscientes que el “santo grial” del Derecho público y el “dorado metodológico” son mitos que mucho daño han ocasionado al Derecho.

⁹ En la Grecia clásica, el “Koiné” era considerado el lugar común donde todas las construcciones y discursos teóricos confluían no para uniformarlas sino para alimentarse de *sustratum* y poder debatirse mejor en las antípodas intelectivas. Para más detalles, véase Vattimo, Gianni: “La hermenéutica como Koiné”, en: *Revista de Occidente*, N° 80, Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 1988, pp. 101-103.

¹⁰ Vale la pena indicar lo que expone el profesor Rosler, Andrés. *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del Derecho*. Katz editores, Buenos Aires, 2019, p. 17 “(...) En efecto, los legisladores y los jueces dan con una respuesta que los súbditos del derecho consideran correcta porque corresponde al sistema normativo que es el derecho, y no al revés, como creen los antipositivistas, para quienes el sistema normativo es aquel que da con la respuesta correcta. La decisión correcta, entonces, depende del sistema jurídico y no el sistema jurídico de la decisión correcta, o para decirlo de otro modo: *el derecho no existe para darnos la razón, sino que, si queremos respetar su autoridad, somos nosotros los que tenemos que darle la razón al derecho (...)*”.

II. EL TERCER SALTO CUALITATIVO DEL PARADIGMA JURÍDICO GLOBAL Y EL DERECHO PÚBLICO DE LA ERA TRANSINDUSTRIAL. MÁS ALLÁ DE LA MERA VIRTUALIZACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO

Precisamente estando dentro de los predios del Derecho público conceptual a los que hicimos alusión en la primera parte del presente artículo, existe un hecho humano, temático, que será uno de los más destacados problemas que deba enfrentar el Derecho Público: *El algoritmo*. No el algoritmo, como operación matemática inofensiva, sino aquel que se convierte en referente, ordenante y consecuente de los comportamientos humanos en todas las escalas, escenarios y dimensiones.

Es prácticamente imposible en nuestros días, con la revolución tecnológica en estadios avanzados, que el algoritmo se encuentre ausente en cualquier aspecto de la vida humana. Esta realidad ha sido producto de un largo proceso evolutivo –previsible y plausible– que pudiera desembocar tanto en la próxima utopía como una drástica distopía: *la obsolescencia del ser humano y el advenimiento del transhumanismo*

¿Cómo la humanidad ha logrado llegar hasta esta encrucijada donde la fusión hombre/máquina luce ineludible? ¿Cuáles han sido los paradigmas que han alimentado para que de una sociedad moderna antropocéntrica, pueda hablarse hoy de otra tecnocéntrica?. Estas interrogantes son también desafíos para el Derecho Público, pues, en un futuro donde la virtualización es la nueva realidad, habría que preguntarnos si existirán o no los Estados modernos, si las Constituciones y la base normativa seguirán siendo fuentes y anclajes de los límites a las libertades y derechos; o bien, la pregunta más sensible: ¿existirán derechos fundamentales en un mundo de IA cuando la persona humana pase a un segundo plano?

1. *Antecedentes del cambio paradigmático y el COVID-19 como catalizador definitivo*

Para responder las interrogantes anteriores, debemos remontarnos al año 2007. En esa fecha visité Alemania durante la preparación de mi tesis doctoral, la cual, si bien centró la temática en la Teoría de la Interpretación de los Contratos¹¹, requería de una mayor comprensión de las fuentes clásicas de la hermenéutica jurídica, ésta última, con mayor tradición entre los estudiosos alemanes¹². Dentro de la búsqueda documental, nos topamos con un artículo que abordaba los denominados *Protocolos fractales del futuro*¹³. Confieso que el cuestionamiento fue lo suficientemente sugestivo para iniciar nuevas pesquisas sobre el particular, máxime, cuando en un primer arqueo de fuentes los resultados de *die suche*, fueron tan magros e imputables a nuestro rudimentario alemán, equiparables a una suerte de *sortes biblicae*.

¹¹ Urbina Mendoza, Emilio J. *La teoría de la interpretación de los contratos y la jurisprudencia venezolana*. Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2010.

¹² En efecto, si bien la hermenéutica tiene sus raíces en Grecia, será en Alemania donde se retoma y plantea de cara al mundo moderno. Para más detalles, véase Friedrich Schleiermacher. *Hermeneutik und Kritik: mit e. Ahn. Sprachphilos. Textes Schleiermachers*, Vol. 211 de Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1977. También, Hans-Georg Gadamer, en *Wahrheit und Methode* (Tübingen, 1960) (existe edición española de Ediciones Sígueme, Salamanca, 1993).

¹³ Los denominados *Fraktale protokolle der zukunft* (Protocolos fractales del futuro) implica la creación de parámetros normativos de naturaleza procedimental, en la cual, el Derecho determina el orden en que deben regularse los algoritmos y otros elementos propios del pensamiento cuántico, resaltando, la existencia del “fractal”. El texto que nos llamó la atención sobre el fenómeno, cumplía 15 años en ese momento desde que fuera publicado. Fue el artículo de H. Joachim Schlichting. “Schöne fraktale welt - Annäherungen an ein neues konzept der naturwissenschaften”. *Der mathematische und naturwissenschaftliche unterricht*, N° 45/4, Neuss, Verlag Klaus Seeberger, 1992, pp. 202-214.

La temática de los protocolos fractales del futuro nos impulsaron a escudriñar un término relacionado a los mismos: *el pensamiento cuántico*. Y lo cuántico, nos condujo hacia su forma de operacionalización: *el algoritmo*. Sin embargo, no existían señales nítidas sobre el salto cualitativo que advendría a la sociedad global, salvo, las advertencias que de forma teórica formuló en 2012 Klaus Schwab¹⁴. En el Foro Económico Mundial que se celebra en Davos (Suiza), el citado profesor manifestó una propuesta que pasaría desapercibida para el planeta entero, pero que en 2020, adquiriría sentido de lo que hace 8 años era impensable: *el nuevo salto cualitativo occidental hacia la era transindustrial*.

En 2012, Davos fue testigo de una afirmación que apalancaría la idea del tercer salto cualitativo, expresada en propias palabras del propio Schwab: “(...) *El capitalismo en su forma actual ya no encaja en el mundo que nos rodea (...)*”¹⁵. Ese “ya no encaja” sería formulado no desde una tribuna abiertamente defensora del materialismo dialéctico o el conservadurismo más reaccionario. Ocurrió en las jornadas más emblemáticas de los movimientos y el pensar liberal sobre la economía y el mundo, siendo así, un presagio de cambios que pocos pudieron entender.

Llega el atípico 2020. Un año que inició con hostilidades sobre el mundo persa, donde un microscópico protagonista inició su viaje desde el extremo oriente, en la antigua *Catay* hasta el corazón de Europa y de allí a todos los rincones del orbe. Hacemos referencia al COVID-19, un virus que no sólo se ha cobrado la vida de miles de ciudadanos en todas las latitudes, sino, que ha enfermado el sistema económico, político, educativo y hasta las entrañas misma del Derecho Público como se ha debatido en los cientos de *webinars*, seminarios web, *open lecture* y otras formas virtuales de comunicación académica, resaltando, las celebradas por el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo¹⁶.

¹⁴ En 2016, Schwab publicará una obra sensible que determinará la arquitectura de los cambios paradigmáticos que tras el COVID-19, se acelerarán y encontrarán pronta implementación en este 2020. Véase Schwab, Klaus. *The fourth industrial revolution*. World Economic Forum, Ginebra, 2016. En especial debemos resaltar lo que expresa en las páginas 15-16, que textualmente señalan: “(...) AI has made impressive strides, driven by the exponential increase in computing power and the availability of vast amounts of data, from the software used to discover new drugs to the algorithms that predict our cultural interests. Many of these learn the “breadcrumb” trail that our data leaves in the digital world, resulting in new types of “machine learning” and automated discovery that allow “smart” robots and computers to self-program. and find optimal solutions from basic principles (...)” (Cursivas nuestras).

¹⁵ Véase Tim Weber. “Davos 2012: los magnates se preguntan si el capitalismo tiene futuro”, En: BBC mundo, Londres, edición del 24 de enero de 2012. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/01/120124_para_que_sirve_otra_reunion_davos_jr [Consulta: 25 de mayo de 2012].

¹⁶ Debemos destacar, en materia jurídica, el esfuerzo del FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (FIDA), que ha facilitado la plataforma on line, los llamados “Seminarios Web”, todos, moderados por el profesor Jaime Rodríguez Arana. El 5 de mayo de 2020, con la presencia de los profesores Carlos Delpiazzo, Miriam Ivanega, Gladys Camacho, Enrique Chase y José Ignacio Hernández, se dictó el tercer seminario sobre las Libertades en tiempo de COVID-19. El segundo seminario web fue el 28 de abril de 2020, con la presencia de los profesores Javier Barnés, Allan R. Brewer-Carías, Jorge Danós, Luis Ferney Moreno, Alejandro Pérez-Hualde y Felipe Rotondo cuya temática central fue el Estado de Derecho en tiempos de COVID-19. El primer seminario web fue el 21 de abril de 2020, con la presencia de los profesores Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Jaime Rodríguez Arana-Muñoz, Pablo Ángel Gutiérrez Calantuono, Rafael Valim, Rodrigo Ferrés, Wilfrido Warde y William Zambrano Cetina, en donde se disertó sobre el Derecho Administrativo ante la crisis del COVID-19. La FUNDACIÓN UNIVERSITAS, con sede en la ciudad de Barquisimeto-Venezuela, ha desarrollado, en los últimos dos meses, foros sobre temáticas conexas al estado de alarma, más que todo, en vertientes muy precisas como el trabajo,

Pero el COVID-19 sólo ha sido un potente motor de ignición para este mundo fractal, que como explicaremos más adelante, ya se estaba trasvasando de sus dimensiones originales a las reales. Ello trajo consigo reflexiones –inclusivo en Venezuela– sobre el urgente replanteamiento de ámbitos como la justicia y su virtualización, pues el peligro de los contextos actuales se debe a un factor que es histórico en cualquier cambio de paradigma: *la tentación del poder, donde no escapa la gobernanza en todos sus ámbitos*. Ésta última es la fuente de vicios y conductas antijurídicas, pero también, de desviaciones que pueden inclusive enmarcarse dentro de lo legal y situado en las fronteras de lo jurídicamente correcto.

La pandemia ha sido un acelerador para adentrarnos en un nuevo discurso jurídico que discretamente mostraba signos de cambio al acercarnos a la excogitación de los *Protocolos fractales del futuro*, la declaratoria del fin de la realidad como la conocíamos desde 1945, la explosión de la posverdad y ahora la pandemia. En fin, el paradigma dominante anterior al 31 de diciembre de 2019 está muerto. Una nueva experiencia jurídica no sólo debe entender como una mera aplicación de la virtualización de la justicia, pues, sería pretender abordar un nuevo paradigma con esquemas de uno agotado.

El COVID-19 nos coloca a las puertas del nuevo Derecho público, que algunos han denominado eufemísticamente “de nueva normalidad”. Las normalidades sólo pueden calificarse así cuando se consolida un paradigma y se estandarizan conductas. Por ello, nos oponemos a asumir estas conceptualizaciones, pues, cada etapa implica manifestaciones propias del discurso y pensamiento jurídico iuspublicista, no una reedición del mismo. Lo que si estamos contestes es que el paradigma denominado “sociedad postindustrial”¹⁷ se ha agotado. Es el paradigma que a principios de los 80 del siglo pasado, echaba al traste con el modelo de producción en línea de la gran factoría, primando las telecomunicaciones, la informática, la economía financiera, turismo en masa y las múltiples manifestaciones de derechos fundamentales denominados de 4^{ta} y 5^{ta} generación. Esa sociedad ha quedado atrás.

El virus no sólo paralizó al planeta, sino que tras meses de confinamiento, ocurrió un tránsito agresivo de lo *postindustrial* hacia lo *transindustrial*, ésta última, una sociedad donde centra el énfasis de desarrollo global en el apalancamiento que otorga la robótica¹⁸, la inteligencia artificial (en adelante IA), las tecnologías adictivas, los contratos inteligentes (*smart contracts*)¹⁹, la nanotecnología²⁰. En fin, una disminución sensible de la presencia humana en

el teletrabajo, tiempo libre, etc. Todas las videoconferencias se encuentran alojadas en su canal por YouTube.

¹⁷ Touraine, Alain. *La sociedad postindustrial*, Ariel, Barcelona, 1969. Gösta Knud, J.E.A. “El estado de bienestar en la sociedad postindustrial”, *Debats*, N° 49, 1994, p. 56-61. Daniel Cohen. *Tres elecciones sobre la sociedad postindustrial*. Katz Editores, Madrid, 2007.

¹⁸ Sobre el tema de la robótica, véase Chávez Valdivia, Ana Karin. “Hacia el quebrantamiento del paradigmas jurídicos: la robótica y la inteligencia artificial”, En: *Derecho y Tecnología*, N° 19, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2018, pp. 135-150.

¹⁹ Véase Valencia Ramírez, Juan Pablo. “Contratos inteligentes”, En: *Revista de Investigación en Tecnologías de la Información: RITI*, Vol. 7, N° 14, 2019, Universidad Politécnica de Catalunya, Barcelona, pp. 1-10. Legerén-Molina, Antonio. “Los contratos inteligentes en España (La disciplina de los smart contracts). En: *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, N° 2, Notyreg Hispania SL, Madrid, 2018, pp. 193-241. Gauthier, Gustavo. “Contratos de trabajo inteligentes (“smart labour contracts””, En: *Revista de Derecho del Trabajo*, N° 20, Editorial La Ley, Montevideo, 2018, pp. 69-78.

²⁰ Véase de Gatta Sánchez, Dionisio Fernández. *Creación científica e innovación tecnológica: una aproximación desde el derecho público*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Casado, María y López Baroni, Manuel Jesús. “Nanotecnología e inseguridad jurídica: análisis de los criterios sostenidos por la Unión Europea a la luz del principio de precaución”. En: *Revista de Derecho y Genoma*

la intervención de todas las actividades cotidianas²¹. Es un nuevo mundo, una nueva etapa consecuente de los cambios experimentados –legítimamente aceptados globalmente– desde la irrupción de la informática en nuestras vidas. Entonces, si es así, donde la mutación radical es una quimera, ¿cuál sería el núcleo duro de lo postindustrial hacia lo transindustrial que modificaría las bases epistemológicas del Derecho público?

Para responder, dividiremos el presente artículo no sólo desde las plausibles manifestaciones del nuevo Derecho del “algoritmo”, sino que todo es producto de la evolución del fenómeno jurídico, desde sus propios cimientos al construirse el primer paradigma jurídico global: *El Derecho romano de los romanos*²². Éste último cinceló las bases actuales de la teoría del Derecho como la hemos conocido y que se mantendrá siempre. Por ejemplo, el núcleo conceptual duro del término “Estado” desde Roma hasta nuestros días se ha consolidado en su acepción básica. Sin embargo, son sus manifestaciones externas y aplicaciones las que sufren un impacto sin precedente, gatillado por los desvelos de la doctrina y la capacidad heurística de la jurisprudencia. De allí que, a mediados del siglo VII y VIII D.C., en razón del nacimiento del modelo feudal y su Derecho²³ sufra el primer cambio paradigmático.

Con el feudalismo y el adelanto de la edad media cristiana, la experiencia jurídica y la *pax romana* que ésta trajo consigo, asumiría un nuevo paradigma con el *Derecho de la glosa*

Humano: genética, biotecnología y medicina avanzada, N° 49, Universidad del País Vasco (UPV) - Dykinson, Bilbao, 2018, pp. 35-60. Pariotti, Elena. “Law, uncertainty and emerging technologies: towards a constructive implementation of the precautionary principle in the case of nanotechnologies”, En: Persona y derecho: *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de los derechos humanos*, N° 62, 2010, Universidad de Navarra, Pamplona, pp. 14-28. Kölling, Gabrielle y de Paulalente, Thiago. “Nanotecnología e riscos sanitários”. *Derecho, gobernanza e innovación: Dilemas jurídicos de la contemporaneidad en perspectiva transdisciplinar* (Coord. María Manuela Magalhães, Dir. Rubén Miranda Gonçalves y Fábio da Silva Veiga). Universidade Portucalense, Lisboa, 2017, pp. 62-67.

²¹ Véase Susana Navas Navarro (Coord). *Inteligencia artificial: tecnología, Derecho*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Vale destacar que luego de la etapa transindustrial entraríamos plenamente en la era del posthumanismo, donde la fusión del hombre/máquina se haría realidad. Para más detalles, véase Fernández Agis, Domingo. “Humanismo, posthumanismo e identidad humana”, En: *Ius et Scientia: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Vol. 4, N° 1, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018, pp. 1-18.

²² La expresión “Derecho romano de los romanos” encierra la experiencia real del fenómeno jurídico nominado bajo la expresión “Derecho romano”, vigente desde los orígenes de Roma hasta la finalización del reinado del Emperador Justiniano (735 A.C.-565 D.C.). Esta aclaratoria es necesaria explicarla, pues, tras la caída de Roma y su civilización, las normas y demás fuentes romanas fueron objeto de reinterpretaciones, abstracciones, interpolaciones, e inclusive, manipulaciones que alteraron las bases teóricas de dicho Derecho. Debemos recordar que el Derecho romano que hoy estudiamos es creación de la pandectística alemana del siglo XIX, precursora del futuro Derecho procesal. Para más detalles, véase Orestano, Riccardo. *Introducción al estudio del Derecho Romano*. Universidad Carlos III, Madrid, 1997, pp. 145 y ss.

²³ Sobre el particular, más específicamente la influencia en el salto cualitativo del Derecho romano de los romanos hacia el Derecho medieval, véase Troplong, Raymond. *De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains*. Librairie Hachette et C^{ie}, París, 1868, pp. 84-87. También, véase Alfonso García Gallo y Gustavo Villapalos. *Las exposiciones nominum legalium y los vocabularios jurídicos medievales*. Joyas Bibliográficas, Madrid, 1974. Hespanha, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Editorial Tecnos, Madrid, 1999, pp. 109-111.

y posglosa²⁴. Los comentaristas medievales comenzaron a organizar sistemáticamente las dispersas regulaciones del Derecho romano de los romanos, dando pie al nacimiento de las escuelas, los tratados y el método hermenéutico, que a pesar de sus cambios radicales, sigue presente entre nosotros al interpretar las fuentes mismas del Derecho: *la exégesis sistemática*²⁵.

El segundo salto cualitativo ocurrió con la introducción de la modernidad, como veremos más adelante, que prontamente buscaría reorganizar la experiencia jurídica creada en Roma y adaptada por la glosa y la posglosa medieval para crear la ciencia del Derecho moderna que se acuñaría por siempre bajo el rótulo de *Dogmática jurídica*²⁶. Ahora bien, en el último cambio paradigmático, el sistema con identidad definitiva para finales del siglo XVIII, fue la concreción de la pretendida noción del “cero histórico ilustrado”²⁷, que no es más que la unclaje de seguridad política para proteger esta etapa de características identitarias originales que no posee, con el único fin de justificar sus inclinaciones político-ideológicas.

La modernidad jurídica trajo consigo el pensamiento crítico/lineal, en el cual, nos formamos todos los abogados durante el siglo XX y todavía persiste su fuerza, en lo que ha transcurrido el XXI. Esta forma de elucidar el Derecho tiene siempre un punto de partida, una trayectoria definida, un método oficial para concretarlo y un sustrato científico que lo actualiza constantemente a través de las marchas y contramarchas doctrinales y jurisprudenciales. Es bajo este esquema que pensamos el Derecho público y sometemos los hechos sociales bajo su regulación. En pocas palabras, usando la terminología del maestro bilbaíno Ricardo de Ángel, es el mundo moderno del jurista²⁸.

²⁴ Urbina Mendoza, Emilio J. *Glosa y posglosa en la Javeriana Colonial*. En: José del Rey Fajardo y Miriam Marín Cortés (Edit.). La Biblioteca Colonial de la Universidad Javeriana. Ediciones de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2008, pp. 421-440. Véase también, Ernst Meter Johann Spangenberg. *Einleitung in das Römisch-Justinianische Rechtsbuch Oder Corpus Iuris Civilis romani*. Scientia, Aalen, 1970. Jaramillo, Carlos Ignacio. *El renacimiento de la cultura jurídica en occidente. El derecho en el medioevo, siglos XI-XV*. Ediciones de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2004, pp. 17-72.

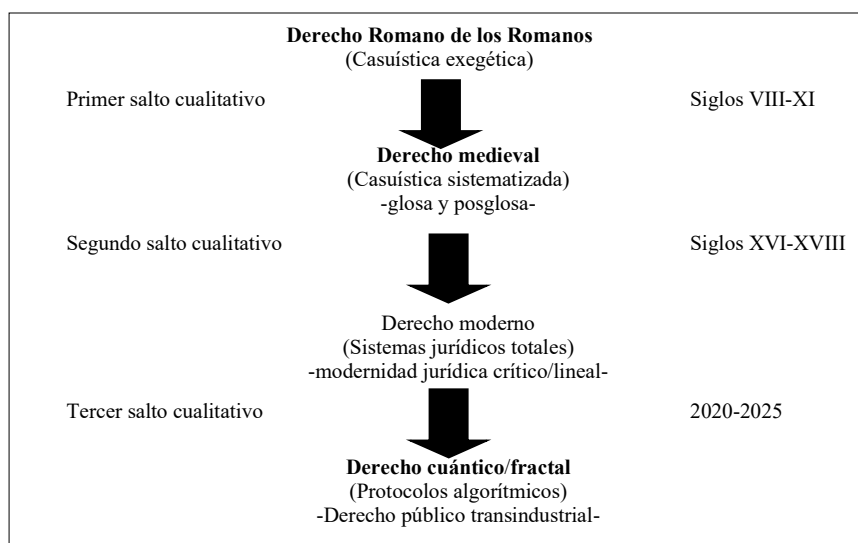
²⁵ Véase al respecto, Merello Arecco, Ítalo. “La interpretación del derecho en los juristas romanos”. *Interpretación, integración y razonamientos jurídicos*. Universidad de Chile-Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile, 1991, pp. 27-28.

²⁶ Hespanha, Antonio Manuel. “Las categorías de lo político y de lo jurídico en la época moderna”, En: Ius Fugit. *Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, Vol. 3-4, Universidad de Zaragoza, 1994-1995, Zaragoza, pp. 82-85.

²⁷ Rodríguez-Ennes, Luis. “El derecho romano y la ilustración”, En: *Seminarios complutenses de derecho romano*, N° VI, Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1994, pp. 125-126.

²⁸ Yagüez, Ricardo de Ángel. “El mundo del jurista: hechos, conceptos y soluciones”, En: *Estudios de Deusto*, Vol. 56/2, 2008, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 219-245.

Gráficamente los saltos cualitativos pueden representarse de la siguiente manera:



Ahora bien, la actualización y empuje de fenómenos y factores culturales nítidamente concentrados desde 1945 en adelante, han impreso una velocidad en los cambios que anteriormente requería de siglos. Entonces ¿cómo puede hablarse del Derecho cuántico, del Derecho creado por el algoritmo? ¿Por qué el gatillador COVID-19 nos obliga a plantear la posibilidad real de un nuevo salto cualitativo si el último ocurrido con la modernidad fue suficiente? ¿Es posible hablar del pensamiento jurídico-cuántico como una nueva etapa del Derecho público? Son interrogantes legítimas para justificar una postura de una realidad que cambió y que todavía los juristas en su mayoría no se han percatado.

Con esto no queremos decir que el cambio sea transpolar el patrimonio epistemológico del Derecho público moderno tangible a otro virtualizado. Tampoco es una radical experiencia de contraste que nos invite hacia escatologías de poca monta del mundo jurídico moderno, es decir, hacia el fin de las teorías jurídicas, del Derecho público y la introducción de una experiencia protocolaria que busque poner cierto orden a las consecuencias de las acciones o abstenciones tanto de los seres humanos como de la IA, ésta última como un sujeto virtual de Derecho equipolente a la persona humana. No podemos ceñirnos en ambas patologías, pues la primera, sería una banalización –torpe e inerte– de la conquista del orden moderno al orden cuántico, y lo segundo, un nihilismo irresponsable no cónsono con la tradición profesoral universitaria.

La gran diferencia del actual salto cualitativo estriba en su acelerada persistencia. Si el cambio del Derecho romano de los romanos a la glosa y posglosa medieval tardaría 4 siglos (S. VIII al XI), y ésta última hacia la modernidad en dos siglos (XVI-XVII); la presente transición apenas será en un compás futurable de posibles cinco años (2020-2025), aunque luce que podría concluirse en 2022. Increíble es el patrón que comulga, de cuatro siglos a dos, y de dos centurias hacia apenas cinco años. He allí quizá la gran dificultad que poseemos los juristas tradicionales del Derecho público para percibir la mudanza. A los juristas de la ilustración les tomó siglo y medio moldear el Derecho público vigente, gracias a la imprenta y a

la autoridad doctrinal férreamente piramidal. Hoy, con los avances tecnológicos todo ocurre en días, donde el acelerador de la enfermedad podía concebirse como un riesgo latente²⁹.

Ahora bien ¿éstas transiciones implicaron la desaparición del Derecho romano de los romanos? ¿Dejamos de interpretar el Derecho bajo un método específico como nos enseñaron los posglosadores? Obviamente que no. Al contrario, cada etapa aportó una evolución del discurso jurídico. Sin embargo, la pregunta clave en este momento precipitada por el COVID-19 es: ¿podrá nuestro Derecho público moderno sobre el cual construimos todas las teorías fundamentales del Poder Público, los derechos fundamentales, los servicios públicos, el derecho administrativo sancionatorio, y otras tantas conceptualizaciones, ser erradicado por el pensamiento cuántico? ¿Podríamos, dilemáticamente como elucida recientemente Pérez Luño, hablar de un Derecho en el posthumanismo?³⁰

Son cuestionamientos académicos que debemos hacernos antes de asumir cualquier versión escatológica, alarmista y basilisca sobre finales apocalípticos del Derecho público; éstas últimas, producto de la más elaborada pigricia y procrastinación de quienes sólo observan al mundo desde la más pávida estolidez. No podemos, bajo ningún pretexto, dejarnos llevar por estas inconsistentes versiones de un supuesto Derecho público de nueva casta, como si en efecto el anterior ya no existiera. Son los mismos que propungnan ese eufemismo bastardo de la “nueva normalidad”, que no es más que una manera de disfrazar patologías que son incomprendidas y a las cuales no se les ha dado la revisión científica rigurosa que merece.

Empero, ojalá fuera sólo un tema de “algoritmos y Derecho”. De ser así, planteado bajo una elementalidad principiante, el discurso jurídico no tendría fundamento para abandonar el esquema moderno de su forma bajo el cual ha sido pensado y plasmado, en el tantas veces descrito esquema crítico/lineal heredado del último salto cualitativo. El algoritmo es una forma precisa de ordenar este nuevo mundo cuántico, que como bien lo describen Frido y Christine Mann, terminará por cambiar la realidad generando una nueva filosofía social³¹. Filosofía de la cual se alimenta el Derecho público.

2. *El Derecho público moderno del pensamiento crítico-lineal (1945-2012)*

Visto el introito que concentra tanto el papel de la RDP en la fantástica jurídica del Derecho público moderno venezolano, así como, los antecedentes del cambio paradigmático del iuspublicismo global tras el acelerados del COVID, es menester repasar cómo ha sido el pensamiento crítico/lineal del Derecho público que nació en 1945 y que concluiría su hegemónica presencia –siguiendo la tesis de Schwab– en 2012. La modernidad jurídica reemplazará la casuística hermenéutica medieval, cincelandos los rasgos de nuestro Derecho vigente en un enfoque crítico/lineal, entendido este último como la capacidad para consensuar conceptos jurídicos, precisarlos por etapas y otorgarle anclajes de seguridad epistemológica que a la larga será la póliza de estabilidad y seguridad jurídica.

²⁹ Véase Paredes Castañón, José Manuel. *El riesgo permitido en el Derecho penal. (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*. Ministerio de Justicia e Interior-Centro de Publicaciones, Madrid, 1995.

³⁰ Pérez Luño, Antonio Enrique. “Inteligencia artificial y posthumanismo”. *Derecho, inteligencia artificial y nuevos entornos digitales* (Ed. Álvaro A. Sánchez Bravo). Punto Rojo Editores, Madrid, 2020, pp. 9-21.

³¹ Stephan Lebert. “Die Quantenphysik lässt den Schluss zu ...” “... dass schon das Denken die Realität verändert”. En: *Die Zeit*, Frankfurt am Main, edición del 27 de junio de 2017 <https://www.zeit.de/zeit-wissen/2017/03/frido-mann-christine-mann-quantentheorie-philosophen-familie-werner-heisenberg> [Consulta: 29 de junio de 2017].

Conceptualmente el pensamiento jurídico moderno crítico/lineal se caracteriza por seis (06) componentes que al unísono construyen la moderna ciencia del Derecho también conocida como Dogmática, y más específicamente, el Derecho público moderno. Estos componentes son:

* La ciencia jurídica *autosuficiente*.

Esta primera nota de la modernidad jurídica está relacionada al celo de construir una ciencia jurídica autosuficiente. Este esfuerzo se concreta a finales del siglo XVII como expone Villey³², para impedir que la teología, la ética o la sociología penetren el naciente Derecho público³³. Esta separación moderna obligará a replegarse bajo la protección de una ley estatal, diferenciada de normas morales, sociales o de cualquier otra índole. El Derecho moderno autosuficiente, o mejor dicho, el sistema jurídico lógico y científicamente blindado³⁴, se concentró en reforzar lo que italianos llaman “*Completezza dell'ordinamento*” y los alemanes “*Lückenlosigkeit*” o “*Logischen Gesetzmäßigkeit*”. En nuestro castizo español se tradujo en el celeberrimo brocardo de *la plenitud hermética del ordenamiento jurídico*.

Dentro del Derecho público, sus conceptos y sus instituciones se podía hallar perfectamente todas las respuestas a las inquietudes no sólo jurídicas sino exigencias regulatoria de cualquier hecho con capacidad de generar consecuencias jurídicas³⁵. Fuera de la Dogmática, o como lo indica la terminología de Kelsen, en “lenguaje metajurídico”, no puede el jurista encontrar soluciones a su problemática iuris.

* El *racionalismo* como forma del pensamiento escogido.

Dicha ciencia jurídica autosuficiente, llamada por muchos Teoría General del Derecho o también Dogmática jurídica, fundamento del Derecho público, debía diferenciarse de las experiencias previas al concepto medieval y más todavía del Derecho romano de los romanos. Para ello, dentro del contexto propio del siglo XVII, abandonan el casuismo y la particularidad para esculpir un Derecho *exclusivamente racionalista*³⁶. Los conceptos y categorías jurídicas se irán estructurando mediante procedimientos deductivos/lineales, de pura abstracción, dando reflejo así a la naciente y utópica concepción científica emergente³⁷.

³² Villey, Michel. *La formation de la pensée juridique*. St. Jacques Éditions, Paris, 1968, p. 635.

³³ Massini, Carlos Ignacio. *La desintegración del pensar jurídico en la edad moderna*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 10.

³⁴ García de Enterría, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Editorial Civitas, Madrid, 1984, p. 18.

³⁵ Véase Díez-Picazo, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 1993, pp. 221 y ss. Martínez García, Jesús Ignacio. *La imaginación jurídica*. Editorial Debate, Madrid, 1992, pp. 50-51. Summer Maine, Henry. *El Derecho antiguo considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las instituciones modernas*. Editorial Civitas, Madrid, 1994, p. 94. Como afirma Ricardo de Ángel ... el mundo del jurista ... p. 229 “(...) El <<mundo>> de los hechos, sin embargo, entraña una servidumbre para el Derecho; una circunstancia que a veces lo aleja sideralmente de la justicia, entendida esta palabra como “razón” o “solución ajustada” (...)”.

³⁶ Massini, Carlos Ignacio. ... *La desintegración del pensar jurídico* ..., p. 18.

³⁷ El racionalismo del siglo XVII es producto del sueño europeo renacentista reflejado en el concepto de utopía. Las nacientes ciencias, entre ellas la jurídica, ponían sus esperanzas en la posible conquista del futuro, sometiéndolo a las coordenadas que sus mentalidades más esclarecidas trazaran con la mayor escrupulosidad posible. El futuro sería así –incluyendo el futuro jurídico– reflejo del desarrollo de un modelo preconcebido. Para más detalles, véase Oswald Von Nell-Breuning. *Säku-*

La iusfilosofía racionalista, como sugiere Cofré³⁸, configuró muy en serio el desarrollo del proyecto cartesiano y sus rutilantes éxitos en el campo de las ciencias físico-matemáticas. Así, llega a suponerse en el transcurso de la historia europea que, mediante procedimientos de la razón físico-matemática, se podrán abordar con igual dominio los problemas de las ciencias del espíritu. En este aspecto, la sentencia que emite un juez asume dimensiones de *teorema* en la modernidad, el cual, partiendo de un postulado indemostrable (principios dogmáticos, siendo por antonomasia el principio de la legalidad), deduce una serie de consecuencias o conclusiones sobre la libertad o el patrimonio de una persona. Grocio, Puffendorf y Domat se encargarán más tarde de ratificar que esta racionalidad jurídica “moderna” es abstracta y ahistórica³⁹.

La racionalidad jurídica, para ratificar la legalidad dogmática, levantará un nuevo credo ciego hacia el concepto de imperio de la ley donde los jueces debían profesarlo sin cuestionar el principio, pero, fortaleciendo su función estatal de ser aplicador de la misma –e inclusive intérprete– mediante complejos procesos mentales estrictamente lógicos como lo explica Otto Bachoff en su tratado clásico sobre los jueces⁴⁰.

En el plano dogmático, es decir, teórico-jurídico, el racionalismo estructuró un sistema jurídico lineal, es decir, que reflejaba racionalmente todo el sentido del término “certeza absoluta” para alcanzar un Derecho público pleno que fuera rédito absoluto de la razón. Según Massini, esta aspiración se funda en la pretensión de independizar al saber jurídico del saber teológico y de los datos empíricos, ambos componentes entremezclados desde la irrupción de la glosa y la posglosa medieval. De la teología aspira desembarazarse el Derecho racional y tratar de superar las graves y lacerantes disputas teológicas que acontecían en la Europa postreformista y contrarreformista.

Sobre los datos de la realidad empírica, el racionalismo jurídico rompe las amarras de conexión, dejando de ser considerados como fuentes del conocimiento del Derecho⁴¹. Sólo los hechos que han sido “*racionalizados por el legislador*” son aquellos que adquieren el término de “*relevantes*” para fundar consecuencias jurídicas. Esto dará pie al nacimiento del concepto del “*hecho normativo*” donde el hecho se transforma autorizadamente en Derecho. Este modelo racional lineal, creará la brecha que hasta nuestros días ha sido un dilema para la filosofía del Derecho y la deontología jurídica: *el abismo entre el ser y el deber ser*.

* La lógica, más específicamente, *la silogística*, como método dentro del racionalismo excogitado.

Pero el racionalismo conlleva un problema implícito. Existen muchas formas de lograr encaminar el pensamiento tras el mote de “lo racional”⁴². Esto podría ser la nueva fuente de

larisation und Utopie. Stuttgart, Festschrift Ernst Forsthoff, 1967, p. 239. También, Karl Mannheim. *Ideología y utopía: introducción a la sociología del conocimiento*. Ediciones Aguilar, Madrid, 1973, pp. 195-199.

³⁸ Cofré, Juan O.. “Racionalidad en el Derecho. Una aproximación filosófica a la hermenéutica jurídica”. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, N° 1, 1995, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, p. 42.

³⁹ Massini, Carlos Ignacio. ... *La desintegración del pensar jurídico* ..., p. 20.

⁴⁰ Bachoff, Otto. *Jueces y Constitución*. Editorial Civitas, Madrid, 1987, p. 23.

⁴¹ Massini, Carlos Ignacio. ... *La desintegración del pensar jurídico* ..., p. 23.

⁴² El racionalismo como corriente que se identifica con el término “occidente”, no es unívoco. Occidente significa que todos los problemas y soluciones de nuestra vida se solucionan únicamente a través de la razón, es decir, que razonar implica a resolver cualquier contingencia, sea personal o

enfrentamientos entre quienes militaban este nuevo Derecho racionalista lineal. Para ello, la iusmodernidad lineal abandona por completo la tradición romanista del *casuismo prudente* (*iurisprudencia*) creada por Roma por los “*Praetores*”⁴³ y optimizada durante la glosa y posglosa medieval; por un deductivismo lógico. Como esgrime Viehweg⁴⁴ el éxito de una ciencia como el naciente Derecho moderno, se obtiene a través de la férrea disciplina mental que articula conceptos y proposiciones para conformar un conjunto unitario –y autorizador– de definiciones y fundamentos.

Para los juristas modernos, la lógica, especialmente la deductiva sustentada en los silogismos, establece aspectos de racionalidad a toda proposición jurídica así como consecuencias. El silogismo enmarcará la actividad judicial, y el apego a dicho método será el único indicador de justificación de las decisiones judiciales, garantizándose un supuesto orden de objetividad e imparcialidad sin torcer el texto de la ley. Este razonamiento sistemático-silogístico, dará pie al posterior nacimiento de la Teoría General del Derecho público, que entendió por primera vez que el fenómeno jurídico no era un grupo de disposiciones o reglas aisladas, sino que a través de una cadena interminable de deducciones lógico-formales, podría construirse un sistema normativo comparable con los jardines del Palacio de Versalles, perfectos y simétricos⁴⁵.

* La garantía del *normativismo positivo* contra los atentados a la silogística.

Sabiendo que la lógica, y más aún la silogística, son terrenos epistemológicos capaces de ser alterados dependiendo del grado y capacidad racional del jurista; los arquitectos iusmodernos buscaron un punto de anclaje (garantía contra la manipulación) que sellara férreamente la arras del sistema. El deductivismo pronto dará pie al nacimiento de los grandes sistemas legales u ordenamientos normativos, entendido éstos como “(...) *todo el conjunto, complejo o sistemas de normas jurídicas encaminadas a regular la sociedad* (...)”⁴⁶.

Para poder articular todo un pensamiento edificado en la razón pura sistemática-lineal, la única de las realidades analógicas de lo jurídico con la capacidad de someter cualquier

colectiva. Desde Grecia se ha trazado su arquitectura a través de tres formas: la lógica (ARISTÓTELES), la dialéctica (SÓCRATES) y la imagenética (PLATÓN). De los tres modelos racionales, la lógica adquirió mayor protagonismo en razón que no cuestiona ninguna forma, y la verdad lógica, es producto de procesos que independientemente de sus contextos políticos, pueden ser universalmente aceptados. La lógica aristotélica se dividió en dos formas de pensar: la metafísica (especulación) y la empírica (observación). Luego del siglo XVII, la empírica se reservó para las ciencias exactas o también denominadas “duras”. La metafísica racional, a su vez, se discriminó en tres niveles: el filosófico puro (determinación conceptual), el escolástico (postfilosófico descriptivo-normativo) y el cuántico. En cuanto al cuántico, éste si bien fue formulado desde finales del XVII, era imposible demostrarlo en razón de las necesarias y rápidas operaciones de cálculo que sólo pudieron hacerse efectivo con la aparición de los ordenadores en el siglo XX. El Derecho asumió entonces su carácter especulativo, que hasta hace unos años, se contentaba con limitarse hasta el nivel escolástico. Para más detalles, véase Steiger, G. y Fläschendräger, W. *Magister und scholaren, profressoren und studenten*. Leipzig, Geschichte der Universitäten in Überblick, 1981, pp. 12 y ss. Julián Marías. “La razón en la historia”. En: *Revista de historia de la psicología*, Vol. 18, Nº 1-2, Departamento de Psicología Básica de la Universidad de Valencia, Valencia, 1997, pp. 9-18. Felipe Fernández-Armesto. *Historia de la verdad y una guía para perplejos*. Herder, Barcelona, 1999. Arthur Lovejoy: *Essays in the history of ideas*. John Hopkins Press, Baltimore, 1965.

⁴³ Merello Arecco, Ítalo. ... *La interpretación del derecho en los juristas romanos* ... p. 30.

⁴⁴ Viehweg, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Editorial Taurus, Madrid, 1963, p. 11.

⁴⁵ Massini, Carlos Ignacio. ... *La desintegración del pensar jurídico* ..., p. 21.

⁴⁶ Bobbio, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Ediciones Debate, Madrid, 1999, p. 153.

activismo interpretativo era la obligatoriedad de la norma⁴⁷. Este nuevo sistema normativo, que al fin y al cabo fue interpolación del sistema empírico romano, construía una férrea línea divisoria entre lo "legal e ilegal" al momento de echarle mano a cualquier procedimiento del naciente sistema lógico-deductivo. Así, nacerá el denominado sistema de normas de Derecho público, cuyas características hasta nuestros días son:

- *Es unitario*, se compone de una miríada de actos estatales, supra estatales o paraestatales de naturaleza normativa (*Vgr.* Constituciones, leyes, reglamentos, actos administrativos, etc.). Es lo que Bobbio bautiza como *normatividad complejizada*⁴⁸, es producto del mismo hecho de la urgente necesidad que tiene toda una sociedad de regularse. La Dogmática jurídica se encargará de perfilar la idea de sistema normativo como un todo, más que apuntar hacia la equiparación con la ley.
- *Es coherente*, pues todo el componente normativo no está dictado para regular hechos aislados o aisladamente considerados (casuística). Todo este compendio de reglas se somete a principios de *ordenación superior*, que le ubica un orden –temporal y material– de aplicación específico. En pocas palabras, todo sistema normativo se caracteriza por su congruencia, donde cada una de sus partes trabajan armónicamente para mantener y cumplir las funciones del todo⁴⁹.
- *Es integral*, quizá como consecuencia de la nota anterior, todo sistema jurídico se encuentra plenamente integrado, y se entiende por integridad la *propiedad por la cual un ordenamiento posee una norma para regular cada caso*⁵⁰. Cuando la ausencia de una norma específica se hace evidente, aparecen las lagunas legales e inclusive, las recientemente aceptadas lagunas constitucionales (normativa o axiológica)⁵¹. Un sistema jurídico con una arquitectura funcional no puede permitir la existencia de aquéllas. Las técnicas (*vgr.* exégesis, sistematismo, etc.) del poder hermenéutico se encargarán de resolver el escollo. La integridad conlleva a tener muy en claro que siempre se encontrará una norma para regular cada caso, o bien, la posibilidad de normas contradictorias entre sí, porque de existir estas fallas, corresponderá al juez la corrección de las antinomias.

Este normativismo jurídico, en su estadio primitivo, será a juicio de García-Pelayo un Estado legal de Derecho⁵². El dogma de Rousseau sobre la ley como expresión y voluntad suprema general era suficiente para terminar por encerrar al juez en una especie de apéndice de esa ley⁵³. La ley era concebida como el único instrumento –perfecta, infalible, omnipoten-

⁴⁷ Massini, Carlos Ignacio. ... *La desintegración del pensar jurídico* ..., p. 31.

⁴⁸ Bobbio, Norberto. ... *Teoría general del Derecho* ... p. 166.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Bobbio, Norberto: ... *Teoría general del Derecho* ... p. 221.

⁵¹ Al respecto, véase Cisneros Farías, Germán. "Antinomias y lagunas constitucionales". En: *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, N° 8, Universidad Autónoma de México, México, 2003, pp. 12-36. Núñez Leiva, José Ignacio. "Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)". En: *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 2, 2012, Universidad de Talca, Talca, pp. 511-532. Bulygin, Eugenio. "Algunas reflexiones sobre lagunas y antinomias en Principia iuris". En: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 31, Universidad de Murcia, Murcia, 2008, pp. 227-232. Guastini, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

⁵² Véase García-Pelayo, Manuel. *Estado legal y Estado constitucional de Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 17-56.

⁵³ "(...) *Los jueces subordinados –escribe Hobbes– deben tener en cuenta la razón que motivó a su soberano a instruir la ley; a la cual tiene que conformar su sentencia. Sólo entonces es la sentencia de su soberano; de otro modo, es la suya propia, y una sentencia injusta, en efecto (...)*" Thomas Hobbes: *Leviathán*. Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1976, p. 26.

te e inagotable— de garantía contra los jueces independientes⁵⁴. En el siglo XIX, el liberalismo y el constitucionalismo, apunta Fernández-Segado⁵⁵, colocarán una gran fe en la ley, maximizándola hasta oponerse o sospechar de cualquier control judicial sobre ella. Las grandes codificaciones agravarán el anclaje protectorio normativo, que bajo un racionalismo exagerado justificó la ingenua creencia de poder abolir la historia con la sola derogación de cualquier estatuto⁵⁶. Internamente la ley moderna definía un orden abstracto de justicia, con pretensión de estabilidad y permanencia, sobre el cual las personas podían planificar sus vidas con seguridad y certidumbre ante el futuro; si y solo si, conocieran de antemano el límite de su libertad protegido paradójicamente por la ley donde también se hallaba el alcance exacto de la sumisión al Poder Público⁵⁷.

* El *afinalismo* como garantía antisequestro de los proyectos históricos.

Sabiendo de antemano que la primera garantía del Derecho moderno de pensamiento crítico/lineal sería el normativismo, también se elucidaron las arras contra los proyectos históricos que batallaban por imponer su visión del Derecho. Como bien lo expone Massini, el mundo premoderno era un universo preordenado, orientado siempre hacia un fin específico⁵⁸. El Derecho moderno comienza por negar cualquier principio de finalidad, algo que para el orbe aristotélico-tradicional podría haber sido considerado un disparate⁵⁹. El Derecho del pensamiento moderno será reducido al mundo de las causas eficientes sin consideraciones éticas. La Justicia y el Bien Común terminarán por adjetivarse en puros planos de practicidad garantísticas? del propio sistema.

Villey explicará la teleologización del Derecho en sí mismo. Las leyes serán los fines en ellas mismas sin invocar los valores o fines específicos de la moralidad⁶⁰. La pérdida de la brújula finalística dará nacimiento al formalismo jurídico, que vaciará de contenidos cualquier expresión de normatividad. Con el formalismo jurídico erigido como escuela, la ética y cualquier otra alusión valórica será vista como un elemento externo que en nada contribuyen a la formación del raciocinio del Derecho. La Dogmática jurídica sólo le importará analizar

⁵⁴ Exponía Portalis el siguiente párrafo del más agresivo normativismo vivenciado desde entonces: “(...) *El poder representa toda la potencia humana. La ley crea, conserva, cambia, modifica, perfecciona; destruye lo que existe y crea lo que aún no existe. La cabeza de un gran legislador es una especie de Olimpo, de donde parten vastas ideas, concepciones felices que presiden la felicidad de los hombres y el destino de los imperios (...)*”. La cita fue extraída de la obra de Muñoz-Flint, Alfredo. *Evolución de la interpretación jurídica*. Talleres Gráficos Simiente, Santiago de Chile, 1944, p. 39.

⁵⁵ Fernández-Segado, Francisco. “Evolución histórica y modelos de control de Constitucionalidad”. *Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (Domingo García Belaúnde, ed.). Editorial Dykinson, Madrid, 1997, 46.

⁵⁶ Merryman, John. *Sistemas legales en América Latina y Europa. Tradición y modernidad*. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 62.

⁵⁷ García de Enterría, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid, Editorial Civitas, 1999, p. 50.

⁵⁸ Massini, Carlos Ignacio. ... *La desintegración del pensar jurídico ...*, p. 37.

⁵⁹ Aristóteles en su *Ética* a Nicómaco, por ejemplo, afirmará que toda actividad humana tiene una teleología, encaminada hacia un bien [Libro I: 1094b. 20]. Además, la finalidad no es unívoca sino que aceptará de plano una multiplicidad de fines [Libro I: 1095a. 5] [Libro II: 1105a. 10, 15]. Véase también, Salvador Rus Rufino y Joaquín Meabe: *Justicia, Derecho y Fuerza*. Editorial Tecnos, Madrid, 2001. Aquinatis (Santo Tomás de Aquino) retomará esta idea al explicar el tema del “lo justo animado” en *Summa Theologica*, Q.58, 5.

⁶⁰ Villey, Michel. *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*. Editorial Gherzi, Buenos Aires, 1978, p. 68

las leyes positivas desde el plano gramatical (estipulación lingüística), lógico, sistemático, etc. En definitiva, para la modernidad, la ley y la obligación jurídica se pueden cumplir, pero es posible cumplirlas por motivos no éticos y hasta por la fuerza, pues es irrelevante para este Derecho, el motivo o la causa por el cual realiza y se ordena la conducta jurídica⁶¹.

* La preeminencia del concepto liberal del individuo y la propiedad en el término *sujeto de Derecho-Ciudadano-Administrado*.

Al vaciarse el Derecho moderno de todo tipo de finalismos, se garantizó políticamente que ningún otro modelo conceptual pudiera establecer colonización o apropiarse del pensamiento jurídico. Sin embargo, avanzado el siglo XVIII, el liberalismo⁶² se yergue con el trofeo de ser el proyecto histórico por excelencia de la modernidad sobre la cual establecerá una falsa tautología que todavía persiste en nuestra época al considerar que la modernidad es liberal y viceversa.

⁶¹ Maciá Mansó, Ramón. *Doctrinas modernas iusfilosóficas*. Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 99.

⁶² Con la facilidad de adaptación en los lugares donde penetraba, el liberalismo llegó a presentar modificaciones en su primigenia concepción. Para unas y otras formas, lo primordial será la libertad económica, para otras, la libertad política o social. Esta diversidad ha traído el escollo de cómo periodizar la historicidad de las ideas sobre la libertad de la manera más natural y no crear divisiones artificiales que impidan un estudio pormenorizado del asunto. El criterio más empleado para el estudio histórico es la típica división por siglos. De esta forma, cuando se habla de liberalismo es importante diferencial a cuál modelo liberal responde, por cuanto sólo existen tres modelos liberales hasta ahora vivenciados. Estos son: A) El primero, es el liberalismo prototípico o también llamado “clásico”. El liberalismo clásico es patrimonio exclusivo de los economistas políticos ingleses Smith, Bentham y Hume. Marca sus pautas en la segunda mitad del siglo XVIII y el naciente XIX, alimentando los procesos revolucionarios del momento. B) El segundo, es el liberalismo manchesteriano o también llamado “ultraliberalismo decimonónico”. El liberalismo como doctrina progresista se vacía poco a poco de sustancia, pasando de la vanguardia a ser un mero sueño estacionario y detenido. Pierde su talante innovador para acomodarse y dar paso al liberalismo conservador, donde el modelo de hombre burgués impone el ritmo. La libertad pasa a transformarse en un axioma formal, alejada de la práctica cuando los intereses de la pujante sociedad burguesa no comulgaban con un ideario liberal más allá del comercio, la industria y la religión. El ultraliberalismo impone la tesis de esa localidad inglesa conocida como el *laissez-faire, laissez-passez*. C) El Tercero, el relanzamiento liberal de finales del siglo XX, mejor conocido como “neoliberalismo”. Se ensayan nuevas teorías económicas, y el liberalismo para no desaparecer, degradan su antiguo espíritu individualista por uno más social. Este revestimiento dará pie al nacimiento de un liberalismo social, que justificaba la interferencia del Estado en los asuntos particulares. Así, bajo un tono más comunitario, irrumpen en la vida pública hombres como Thomas Hill Green y Keynes con el fin de salvar lo que queda del liberalismo. Fundan las bases del nuevo Estado del Bienestar que reconstruirá a Europa y fortalecerá a los Estados Unidos. De esta forma, nacerá el neoliberalismo del siglo XX, cuyos máximos expositores serán los economistas Von Hayek y Milton Friedman. El neoliberalismo, como apunta Castillo Vegas, Juan Luis: “El neoliberalismo y las transformaciones del Estado y del Derecho en la sociedad global”. En: *Revista Tachireense de Derecho*, N° 14, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2002, p. 15; no son sólo unas doctrinas económicas con un respaldo teórico sino que se ha traducido en políticas concretas. Mucho menos, es Consenso de Washington que como un Caballo de Troya, acuñará fórmulas jurídicas para vaciarles los bolsillos a media humanidad. Esas políticas concretas, vislumbradas con mayor fortaleza desde la crisis petrolera de 1973 y la implantación de los gobiernos conservadores de Thatcher (1979-1990) y Reagan (1981-1989), han marcado una influencia que terminará por establecer los destinos del Derecho, la ética, la historia y toda cultura para los próximos 20 años. Para más detalles, véase Emilio J. Urbina Mendoza. “El neoliberalismo, filosofía liberal y derecho del siglo XXI”. Fernando Parra Aranguren (Edit.). *Filosofía del Derecho y otros temas afines. Homenaje a Juan Bautista Fuenmayor Rivera*. Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pp. 533-566.

Este error será introducido al Derecho con el otorgamiento inusitado del protagonismo de la persona (antropocentrismo jurídico), hasta el punto que reafirmar el valor de ese individuo es que puede hablarse de Derecho⁶³.

3. *La influencia del pensamiento cuántico sobre la esencia de la Dogmática jurídica y el Derecho Público*

Como pudimos constatar en las páginas precedentes, el discurso jurídico moderno es de pensamiento crítico/lineal. Este sistema pronto adquirirá relevancia global luego de 1945, cuando se instaura como convicción valórica occidental un Derecho público protectorio de derechos fundamentales. Las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial y las desviaciones generadas por el concepto de *endgültige lösung*⁶⁴, acuñado por juristas nacionalsocialistas (que cobraría más de 6 millones de víctimas) será un gatillador universal para inmutar al pensamiento jurídico de cualquier tentativa de reedición de esta lóbrega experiencia⁶⁵.

El mundo que se expande luego de 1945 hasta 1975⁶⁶ será una experiencia de consolidación de una clase media emergente global. Una sociedad que reclama igualdad formal ante las oportunidades que brinda las políticas públicas para reorganizar y expandir tanto el capital como la capacidad organizativa empresarial, necesita de una progresiva evolución del Derecho. El desarrollo y estabilidad de postguerra concretará posteriormente principios de evolución y garantía económica para las innovaciones⁶⁷, en la cual, todo bien tiene una vida útil hasta llegar el momento en que se hace disfuncional, anacrónico y costosamente difícil de sostener.

⁶³ Massini, Carlos Ignacio. ... *La desintegración del pensar jurídico* ..., p. 43.

⁶⁴ Sobre el concepto, véase Müller, Ingo: *Los juristas del horror. La "justicia" de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás* (Trad. Carlos Armando Figueredo). Editorial Actum, Caracas, 2006, pp. 89-105. También, véase Rütters, Bernd: *Derecho degenerado: teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2016.

⁶⁵ Existe un trabajo de Friedrich Schaffstein: *Politische Strafrechtswissenschaft. Der deutsche Staat der Gegenwart*. Heft 4 Broschiert. Hamburgo, Hans Latische Verlag Sanstalt1, 1934, p. 26, en el cual abiertamente pregonaba como lección básica de cualquier Facultad de Derecho alemana, la literal "extirpación de todo vestigio de la ilustración jurídica y el concepto de derechos humanos". "(...) *Fast alle Prinzipien, konzepte und unterscheidungen unseres Gesetzes tragen bisher den stempel des Geistes der Aufklärung und müssen daher auf der grundlage einer neuen art von gedanken und Erfahrungen umgestaltet werden* (...)".

⁶⁶ Este lapso será conocido en la historia occidental como los "Treinta Gloriosos", en razón del término acuñado en la obra de Fourastié, Jean: *Les Treinte Glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*. Fayard, París, 1979. Será la etapa que coincidirá con la expansión del Derecho público, más específicamente, del administrativo, al contemplar las funciones de gestión y los servicios públicos de un Estado de procura existencial (Welfare state, Dasainvorsorge, estado del bienestar) en expansión sostenida. Véase Wolfgang Abendroth. *El estado social*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1986. Ricardo García Cotarelo. *Del estado del bienestar al Estado del malestar (La crisis del estado social y el problema de legitimidad)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1986.

⁶⁷ Véase Echeverri Salazar, Verónica María y Ospina Gómez, Julián E.: "Obsolescencia programada y derechos del consumidor". *Congreso Internacional de Derecho Civil - Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca* (Eugenio Llamas Pombo, Coord.). Salamanca, Universidad de Salamanca, 2018, pp. 179-192. También, véase Angulo Garzaro, Amaya: "La obsolescencia programada y el derecho de la competencia: ¿una conducta anticompetitiva perseguible por la autoridad de competencia? En: *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, N° 51, Aranzadi-Thomson-Reuters, Madrid, 2019.

La evolución y revolución tecnológica que se vivenció desde los años 90 del siglo XX, comenzaría a sentar las bases para la cuarta revolución industrial, que como indicamos al citar a Klaus Schwab en los preliminares de este artículo, es la fase necesaria de transformaciones del paradigma *post-industrial* hacia el *transindustrial* donde inclusive, el ser humano puede considerarse obsoleto. Un paradigma es una forma básica donde se percibe, piensa, valora y asocia una visión particular de la realidad, proyectada hacia comportamientos sociales. En nuestro caso, la sociedad postindustrial acuñada por Alain Touraine llega a su fin con la pérdida de importancia de conceptos como informática, telecomunicaciones, banca electrónica y otras tantas manifestaciones que hicieron de nuestro mundo post muro de Berlín una realidad.

El paradigma *transindustrial* implica, como ya se venía advirtiendo desde 1977⁶⁸, una distopía clara de la pérdida de importancia del factor humano en los procesos económicos⁶⁹, sociales⁷⁰, políticos⁷¹ y culturales⁷², que irremediablemente desembocará sobre el pensamiento jurídico⁷³. Es allí donde aparecen como referentes fundamentales en la construcción de lo que es el mundo que se aceleró tras el COVID-19, la IA, el algoritmo, la robótica y todo aquello que implique métodos independientes de la intervención humana. En términos del Banco Interamericano para el Desarrollo (BID)⁷⁴, se conoce como “*coboti-*

⁶⁸ Véase Harman, Willis W. “Toward a Trans-industrial Society”. En: *Investigación administrativa*, N° 27, Instituto Politécnico Nacional - Secretaría de Educación Pública, México, 1977, pp. 50-53. Puede accederse en línea: <https://www.ipn.mx/assets/files/investigacion-administrativa/docs/revistas/27/ART6.pdf>

⁶⁹ Véase Navas Navarro, Susan. “Obras generadas por algoritmos. En torno a su posible protección jurídica”. En: *Revista de Derecho civil*, Vol. 2, N° 2 (abril-junio 2018), Notyreg Hispania SL, Madrid, pp. 273-291. Corvalán, Juan Gustavo. “El impacto de la Inteligencia Artificial en el trabajo”. En: *Revista de Direito Econômico Socioambiental*, Vol. 10, N° 1, enero/abril 2019, Curitiba, pp. 35-51.

⁷⁰ Véase Lean Lau, Pin. “Dossier sobre la inteligencia artificial, robótica e internet de las cosas”. En: *Revista de Bioética y Derecho*, N° 46, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2019, pp. 47-66.

⁷¹ Véase López, María. “La falsa promesa del Big Data y la tecnología”. En: *Telos, Cuaderno Central: Las humanidades en un mundo Stem*, N° 112, Fundación Telefónica, diciembre de 2019, Madrid, pp. 87-91. Capdeferro Villagrasa, Oscar. “La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial”. En: *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, N° 30, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, marzo 2020, pp. 1-14.

⁷² Véase Fernández Agis, Domingo. “Humanismo, posthumanismo e identidad humana”. En: *Ius et Scientia. Revista Electrónica de Derecho y Ciencia*, Vol. 4, N° 1, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018, pp. 1-18. Cárcar Benito, Jesús Esteban. “El transhumanismo y los implantes cerebrales basados en las tecnologías de inteligencia artificial: sus perímetros neuroéticos y jurídicos”. En: *Ius et Scientia. Revista Electrónica de Derecho y Ciencia*, Vol. 5, N° 1, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2019, pp. 157-189.

⁷³ Véase Cáceres, Enrique. “Inteligencia artificial, Derecho y e-justice”, En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 116, mayo-agosto 2006, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, pp. 593-611. Martínez García, Jesús Ignacio. “Derecho inteligente - Smart Law”, En: *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, N° 37, Universidad de Valencia, Valencia, 2018, pp. 95-114. Cabrera, Romina Florencia. “Inteligencia artificial y su impacto en la justicia”. En: *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho informático*. N° 5, FIADI-Ratio legis, Madrid, 2018, pp. 85-95.

⁷⁴ Estevadeordal, Antoni y Beliz, Gustavo (Dir.). *Algoritmolandia. Inteligencia Artificial para una integración predictiva e inclusiva de América Latina*. BID - Editorial Planeta, Buenos Aires, 2018, 181 pp. Este trabajo recoge un total de 34 ensayos sobre diferentes temáticas de la IA. Puede consultarse en: <https://publications.iadb.org/es/revista-integracion-comercio-ano-22-no-44-julio-2018-algoritmolandia-inteligencia-artificial-para#:~:text=A%C3%B1o%2022%3A%20No.-44%3A%20>

zación”, donde la IA termina apalancando los cambios de nuestras sociedades –especialmente la latinoamericana– con la esperanza de erradicar definitivamente la pobreza y la desigualdad.

La sociedad transindustrial llega en 2020, en una innegable baliza aceleradora como es el COVID-19, terrible pandemia que según la OMS, actualmente para la fecha de cierre de estas líneas, se aproxima planetariamente a 20 millones de infectados y unos 740.000 fallecidos por dicho virus⁷⁵. El miedo natural al contagio ante una enfermedad de la que poco se conoce y no se posee una vacuna definitiva, si bien a principios de marzo 2020 paralizó a la sociedad global, ésta le ha hecho frente, estableciendo nuevos protocolos económicos y de interacción. Uno de estos frentes es la potencia en los usos de algoritmos y la exponencial utilización de tecnologías en planos de virtualización. Por ello, la misma temática eje del presente número de la revista, es muestra clara de las preocupaciones por este nuevo mundo.

Lo cuántico explicado de forma singular desde el campo de la física –lo cual no está exento de problemas para su exposición⁷⁶– implica la concepción de un mundo microscópico, a nivel atómico que se rigen por leyes peculiares, fractalizadas, que difieren mucho de nuestra manera de organizar y cimentar el Derecho público, éste último, construido por las grandes *summas iuridicae*, concentrada en la dogmática jurídica moderna. El pensamiento cuántico implica trasladar ese mundo de pequeñas e infinitas interacciones⁷⁷, ocurridas a gran velocidad, hacia la manera de ver el mundo y comprenderlo, incluyendo, nuestras teorizaciones sociales donde se integra el Derecho público.

De esta manera, el término cuántico es contradictorio del pensamiento jurídico moderno por antonomasia. Nuestra ciencia se concentra en grandes dogmas que se ubican como cimientos del pensar jurídico, creando los macro-sistemas (*civil law* y *common law*) que han marcado el compás del mundo del Derecho público que conocemos. No es que desaparezca con lo cuántico el Derecho. El Derecho no puede diluirse. Lo que realmente ocurre en este tiempo de pandemia, es el abandono de un paradigma crítico/lineal por el cuántico, que como lo explicamos, no es que echemos a la caneca histórica el Derecho moderno, sino que éste último usa como plataforma de despegue esos conceptos modernos para evolucionar hacia lo cuántico.

III. EL DERECHO PÚBLICO DEL ALGORITMO

Las peculiaridades del pensamiento cuántico nos conducen a la verificación de la posible creación del “Derecho público del algoritmo”. Antes de adentrarnos en las peculiaridades del algoritmo, queremos hacer gráfico los cuatro últimos hechos en el plano jurídico que nos

20Julio%2C%202018%3A%20Algoritmolandia%3A%20inteligencia%20artificial%20para%20un a,e%20inclusiva%20de%20Am%C3%A9rica%20Latina&text=La%20inteligencia%20artificial%20C%20guiada%20por,inclusiva%20para%20todos%20los%20latinoamericanos.

⁷⁵ Véase <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>.

⁷⁶ Véase González, Sonia Beatriz y Escudero, Consuelo. “La enseñanza de conceptos básicos de Física Cuántica para un aprendizaje significativo del Modelo Atómico Actual”, En: *Revista de Enseñanza de la Física*, Vol. 28, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016, pp. 335-342

⁷⁷ Para más detalles, véase Alexander Wolf. Was sind Quanten? Frankfurt am Main, Max-Planck Institut Für dynamik und selbstorganisation, 2007. <https://www.ds.mpg.de/203044/07> [Consulta: 11 de agosto de 2009]. Para más detalles, véase Emmanuel Haven y Andrei Khrennikov. *Quantum social science*. Cambridge, Cambridge University Press, 2013. También, Josef Honerkamp. *Die Vorsokratiker und die moderne Physik. Vom Wesen un Werden einer strengen Wissenschaft*. Berlin-Heidelberg, Springer Berlin Heidelberg, 2020.

introducen en el apotegma del Derecho pensado de forma cuántica, y que a su vez, refleja el poder del algoritmo, inclusive, sobre el legislador o constituyente. En efecto, la pandemia aceleró la necesidad de ventilar toda la actividad jurídica y judicial vía virtualización, pues, como bien han expresado en los *webinars*, la justicia no se somete a confinamiento⁷⁸. Ante las graves consecuencias de las medidas de anticipación, muchas de ellas que rayan en patologías del estado de policía, se apela a los elementos materiales del pensar cuántico, uno de ellos, la IA.

Debemos de antemano indicar que no se puede moralizar sobre el tema de la presencia de la IA. Hacerlo implicaría tomar partido bajo un esquema tuciorista de la realidad actual pensada de forma crítico/lineal. De ser así estaríamos ingresando en lo más recóndito de lo que se llama “reaccionarismo” que no pocos capítulos oscuros ha escrito para la historia del Derecho público. Es menester aplicar una metodología totalmente descriptiva para verificar exactamente cómo opera, cuáles son sus nódulos sensibles, cuál es la capacidad de manipulación algorítmica, si es maleable por discursos históricos no democráticos, etc. He allí el reto del cual estamos obligados a detenernos en este salto cualitativo, que como bien lo indica el informe del Proyecto Prometea IA, no debe asociarse la IA con la “(...) *desvinculación de personal, sino a una reconversión de tareas del personal calificado (...)*”⁷⁹. En fin, del Informe interpretamos que estas novedades de la IA no pueden enfocarse “prejuiciosamente” como amenazas al ser humano o a las bases mismas del Derecho público moderno.

Ante los desafíos que le atañe al Derecho público y la IA, cuatro procesos ocurridos durante estos meses del COVID-19, en diferentes latitudes, han impulsado la necesaria verificación del futurable horizonte temporal donde exista un Derecho público del algoritmo. Veamos:

* China aprueba una ley de seguridad nacional para el control de Hong Kong, la cual, tiene alto componente de conformación por IA⁸⁰.

* Rusia aprueba el uso de la IA para el control del COVID-19⁸¹.

⁷⁸ En el caso venezolano, véase Brewer-Carías, Allan R. y Romero-Muci, Humberto (Coord.). *Estudios jurídicos sobre la pandemia del COVID-19 y el Decreto de Estado de alarma en Venezuela*. Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2020.

⁷⁹ Estévez, Elsa, Linares Lejarraga, Sebastián y Fillottrani, Pablo. *Prometea. Transformando la Administración de Justicia con herramientas de Inteligencia Artificial*. Ediciones del Banco Interamericano para el Desarrollo (BID), Washington DC., 2020, pp. 11.

⁸⁰ Se confesó que el proyecto de ley fue creado por la IA del gobierno chino. La selección y confección de los artículos fueron sugeridos en base a la big data que se tiene de los habitantes de Hong Kong, es decir, lenguaje cuántico. La IA establece, mediante los datos de todos aquellos que escriben supuestamente “libremente” en twitter, instagram, facebook y la web, el porcentaje de probabilidades no esquemáticas de conceptos como traición, sedición, subversión, y otros tantos, los cuales, a través de complejos algoritmos le entregan la respuesta al régimen chino sobre cómo debería ser una ley tocando las creencias y concepciones de la propia población, que las manifiesta en las redes sociales. Para más detalles, véase el video editado por Bernhard Zand y Leonie Voss. “Sicherheitsgesetz für Hongkong Jetzt überlegt sich jeder Bürger zwei Mal, was er sagt”, Difundido en: *Der Spiegel politik*, editado el 1 de julio de 2020, Hamburgo, <https://www.spiegel.de/politik/ausland/sicherheitsgesetz-fuer-hongkong-das-ist-ein-historischer-tag-a-c4e55aa3-938c-4fa7-948d-ea7af94e1b06>

⁸¹ Moscú será el lugar piloto donde a través de nanocontrol, podrá revisarse a la población para el tema del COVID-19. El detalle está en que las formas para controlar se tomaron de la big data de opiniones de los propios ciudadanos rusos, que han manifestado sobre el COVID-19. Quien lleva

* Nueva Zelanda desarrolla el plan piloto de redacción de sus leyes por la IA, cuyos primeros resultados aparecieron en el informe “*Better rules for Government Discovery Report*”⁸², preparado por el *Service innovation Lab (Labplus)*⁸³.

* La Unión Europea desempolva el *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*⁸⁴.

adelante este programa es Yandex (la google rusa), con financiamiento de la banca rusa y fundamentada en la *Ley de Inteligencia Artificial* rusa aprobada en febrero de 2020. Para más detalles, véase Gerit Schulze. “Russland setzt künstliche Intelligenz gegen Coronavirus ein. Die Coronakrise beschleunigt die Nutzung von künstlicher Intelligenz (KI) in Russland. Erste Anwendungen zur Bekämpfung der Pandemie kommen auf den Markt”: En: *German Trade & Invest*, Berlín, 29 de abril de 2020, Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland für Außenwirtschaft und Standortmarketing. <https://www.gtai.de/gtai-de/trade/branchen/branchenbericht/russland/russland-setzt-kuenstliche-intelligenz-gegen-coronavirus-ein-241958> [Consulta: 15 de mayo de 2020].

⁸² Véase Service Innovation Lab (Labplus). *Better rules for Government Report*. Wellington, marzo de 2018. El informe puede consultarse en la página web del gobierno digital de Nueva Zelanda <https://www.digital.govt.nz/dmsdocument/95-better-rules-for-government-discovery-report/html> [Consulta: 19 de febrero de 2019]. Queremos resaltar lo expresado en el informe sobre la creación legislativa por IA, que se refleja en la página 26 así: “(...) **Value of machine consumable legislation.**

- Making legislation or business rules machine consumable at the creation of rulesets would enable:
 - enable faster implementation of policy
 - enable policies to be modelled through scenario and user testing before they are implemented
 - remove the “translation gap” that currently exists between policy and legislative intent, and the software that is developed to support service delivery
 - lead to greater innovation and service integration as it would make machine consumable versions of legislation openly available for public use
 - focus attention on the need for policy and legislation to be developed with knowledge of the service delivery method and through multi-disciplinary teams, and the value of common data points across government
 - programmatic subscription to rule changes so software systems can be automatically notified.
 - Sometimes the calculations determined for subsidies are highly complex to reflect the complexity of differing costs of living and circumstances. The power of digital legislation is not to simplify and thus remove this nuanced response to complexity, but rather to clarify, and make the implementation more streamlined and consistent. It also enables a more agile approach to modelling or testing and iteration (...)” (Negrillas originales del texto). Este desafío nos lleva al polémico campo de los derechos de autor para la IA. Véase Tim Schweisfurth y René Chester Goduscheit: “¿Por qué la creatividad es el campo de batalla definitivo entre la inteligencia artificial y la humana”. En: *BBC News Mundo*, Londres, edición del 10 de febrero de 2020. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-51414294> [Consulta: 10 de febrero de 2020].

⁸³ Véase Darabi, Anoush. “Nueva Zelanda explora leyes legibles por máquinas para transformar el gobierno”. En: *Apolitical*, Londres, edición del 11 de mayo de 2018. https://apolitical.co/es/solution_article/nueva-zelanda-explora-leyes-legibles-por-maquina-para-transformar-el-gobierno [Consulta: 10 de febrero de 2020].

⁸⁴ Puede consultarse en el presente enlace: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf [Consulta: 10 de febrero de 2020]. La Comisión Europea aprobó en febrero de este año (COM 2020 65/final, de fecha 19-20-2020) el llamado *Libro Blanco. Sobre la inteligencia artificial - Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. En dicho informe, la UE vuelve a manifestar las bondades de la IA, las cuales, son innegables. Pero, nos ha sorprendido que no establezca premisas para una reconfiguración del pen-

Todos estos hitos, y otros más que van apareciendo en diferentes países y escalas supranacionales, no sólo generan paradójicas visiones de entusiasmo/estupor, sino que pasan hasta desapercibidas por el *establichment* del profesorado jurídico. Esta nueva realidad termina tensando los profundos cimientos del pensamiento jurídico del sistema global actual, sea cual sea las familias del Derecho (*Civil law* y *Common law*); todos, contruidos bajo el paradigma del pensamiento crítico/lineal tanto de la primera⁸⁵ como la segunda modernidad⁸⁶. El reto estriba entonces en la capacidad de este pensamiento moderno –con sus características ya expuestas en las líneas precedentes– si podrá explicitar y exponer las expresiones de las instituciones pioneras del pensamiento cuántico, que son: *la IA, la robótica y la etnogénesis*.

samiento jurídico para que afronte las regulaciones necesarias en el futuro de la IA, no vista ésta como un enemigo al cual destruir, sino, como una realidad ya instalada.

⁸⁵ La llamada *primera modernidad*, o también entendida como *modernidad clásica*, es aquella que la filosofía circunscribe como expresión del pensamiento acabado en los “philosophies” (S. XVIII), quienes entendían al nuevo tiempo como obra específica de la razón instrumental aplicada al ámbito económico, la fe ciega en la idea de progreso, la técnica y la ciencia; así como también, la consagración final de la autonomía del individuo para la autoconfección del plan de vida existencial. Etimológicamente «*modernus*» ha significado en sus orígenes, según el *Thesaurus Lingua Latinae*, como “(...) *qui nunc, nostro tempore est novellus, praesentaneus* (...)” Leipzig, Tübnner, Vol. VIII, 1966. En la primera modernidad, con predicado de jurídica, tendrá su más acabada expresión las teorías contractualistas en todos los órdenes. En un mundo moderno clásico, las condiciones de justicia entre sujetos autónomos no era el ideal, sino, el de autolimitación de libertades individuales, preferentemente, las de contenido patrimonial. Será el anclaje perfecto de seguridad jurídica, como sostuvo Hobbes (*Tratado sobre el ciudadano*. Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 54). También, véase Vergara, Fernando. *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*. Editorial Alianza, Madrid, 1999. Harold Laski. *El liberalismo europeo*. Fondo de Cultura Económica, México, 1961.

⁸⁶ La *segunda modernidad*, o también denominadas bajo disímiles motes conocidos como *postmodernidad*, *modernidad tardía*, *sobremodernidad* y *modernidad reflexiva*, surge a mediados de la década de 1970, cuando las escuelas contemporáneas del pensamiento europeo inician la formulación de reparos al proyecto moderno ilustrado, imputándole a este último, su incapacidad manifiesta para solucionar algunos problemas troncales que había prometido erradicar (*Vgr.* pobreza, déficit democrático, autoritarismo, esclavitud, etc.) y de otros surgidos con la sociedad postindustrial (contaminación ambiental, exacerbación del miedo hacia el futuro, la especulación desmesurada del capital financiero, etc.); sin contar, evidentemente, con su activismo militante para socavar las tradiciones e imponer una cultura individualista, reduccionista e instrumental de corte liberal. Para más detalles véase Fernández Vidal, Fernando. “Las transiciones sociales de la segunda modernidad”, En: *Miscelánea Comillas*, N° 61, 2003, Pontificia Universidad de Comillas, Madrid, pp. 585-609. En la actualidad los círculos académicos debaten sobre una supuesta finalización de la era moderna, los cuales, se aglutinan entre quienes prefieren usar el término “postmodernidad”, Véase Lyotard, Jean C. *La condición posmoderna*. Madrid, Editorial Cátedra, 1984. Gianni Vattimo. *El fin de la modernidad: nihilismo y hermenéutica de la cultura postmoderna*. Barcelona, Editorial Gedisa, 1997. Para otros sectores del pensamiento la modernidad no se ha extinguido, al contrario, consideran que la misma se ha actualizado, se ha bifurcado en otras expresiones diferentes a su concepción original, llegando inclusive a considerarse que la misma es un proyecto todavía “inconcluso”. Para más detalles, véase Tourraine, Alain. *Crítica de la modernidad*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1994. Habermas, Jürgen. *The Philosophical Discourse of Modernity*. MIT Press, Cambridge, 1987, Anthony Giddens. *Consecuencias de la modernidad*. Madrid, Editorial Alianza, 1997. Stephen Toulmin. *Cosmópolis: el trasfondo de la modernidad*. Editorial Península, Barcelona, 2001. Inclusive, existen autores donde afirman que esta segunda oleada moderna no es más que una sobredimensión de la primera modernidad, singularizada por Augé, Marc. *Los no lugares: espacios para el anonimato: una antropología de la sobremodernidad*. Editorial Gedisa, Barcelona, 1995.

La incorporación de la física cuántica a nuestra vida diaria se puede observar en los láseres, la medicina nuclear magnética, el sistema GPS, los ordenadores cuánticos y la revolución del *Qubit*⁸⁷, éste último aunque suene paradójico, no sólo es el clásico *bit* computacional, sino que comparte también propiedades físicas que permitirán el incremento de la memoria y potencia de los nuevos ordenadores. Es la fusión entre la virtualidad y la realidad en un sólo espectro, cuyos goznes comunicantes es precisamente el algoritmo.

Al respecto sobre este tema –que nos introduce en la esencia misma de la sociedad transindustrial– el físico español José Ignacio Latorre⁸⁸ explica los pormenores sobre el mundo que ha venido concibiéndose y que tras el acelerador de la pandemia, podemos afirmar que lo que era futurible para finales de la década 2020-2030, han precipitado su presencia. Estos nuevos “pilares de progreso” como indica Latorre son:

* *La computación cuántica*: hacer ordenadores que trabajen directamente con leyes cuánticas.

* *La comunicación cuántica*: establecer criptografía y comunicación segura cuántica.

* *La simulación cuántica*: que permite indagar los nuevos materiales, las moléculas y otros escenarios que serían moralmente imposibles en el mundo físico, pues, implicaría experimentación con personas y animales.

* *Los sensores cuánticos*: lo que nos permitirá medir con muchísima precisión, desde sensores de movimiento, por ejemplo, controlar las vibraciones del ala de un avión, a medidas de campos magnéticos increíblemente pequeñas.

Este nuevo mundo también plantea retos éticos⁸⁹ que el Derecho público debe asimilarlo construir así no sólo un régimen jurídico para la regulación de la nueva era. Es necesario replantearnos las bases mismas de la Dogmática jurídica moderna que en este universo cuántico poco puede resolver.

Hasta el momento, quizá la primera y pionera formulación de una regulación sistemática universal –no estatal ni supranacional– sobre los desafíos éticos en la era transindustrial de

⁸⁷ Explica H.E. Caicedo-Ortiz. “Algoritmo de factorización para un computador cuántico”. En: *Latin-American Journal of Physics Education*, Vol. 4, Nº 2, Instituto Politécnico Nacional - Latin American Physics Education Network, México, 2010, pp. 352-356, lo siguiente: “(...) De forma similar a los dispositivos de cómputo convencionales, en los cuales la mínima unidad de información es el bit, en la teoría de la computación cuántica este elemento tiene su contraparte y se denomina bit cuántico ó qubit [5]. Aunque esta entidad se describe como un objeto matemático con ciertas propiedades específicas, tiene una realidad física tangible, la cual se representa a través de un sistema cuántico de dos estados, pero en el cual todo su tratamiento es enteramente abstracto, dando libertad de generar una teoría general de la computación e información que no depende del sistema físico que se emplee para su implementación (...)” p. 353.

⁸⁸ Irene Hernández Velasco: “El futuro será cuántico o no será”: preguntas para entender qué es la física cuántica y cómo afecta nuestras vidas” (Entrevista a José Ignacio Latorre). En: *BBC Mundo*, Londres, 1 de febrero de 2019. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-46833112> [Consulta: 1 de febrero de 2019].

⁸⁹ Señala Latorre sobre los cuatro retos éticos que deben discutirse y resolverse: 1. La trazabilidad de los programas ¿quién ha hecho los programas, algoritmos y procesos? ¿cuáles han sido los criterios para construirlos y cómo operan? ¿cuál proyecto histórico está detrás de la capacidad decisoria de las máquinas? 2.- ¿Podrá la IA definir su ética diferenciada de quien la programe? 3.- ¿Existirán conflictos éticos entre la diseñada por la IA y la consolidada en la historia humana? 4.- ¿Quién resolverá los conflictos entre la IA y los humanos?

dominio incuestionable de la IA, es la Declaración de Toronto de 2018⁹⁰. El documento si bien es fundamentalmente enfocado hacia la igualdad en el acceso al aprendizaje virtual e IA, también formula en su estructura la regulación estatal de estas tecnologías de cara al control ciudadano⁹¹ y el cuidado de los derechos fundamentales, así como, la debida diligencia del sector privado sobre dicha materia⁹².

A pesar de su difusión, sigue siendo una propuesta limitada donde no sólo debemos concentrarnos en la discriminación ante el acceso a la IA, sino en otros tópicos de sensibles implicaciones ético-jurídicos⁹³, como es la regulación previa del diseño algorítmico⁹⁴, su aplicación y los casos de opacidad evidente o vedada del algoritmo⁹⁵. Con ello no pretendemos bajo ningún esquema ni argumento, arropar con la Dogmática jurídica moderna, la que explicitamos en las líneas anteriores tanto en su ingeniería como arquitectura mecánica, este mundo cuántico que tiene una forma de pensar diametralmente opuesta.

1. Estructura del pensamiento cuántico y su impacto sobre el Derecho

Visto así los desafíos y patologías que asoman en este mundo cuántico, donde el algoritmo es el lenguaje que representa una nueva forma de plasmar el pensamiento cuántico, totalmente diferenciado del modelo crítico/lineal de la modernidad; para el Derecho público representa su más sensible desafío. Reto no en tanto porque la introducción de este razona-

⁹⁰ La *Declaración de Toronto de 2018 (The Toronto Declaration: Protecting the right to equality and non-discrimination in machine learning systems)*, es un documento elaborado por Amnistía Internacional, Acces Now y otras organizaciones no gubernamentales vinculadas estrechamente al mundo de la IA. Dicha proclama, si bien no tiene la fuerza de un tratado o declaración universal según el sistema de las Naciones Unidas, representa gráficamente la anticipación sobre cómo podrían ser los nuevos derechos humanos no sólo en los sistemas de aprendizaje automáticos, sino nuestra relación con el mundo cuántico. Para más detalles véase: Sherif Elsayed-Ali. “Nuevos principios de derechos humanos sobre inteligencia artificial”. En: Open global rights, <https://www.openglobalrights.org/new-human-rights-principles-on-artificial-intelligence/?lang=Spanish> [Consulta: 29 de septiembre de 2019].

⁹¹ “(...) 27. Machine learning systems are increasingly being deployed or implemented by public authorities in areas that are fundamental to the exercise and enjoyment of human rights, rule of law, due process, freedom of expression, criminal justice, healthcare, access to social welfare benefits, and housing. While this technology may offer benefits in such contexts, there may also be a high risk of discriminatory or other rights-harming outcomes. It is critical that states provide meaningful opportunities for effective remediation and redress of harms where they do occur. (...)” [*Declaración de Toronto*].

⁹² “(...) 44. There are three core steps to the process of human rights due diligence: i. Identify potential discriminatory outcomes, ii. Take effective action to prevent and mitigate discrimination and track responses, iii. Be transparent about efforts to identify, prevent and mitigate against discrimination in machine learning systems. (...)” [*Declaración de Toronto*].

⁹³ Al respecto, véase Michel Kearns y Aarón Roth. *The ethical algorithm. The Science of socially aware algorithm design*. Oxford, Oxford University Press, 2019.

⁹⁴ Véase Cotino Hueso, Lorenzo. “Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica”. En: *Revista catalana de dret públic*, N° 58, Generalitat de Catalunya - Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2019, pp. 29-48. Monasterio Astobiza, Aníbal. “Ética algorítmica: implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos”. En: *Dilemática*, N° 24, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) - Instituto de Filosofía, Madrid, 2017, pp. 185-217.

⁹⁵ Véase Medida Casado, Guadalupe. “El camino ético entre los algoritmos opacos”. *Derecho, inteligencia artificial y nuevos entornos digitales* (Álvaro A. Sánchez Bravo, ed.). Punto Rojo, Madrid, 2020, pp. 23-44.

miento implique el destierro de las teorías jurídicas iuspublicistas, sino porque las mismas serán inefectivas ante el lóbrego rostro que trae consigo cualquier elucidación humana donde existe un componente no humano que se autoregula y compite con sus creadores⁹⁶. En un mundo donde se precise que la IA posea una autonomía frente al ser humano, se elucidará también de forma autónoma, un razonamiento jurídico que difiera de la lógica humana. Por ello, tal como venimos señalando desde el principio, el salto cualitativo del pensar crítico/lineal al cuántico destierra toda forma de *summas iuridicae*.

Es imprescindible para entender este salto cualitativo, escrutar pormenorizadamente la base misma del pensamiento cuántico. Nuestro Derecho, más propiamente el Derecho moderno, es en esencia una variación escolástica del racionalismo del siglo XVII (creación del iusnaturalismo no religioso), donde lo correcto o incorrecto de una terminología jurídica estriba en apearse o no al sentido concreto que le otorgamos desde el sistema jurídico autorizador (*Vgr.* decisiones judiciales, leyes definitorias, doctrina jurídica autorizada, opiniones consensuadas). Por ejemplo, sabemos bien lo que significa una Constitución. El Derecho público del cual nosotros nos formamos, entiende que una Constitución sólo tiene un significado concreto, sea como norma suprema de un Estado o bien como carta política fundamental. Salirnos de ese significado implica que cualquier acto estatal bajo este concepto, es anti-jurídico, o bien, perteneciente al reino de la *arbitrariedad*, ésta última, el mal que debía erradicar el Derecho público apegado al sistema de los derechos humanos.

En el pensamiento cuántico operacionalizado en el algoritmo⁹⁷, al ser contrario a cualquier tentación de agruparlo en teorías generales y poseyendo un innegable multinivel esquemático⁹⁸; encontraría una oposición diametral a la esencia del razonar crítico/lineal donde existe un punto de partida, un desarrollo y unas *solutiones iuris*, ésta última, el desenlace presente en la mente del jurista⁹⁹. Así, al Derecho le interesa saber cómo se presenta esta forma de pensar y por qué los algoritmos están tomando posesión sobre las decisiones de los ciudadanos, escondidos en redes sociales, tecnologías informáticas, etc. Por ello debemos precisar de manera pedagógica cómo es su ropaje y estructura.

El *pensamiento cuántico* se identifica en cuatro características concurrentes y simultáneas:

⁹⁶ Véase Huergo Lora, Alejandro. “Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo”. *La regulación de los algoritmos* (Gustavo Manuel Díaz González (Coord.) y Alejandro José Huergo Lora, Dir.). Aranzadi-Thomson-Reuters, Madrid, 2020, pp. 23-85.

⁹⁷ Por algoritmo emplearemos la noción más elemental expuesta por Steiner, Christopher. *Automate this: How Algorithms came to Rule the World*. Penguin, New York, 2012, pp. 15-21, para quien el algoritmo es una “(...) lista de instrucciones que lleva directamente a un usuario a una respuesta o resultado particular dada la información disponible (...)”. Para Ricardo Peña Meri, es “(...) un conjunto de reglas que, aplicada sistemáticamente a unos datos de entrada apropiados, resuelven un problema en un número finito de pasos elementales (...)”. Véase “Historia de los algoritmos y de los lenguajes de programación. Entrevista a Ricardo Peña Meri”. En: *Novática: Revista de la Asociación de Técnicos en Informática*, N° 209, Asociación de Técnicos en Informática (ATI), Madrid, 2011, pp. 60-63.

⁹⁸ Véase Rico-Juan, Juan Ramón. *Esquemas algorítmicos*. Alicante, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2003. El nivel multisquemático del pensar cuántico implica que no sólo se reduce el razonar en dos condicionantes: el lingüístico y el lógico. Ambos son las dimensiones propias del pensar moderno. En el razonamiento cuántico, es posible entender diferentes niveles “lingüísticos”, inclusive, creándose terminología nueva y sin referentes en el lenguaje tradicional. De igual forma, en la dimensión lógica, operan otras reglas que difieren del mundo real moderno

⁹⁹ Yagüez, Ricardo de Ángel. ... *El mundo del jurista: hechos, conceptos y soluciones* ... pp. 236-237.

- * **Desaparece todo significado concreto de las palabras.** Para el pensamiento cuántico es imposible entender, por ejemplo, la palabra Constitución sin agregarle varios significados. De esta manera, el primer indicador del Derecho público del algoritmo se manifiesta con la aparición de nuevos oximoron como “Dictadura constitucional”, “La e-justicia”, “la justicia virtual”, etc. En el racionalismo clásico de la modernidad crítico/lineal, que una definición jurídica careciera de un sentido concreto era considerada “inaceptable”, amén de ser desechada de plano por su evidente capacidad de inducir a errores.
- * **Los resultados son esquemáticos a multinivel.** Esta cualidad expresa que las palabras y conceptos no sólo se representan en el clásico manejo de la dimensión lingüística, sino, que opera a niveles no lingüísticos, tales como comportamiento, simbolismo, etc. Por ejemplo, en el Derecho urbanístico hemos entendido esta situación¹⁰⁰, pues, como se ha relacionado con ciencias como el urbanismo, ingeniería y matemáticas, se le otorga valor normativo a un cálculo aritmético, ecuacional, a un plano o un gráfico. En este ejemplo podemos comprender parte de este razonar algorítmico. Los conceptos algorítmicos no son unívocos, más si es unívoco el resultado de toda la operación. Esto es lo que se denomina “esquemas de multinivel”, donde la Constitución también podría asumir una característica gráfica o numérica.
- * **La esquematización no lingüística de los términos.** Directamente relacionado con el lenguaje pictográfico donde el chino, el árabe y la escritura cirílica entienden mejor esta forma de pensar, más que las lenguas agrupadas en el Unicode. No en vano se habla de la expansión inusitada de China, donde juega un papel importante sus formas de pensar propias. Nosotros en occidente usamos la *abstracción* para separar las ideas pertinentes de las no valiosas¹⁰¹. En otras culturas la abstracción no existe, pues la pictórica lingüística facilita separar lo meritorio de lo superfluo.
- * **El porcentaje de probabilidad de que dicha esquematización multinivel sea así.** Acá entramos en el mundo de los algoritmos, como ya explicamos. El pensamiento cuántico introduce lo que se denomina el *balance de probabilidad de ocurrencia terminológica*. Supongamos, que definamos el concepto de **estado de policía** como “ausencia de estado de Derecho” tal como lo hacemos desde el siglo XX. En el razonar cuántico, esa linealidad se disipa y fragmenta, otorgándose no un consenso sobre una definición del estado de policía, sino, un porcentaje de probabilidad de que en efecto exista una “ausencia” y probabilidad de “estado de Derecho”.

Ahora bien, ante esta taxidermia del razonar cuántico que debe enfrentar el Derecho público, una pregunta capital siempre será ¿quién alimenta entonces al algoritmo? La respuesta es sencilla: la *Big Data*. Ésta no es más que las opiniones y demás datos que todos los seres humanos alimentan a cada segundo cuando se expresan en las redes sociales, en los formularios ocultos, en la ejecución de softwares instalados en teléfonos inteligentes; en fin, en todo aquello que nos exija aportar un número o dato a las redes, públicas o privadas. Así, con el algoritmo, alimentado por la data constante, la IA establecerá el porcentaje de probabilidad de que ocurra o no cada uno de los componentes lingüísticos y no lingüísticos de lo que define al estado de policía, en el ejemplo seleccionado *ut supra*.

¹⁰⁰ Urbina Mendoza, Emilio J.. *El derecho urbanístico en Venezuela (1946-2019). Entre la tentación centralizadora y la atomización normativa de la ciudad venezolana sofocada*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019.

¹⁰¹ Por abstracción se entiende para “(...) designar el acto de sacar algo de alguna cosa, separar algo de algo, privar a alguien de algo, poner algo aparte, arrancar algo de alguna cosa (...)” Similarmente, el verbo latino *abstraho* (*abstrahere*) se usó en varios contextos para designar las operaciones de separar, destacar, arrancar del, alejarse de, renunciar a, sustraer, etcétera (...)” Ferrater Mora, José. *Diccionario de filosofía*. Tomo I (A-D), Editorial Ariel, Barcelona, 2001, pp. 25-26.

2. *El Derecho público del algoritmo y su operacionalización: un desafío para el próximo lustro*

Como pudimos explicar, vivimos tiempos donde debemos abordar no tanto si el Derecho público se virtualiza o no. Debemos entender cuanto antes que estamos ante un cambio acelerado de paradigma donde es necesario afrontarlo para evitar la confusa noción del final sobre el Derecho público. El pensamiento cuántico es el resultado lógico de la evolución humana y su incursión en las nuevas tecnologías. Quien lo rechaza, desdeña a la misma historia.

El abordaje de la virtualización del Derecho, pensando exclusivamente como si sobre el concepto moderno sólo aplicamos un plus de tecnología, es la puerta franca para respuestas históricas incorrectas. Asumir las TICs y presentarlas al Derecho público, va más allá de lo expresado. Su éxito y tránsito hacia el verdadero siglo XXI de la era transindustrial, radica en entenderlo como una realidad potenciada por una contingencia como ha sido el COVID-19. La sociedad del algoritmo exige de los teóricos del Derecho público un esfuerzo quizá mayor que el interpelado a los juristas de los siglos XVII y XVIII, en razón de la rapidez con la que estamos dando el salto.

Una de las patologías de la sociedad transindustrial radica en la erosión del concepto de autoridad, donde, independientemente del país o sociedad, la clave del futuro estriba en quien pueda y deba pensar de manera cuántica, dominando y haciéndole seguimiento al algoritmo. La piramidalidad societaria no estará basada en haberes patrimoniales o posiciones tradicionales y/o estatales o mercantiles. Su nuevo criterio segmentador es quien pueda pensar cuánticamente. Es por ello que las iniciativas sobre un nuevo Derecho público, no sea exclusiva de los centros históricos del poder y del saber, enclavados en occidente. Esta realidad abre las puertas, en la sociedad de nodulos y redes, para que iniciativas venezolanas puedan responder de mejor forma ante las exigencias sociales de una nueva forma del pensamiento jurídico.

He allí nuestro reto, asumirlo, estudiarlo, precisarlo y transformar el pensamiento jurídico para hacerle frente a los problemas, peligros y demás desafíos del mundo cuántico que hoy se erige sobre las cenizas del mundo anteriormente conocido. Es la “nueva normalidad” de la que hablan tantos sin saber exactamente a qué se refieren.

Entre el derecho público y el derecho privado

María Candelaria Domínguez Guillén*

Abogado

Resumen: *El artículo trata sobre la interconexión entre el Derecho Público y el Derecho Privado, con especial referencia a algunas de sus manifestaciones tales como la del Derecho Civil como derecho supletorio, la constitucionalización del Derecho Civil y la publicización de ciertas instituciones privadas.*

Palabras Clave: *Derecho Público, Derecho Privado, Derecho Civil constitucionalización, publicización, interconexión.*

Abstract: *The article deals with the interconnection between Public Law and Private Law, with special reference to some of its manifestations such as Civil Law as a supplementary law, the constitutionalization of Civil Law and the publication of certain private institutions.*

Key words: *Public Law, Private Law, Civil Law, constitutionalization, publication, interconnection.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

- I. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO
- II. ALGUNAS MANIFESTACIONES DE LA INTERRELACIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

1. El Derecho Civil como derecho de la vida diaria y derecho supletorio. 2. La constitucionalización del Derecho Civil. 3. La publicización de algunas instituciones privadas y la privatización del Derecho Público.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

Por medio de las siguientes líneas nos pasaremos brevemente por un tema que hemos tocado a título de pincelada en otra oportunidad, a saber, la relación entre el Derecho Público y el Derecho Privado¹. Es bien sabido que no existen divisiones tajantes en estas dos áreas del Derecho pues el sentido sistemático del orden jurídico nos lleva necesariamente al frecuente contacto entre ambas esferas. Los derechos de la persona, entre otros, constituye un buen ejemplo de ello, pues el sujeto como protagonista del orden jurídico ha de ser protegido por todo el Derecho, desde el ámbito del Derecho Público por ejemplo a través de la Constitución, así como del Derecho Civil, por ejemplo a través de la protección de los derechos de la

* Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Doctora en Ciencias, Mención "Derecho". Profesora Titular. Investigadora-Docente Instituto de Derecho Privado. mariacandela1970@gmail.com

¹ Véase nuestro trabajo: *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*. Editorial Jurídica Venezolana-CIDEP. Caracas, 2018, pp. 25-38.

personalidad. Nos referiremos así a la relación entre ambos ámbitos para luego señalar algunas de sus manifestaciones frecuentes, como el carácter supletorio del Derecho Civil, la constitucionalización del Derecho Privado y la publicización de algunos institutos de Derecho Privado.

1. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO

La obvia interrelación entre el Derecho Público y el Derecho Privado ya ha sido perfectamente detalladamente referida por Brewer-Carías². Siempre ha existido una interaplicación entre el Derecho Público y el Derecho Privado, aunque el problema ha sido determinar las fronteras e intensidad de la misma³.

La distinción entre lo público y lo privado constituye en cierto sentido, un tema clásico del Derecho⁴, considerado de forma imperfecta desde Roma⁵, vinculándose lo público a lo estatal por oposición a lo privado asociado a lo particular o al individuo⁶. También se relacionó al Derecho Público inicialmente a la consecución del bien común, luego se asoció con el interés público y más recientemente con el interés general, que aunque con menor protagonismo sigue jugando un papel importante en la dinámica contemporánea⁷. Pero el interés general no constituye criterio definitorio porque el mismo puede estar presente en algunas instituciones de Derecho Privado.

La tesis tradicional indica que las relaciones del Derecho Privado acontecen en un plano de igualdad o paridad y en las segundas el Estado actúa en posición de superioridad o *impe-*

² Véase: Brewer-Carías, Allan R.: «La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo», *Las formas de la actividad administrativa, Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 23-73.

³ *Ibid.*, p. 62.

⁴ De Cabo de la Vega, A. *Lo público como supuesto constitucional*, UNAM, México, 1997, p. 7. Véase también: Fajardo Fernández, J. “Derecho Público y Derecho Privado. Los cinco sentidos de una distinción”, *Persona y Derecho*, N° 72, 2015, pp. 75-90; Guzmán Brito, A. “El Derecho Público y el Derecho Privado”, *Persona y Derecho*, N° 72, 2015, pp. 11-21; Lariguet, G. “¿Dicotomía derecho público y privado? ¿o una alfombra que cubre muchas cuestiones conceptuales distintas?”, *Principia Iuris*, Vol. 22, N° 22, Universidad Santo Tomás, Colombia, 2014; Quintana Adriano, E. A.: *Derecho público y Derecho Privado*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/26.pdf>; Schmidt-Assmann, E. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid/Barcelona, 2003, Trad. M. Bacigalupo y otros, pp. 293-302.

⁵ De Cabo de la Vega, *ob. cit.*, p. 29; Varela Cáceres, Edison Lucio: “Lecciones de Derecho Civil Personas”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2019, p. 43, la clasificación tiene un claro antecedente histórico en la obra del pueblo romano, atribuyéndose a Ulpiano, la primera aproximación teórica a tales conceptos. Véase también: Boutin, Gilberto: “El recurso de casación en las diversas fuentes del Derecho internacional privado panameño”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana/ Baker McKenzie, T. I, Caracas, 2019, p. 267, si la *suma divisio* heredada de la cultura romanista, en dividir el derecho: público y privado, habría que examinar si tal división afectaría en un momento dado la ciencia de los conflictos de leyes.

⁶ Véase: Guzmán Brito, *ob. cit.*, pp. 11 y 14.

⁷ Martínez López-Muñoz, J. L. *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 17 y 18.

rium⁸. Teóricamente si predomina la igualdad estaríamos en presencia de una relación de Derecho Privado, aunque se afirma que la pretendida igualdad entre las partes en el Derecho Privado es uno de esos conocidos mitos jurídicos faltos de un contenido real, pues no en todos los contratos privados podemos encontrar esa igualdad⁹. Tal vez de allí, la invasiva intervención del Estado en algunas áreas del Derecho Privado donde no media sustancialmente igualdad en aras de la protección al consumidor. Se afirma así por ejemplo, entre las modernas tendencias del Derecho Obligaciones, el decaimiento de la autonomía de la voluntad vista la intervención frecuente del Estado, toda vez que la igualdad contractual generalmente no es real¹⁰.

Se demanda inquirir en la taxonomía de la ciencia jurídica la *summa divisio iuris* o gran división del ordenamiento jurídico en dos grandes bloques, a saber, Derecho Público y Derecho Privado¹¹. La distinción que para algunos sigue siendo especialmente importante¹² aun-

⁸ Domínguez Guillén, M. C. *Manual de Derecho Civil Personas*, Paredes, Caracas, 2011, p. 19; Varela Cáceres, *ob. cit.*, p. 44; Lacruz Berdejo, José Luis y otros: *Elementos de Derecho Civil I. Parte General del Derecho Civil*. José María Bosch editor S.A., Barcelona, 1988, Vol. I, p. 32, el criterio distintivo que goza de mayor aceptación supone que el Estado está investido de potestad de *imperium*. Mientras que los particulares concurren en un plano de igualdad.

⁹ Véase: Martín-Retortillo Baquer, S. *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, p. 23. Véase precisando la dificultad de la distinción: Hernández Gil, A. “El concepto del Derecho Civil”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, p. 64, los criterios utilizados para su distinción son muchos, por lo que más que repetirlos, lo importantes elegir uno; Díez-Picazo, L. y A. Gullón: *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 9ª ed., Madrid, 1997, Vol. I, p. 41, «La distinción entre Derecho Público y Derecho Privado –que es para los estudiosos del Derecho la distinción por antonomasia– es quizás una de las cuestiones más oscuras, complejas y difíciles de la teoría general del Derecho»; Varela Cáceres, *ob. cit.*, p. 44, para De Cossio Corral no es tan verdadero que la regulación del Derecho Privado se establezca en un plano de igualdad...algunos añaden una tercera categoría “Derecho Social” que regularía aquellas relaciones privadas en que hay un marcado desequilibrio. De nuestra parte, recordamos una atinada opinión del profesor de Derecho del Trabajo Fernando Parra Aranguren, quien criticaba la expresión pues todo Derecho por naturaleza es “social”, porque regula la conducta del hombre en sociedad. El Derecho jamás regula la conducta del ser humano en soledad, porque la posibilidad de conflicto aparece al socializar.

¹⁰ Véase: Domínguez Guillén, M. C. “Curso de Derecho Civil III Obligaciones”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, 2017, pp. 26 y 27, www.rvlj.com.ve “Desde finales de la Edad Moderna hasta nuestros días, se aprecia que el Derecho de la Contratación ha sufrido grandes cambios, debido fundamentalmente a las exigencias del sistema capitalista y a la intervención del Estado en la economía. La intervención del Estado es frecuente en protección al denominado débil jurídico como es el caso del consumidor, pues “la supuesta igualdad entre las partes contratantes es más un mito que una realidad”. Pues al consagrar el principio de la igualdad jurídica se descuidó el hecho de que en la práctica no existía igualdad económica por lo que en la actualidad se observa una intensa reforma legislativa que pretende remediar el estado de un “individualismo antisocial y disolvente”. Por ello, afirma Lete del Río que “no puede desconocerse que este dogma de la autonomía de la voluntad se encuentra en la actualidad bastante atenuado, en virtud de los principios de equidad y de equivalencia de las prestaciones”. Inclusive, ya Larenz comentaba que si bien se admite como manifestación de la libertad de contratación y conclusión que nadie puede ser constreñido a realizar contratos existen casos en que rehusar la conclusión puede violar un derecho moral, por ejemplo, cuando el único médico que puede ser avisado rechaza visitar a una persona gravemente enferma por no serle simpática. Extensible a los concesionarios de bienes y servicios esenciales. Se advierte, sin embargo, que la intervención del Estado ha de ser “prudente”.

¹¹ Varela Cáceres, *ob. cit.*, p. 42.

¹² Fajardo Fernández, *ob. cit.*, p. 76.

que no constituye una dicotomía perfecta de un ámbito de la realidad según aclaró Bobbio¹³. Para otros se trata de una dicotomía conceptual débil y cargada de confusiones¹⁴, carente de consecuencias jurídicas¹⁵, cuya relevancia se reduce a un valor histórico tradicional o a una mera necesidad didáctica¹⁶. Refiere Lasarte es relativamente pacífico afirmar que la contraposición entre Derecho Público y Derecho Privado es absolutamente instrumental, descriptiva y relativa: al tiempo que se resalta la superior unidad del ordenamiento jurídico *in toto*¹⁷. Tal distinción –agrega– es meramente contingente, siendo categorías de valor entendido y con un sustrato histórico innegable, pero que en sí mismas consideradas, ni quitan ni ponen absolutamente nada a la unidad del ordenamiento jurídico; tienen un valor sencillamente descriptivo de una organización sistemática a nivel histórico, pero que carece de valor determinante, pues los principios fundamentales del ordenamiento jurídico no son distintos para uno y otro sector, sino los mismos para el conjunto del sistema jurídico¹⁸. Por lo que para algunos, se trata de una clasificación que si bien ha sido considerada como fundamental por mucho tiempo, ha perdido en la actualidad la relevancia y significación que había llegado a alcanzar¹⁹.

Pero se admite que el binomio Derecho público-Derecho privado debe conservarse²⁰. La diferenciación entre Derecho Público y Derecho Privado sigue siendo útil, en cuanto responde, en cierta medida a una realidad (ella misma compleja y ciertamente confusa) y que proporciona una sistematización inicial, puramente aproximativa del fenómeno jurídico²¹. A pesar de todo, la distinción todavía conserva una indudable importancia al menos en aquellos ámbitos jurídicos que reclaman la solución de instancias jurisdiccionales diferenciadas²².

Al margen de tales consideraciones teóricas las conexiones entre el Derecho Público con el Derecho Privado son necesarias²³, al menos desde el punto de vista de la hermenéutica. Se afirma así que “no puede negarse que, derivado del principio de plenitud hermenéutica del Derecho, todo el ordenamiento jurídico debe, necesariamente, estar interrelacionado entre sí,

¹³ De Cabo de la Vega, *ob. cit.*, p. 168.

¹⁴ Lariguet, *ob. cit.*, pp. 213 y 216. Véase también: Romay Inciarte, Lissette: “Derecho procesal internacional. Proceso con elementos de extranjería”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana/ Baker McKenzie, T. I, Caracas, 2019, p. 547, La distinción entre la actuación del Estado en el campo del Derecho público o en el Derecho Privado, no resuelven todos los problemas, pues, cada uno de los ordenamientos estatales son los que marcan conforme a su propio criterio la división entre lo de Derecho público y lo de Derecho privado

¹⁵ Fajardo Fernández, *ob. cit.*, p. 77.

¹⁶ Quintana Adriano, *ob. cit.*, p. 426.

¹⁷ Lasarte, Carlos: *Principios de Derecho Civil. Parte General y Derecho de la Persona*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., T. I, Madrid, 2004, p. 12.

¹⁸ *Ibid.*, p. 13.

¹⁹ Véase: Lacruz Berdejo y otros, *ob. cit.*, p. 19.

²⁰ Fajardo Fernández, *ob. cit.*, p. 90.

²¹ Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos y otros: *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado Derecho de la Persona*. Edit. Colex, 2ª edic., Madrid, 2001, Vol. I, p. 39, la tentación próxima sería la de prescindir de una bipartición que se presenta confusa, insegura y poco menos que inútil. Pero ese planteamiento tampoco sería del todo correcto.

²² Lacruz Berdejo y otros, *ob. cit.*, p. 21.

²³ Véase: Andrade Rodríguez, Betty: “Las conexiones y desconexiones entre el Derecho privado y el Derecho Tributario”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana/ Baker McKenzie, T. III, Caracas, 2019, pp. 2057-2085.

lo cual haría falsa la pretensión de que una rama del Derecho podría ser totalmente aislada, independiente del resto del ordenamiento jurídico”²⁴. Sería pues una pretensión imposible, mantenerse ajeno a las demás áreas del Derecho, bajo el absurdo alegato de no salir de nuestra área especial, pues el orden jurídico es un sistema de normas interconectadas.

Así mismo, agrega la doctrina civil: “salvando los aportes en la sistematización, la verdad del asunto es que la escisión entre normas de Derecho público, privado y social se diluye –en parte– al cotejar la realidad, dado que las relaciones jurídicas se presentan como un todo, donde el jurista al momento de resolver una determinada controversia deberá aplicar el Derecho como una unidad, aunque conceptualmente lo visualice segmentado en distintas áreas del ordenamiento”²⁵.

Y ello no podía ser de otra manera, una vez aceptada la interaplicación del Derecho Público-Derecho Privado en la actividad administrativa, como lo es en nuestros países. Además, incluso en un ámbito de la actividad administrativa en que se regule enteramente en el fondo asuntos ajenos al Derecho Administrativo (lo cual de por sí es difícil), siempre entrarán en el juego una serie de exigencias vinculadas con esa rama jurídica²⁶. No hay tampoco en nuestro Derecho una actividad administrativa sometida al Derecho Administrativo por oposición a una actividad administrativa sometida al Derecho Privado, como se sostiene para el caso español, si es que ello es realmente posible. Tanto el Derecho Público como el Privado interactúan, con prevalencia de uno u otro. Tampoco unos asuntos que por su naturaleza o régimen aplicable correspondan ser conocidos a los Tribunales civiles, en el sentido de una férrea división exclusiva y excluyente frente los de la jurisdicción contencioso-administrativa²⁷.

Según adelantamos un punto de necesaria conexión entre el Derecho Público y el Derecho Privado es la *persona*. Esto porque la preeminencia que se le atribuye al Estado dentro de la esfera pública por oposición a la igualdad que caracteriza al Derecho Privado supone necesariamente la consideración de la noción de persona²⁸. La ciencia jurídica al considerar como un *prius* la noción de persona, la acepta tanto para el Derecho Privado como para el Derecho Público. El Derecho de la Persona es uno de esos temas en los que esa distinción entre lo público o lo privado parecen borrarse o diluirse. Hoy en día, es insuficiente en el Derecho

²⁴ *Ibid.*, p. 2058. Véase también indicando que en materia tributaria internacional podrían confluir ambos derechos: Weffe H, Carlos E.: “La norma de conflicto. Notas sobre el método en el Derecho internacional privado y en el Derecho internacional tributario”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana/ Baker McKenzie, T. I, Caracas, 2019, pp. 86 y 87, Así, el reenvío, como técnica normativa indirecta, parece igualmente aplicable a los problemas jurídicos con elementos de extranjería relevantes de Derecho internacional privado y de Derecho internacional tributario. Ambas reglas tienen por objeto indicar al operador jurídico cuál es el Derecho aplicable a la situación jurídica subyacente. De este modo, el problema del ámbito de incidencia y del ámbito de eficacia de las leyes *se presenta como uno y el mismo, en Derecho Público o Privado* (destacado nuestro),

²⁵ Varela Cáceres, *ob. cit.*, p. 46.

²⁶ Torrealba Sánchez, Miguel Ángel: “Reflexiones sobre la vinculación entre el ámbito competencial de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el Derecho de fondo aplicable. A propósito –una vez más– de la sentencia de la SPA-CSJ Fetraeducación”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana/ Baker McKenzie, T. III, Caracas, 2019, p. 2051.

²⁷ *Ibid.*, pp. 2052 y 2953.

²⁸ Domínguez Guillén, M. C. “Primacía de la persona en el orden constitucional”, *El Estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomas Polanco Alcántara*, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, Caracas, 2005, p. 300.

Civil, una consideración meramente privatista de la persona²⁹. Cualquier interpretación en Derecho debe estar orientada por la protección de la protagonista del orden jurídico. Porque éste existe por y para la persona³⁰. Su protección no es exclusiva de determinada área o rama del Derecho, sino que contrariamente todos los ámbitos del orden legal confluyen simultáneamente en el cuidado del sujeto de derecho. Derecho Público y Derecho Privado son áreas que se complementan pues el Derecho es un sistema de normas que no pueden concebirse aisladamente, especialmente porque todo el orden jurídico gira alrededor de la persona³¹. Así por ejemplo, en materias de derechos de la persona, es común su estudio desde la perspectiva del Derecho Público en particular del Derecho Constitucional como del Derecho Privado a través del Derecho Civil (derechos de la personalidad³²). E inclusive se propone una calificación unitaria de tales derechos que incluyan ambas perspectivas³³, buscando un punto común entre la discusión de los constitucionalistas y civilistas³⁴. El carácter enunciativo de los dere-

²⁹ Hoyos Castañeda, Ilva M. *La persona y sus derechos*. Themis S.A., Colombia, 2000, p. 16, el Derecho Público requiere de las categorías de la personalidad, pero también el Derecho Privado debe explicarse y aplicarse con las categorías iuspublicistas del orden público, de la prevalencia del interés general, del estado social de Derecho y el respeto a la dignidad humana. El Derecho de la Persona no es exclusivo del ámbito del Derecho Privado, pero tampoco puede afirmarse que sea competencia del Derecho Público.

³⁰ Domínguez Guillén: «Primacía de», pp. 299-320; Spósito Contreras, E.: «Homines, personas, sujetos de derecho, personas jurídicas. El problema del quién en el Derecho», *Revista de Derecho*, N° 35, Tribunal Supremo de Justicia, T. I, Caracas 2014, p. 14; Pachano O., F.: «Apuntes sobre la interpretación constitucional», *Iuris Dictio Revista de Derecho*, 2002, p. 77, según el principio de eficacia o efectividad, la interpretación constitucional debe ser tal que se maximice la eficacia y plena vigencia de las normas constitucionales, sobre todo aquellas referidas a los derechos y garantías fundamentales de la persona.

³¹ Domínguez Guillén, M. C. «Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 7 Edición Homenaje a José Peña Solís*, Caracas, 2016, T. I, p. 90, <http://www.rvlj.com.ve>

³² Véanse nuestros trabajos: *Los derechos de la personalidad: breve referencia a su proyección constitucional*, Cuestiones Jurídicas, *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, Vol. 11, N° 1, enero-junio 2017, pp. 39-65, <http://200.35.84.134/ojs-2.4.2/index.php/cj/article/view/481>; *Manual de Derecho Civil I Personas*, Paredes, Caracas, 2011, pp. 279-313; Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad, *Revista de Derecho* N° 7, Caracas, TSJ, 2002, pp. 49-311; *Sobre los derechos de la personalidad*, Dikaion. Lo Justo, *Revista de Actualidad Jurídica*. 2003, Año 17, N° 12, Colombia, Universidad de la Sabana, pp. 23-37, <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/720/72001204.pdf>; Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 119, Caracas, UCV, 2000, pp. 17-44 (también en: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*, TSJ, 3ª edic., Caracas, 2010, pp. 615-641); *Derecho Civil Constitucional...*, pp. 104-122.

³³ Véase en España: De Verda y Beamonte, J. R. Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria», *Revista Boliviana de Derecho* N° 23, enero 2017, pp. 54-111, especialmente, pp. 56 y 57, «Una de los problemas dogmáticos recurrentes en el ámbito del Derecho de la Persona es explicar de modo adecuado la relación entre la categoría de los “derechos fundamentales” y la de los “derechos de la personalidad”. Las dificultades nacen por el diverso origen de ambas: los derechos fundamentales se conciben inicialmente como reductos de inmunidad frente a las injerencias de los poderes públicos; los derechos de la personalidad como una técnica del Derecho Civil para hacer frente a las intromisiones ilegítimas de sujetos de Derecho Privado en ámbitos de la propia esfera personal (física o psíquica) de los seres humanos, justificando la puesta en marcha de la tutela inhibitoria (para hacer cesar la intromisión) y resarcitoria (para obtener la reparación del subsiguiente daño moral).

³⁴ *Ibid.*, pp. 59 y 60, Este diverso origen de las categorías y las distintas finalidades con las que surgieron ambas explica la dificultad del «diálogo» entre ellas, haciendo que los constitucionalis-

chos de la persona (Const., art. 22)³⁵ que data del texto de 1858³⁶, es punto común a los derechos de la personalidad, a los fines de la plenitud de los derechos³⁷. Poco importa que un nuevo texto constitucional no consagre expresamente un derecho previamente reconocido³⁸.

Todo ello sin perjuicio de otros supuestos de obvia concurrencia entre Derecho Público y Privado³⁹. Veamos de seguidas, muy someramente, algunos ejemplos o relaciones obvias entre el Derecho Público y el Derecho Privado, que reflejan la imposibilidad de considerarlos lejanos.

tas hablen usualmente de derechos fundamentales «a secas», considerado innecesaria la arraigada terminología, cara a los civilistas, de derechos de la personalidad; y, por su parte, que los privatistas, a veces, se aferren a la categoría dogmática de los derechos de la personalidad, refiriéndose a la protección constitucional de los mismos, como una especie de forma de tutela de los mismos, que resulta un simple «añadido molesto», al que no hay más remedio que integrar en el marco de las enseñanzas tradicionales... es evidente que la dicotomía entre derechos fundamentales-derechos de la personalidad no puede ya mantenerse como un trasunto de la distinción entre Derecho Público-Derecho Privado, entendidos estos como categorías aisladas o compartimentos estancos, pues, a mi parecer, no cabe la menor duda de que los derechos fundamentales (o, al menos, algunos de ellos, entre los que se encuentran el honor, la intimidad y la imagen), tienen eficacia entre los particulares, pues no sólo contienen mandatos de protección y límites de actuación dirigidos a los poderes públicos, sino que también tienen como destinatarios a los ciudadanos.

³⁵ Véase Bidart Campos, G. J. “Los derechos no enumerados en la Constitución”, *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Colección Libros Homenaje N° 3, F. Parra Aranguren editor, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, Vol. I, pp. 225-233. Señala el autor que dicha cláusula abierta de derechos debe entenderse implícitamente contenida en aquellas Constituciones que no la consagren expresamente, para la máxima protección de los derechos:

³⁶ Véase nuestro trabajo: “Panorama de los Derechos de la persona en las distintas Constituciones de Venezuela”, *Revista de Derecho de la Defensa Pública* N° 2, Caracas, 2016, pp. 55-88, www.ulpiano.org.ve; Domínguez Guillén, M.C.: “Primacía de”, *cit.*, pp. 309 y 310.

³⁷ Véase nuestro trabajo: “Aproximación al”, *ob. cit.*, pp. 77 y 78, la clasificación de los derechos de la personalidad, cualquier clasificación que se pueda presentar en esta materia es meramente enunciativa porque la no consagración expresa de algún derecho no constituye óbice alguno para su protección. Tal es el caso por ejemplo del derecho a la voz que aun cuando no está expresamente indicado en la ley se le concede la misma protección que el derecho a la imagen. De la misma forma podrán surgir con el devenir del tiempo y la tecnología nuevos y autónomos derechos porque estamos en presencia de una materia dinámica por excelencia. Es el caso por ejemplo, del derecho de “autodeterminación informativa” el cual se constituyó por imperiosa necesidad en un derecho independiente de la privacidad y la intimidad.

³⁸ Véase: Correa Martín, María Alejandra: “La progresividad e interrelación de los derechos, una conciliación necesaria en la evolución jurídica”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana/ Baker McKenzie, Caracas, 2019, T. IV p. 2836, la vigencia del derecho a la protección de la vida, o de algún otro de los derechos ya reconocidos, no podría resultar afectada por la adopción de una nueva Constitución en la que no se les consagre expresamente.

³⁹ Véase: Opertti Badán, Didier; “Reflexiones sobre gobernabilidad y Derecho internacional privado”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana/ Baker McKenzie, Caracas, 2019, T. I, p. 174, otra categoría de relaciones privadas a las normas de la contratación comercial internacional y a la protección y garantía de inversiones, área de concurrencia de Derecho público y privado, o con la adopción del arbitraje como instrumento para la solución de las controversias privadas o privado-públicas, etc.; Rodríguez García, Armando: *Ciudad, función social de la propiedad, y urbanismo como función pública: desafíos del gobierno local actual*, Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana/ Baker McKenzie, T. III, Caracas, 2019, p. 1863, Al igual que sucede con el tema de los Derechos Humanos y su evolución, son múltiples y variados los temas de orden jurídico influenciados por el proceso de ur-

2. *Algunas manifestaciones de la interrelación entre Derecho Público y Privado*

A. *El Derecho Civil como derecho de la vida diaria y derecho supletorio*

El Derecho Civil es el Derecho Privado General que regula la persona, la familia y las relaciones patrimoniales. La noción anterior refleja su noción sintética (Derecho Privado General) así como su noción descriptiva (que refiere las materias que abarca resumiendo todas sus asignaturas). Las materias que conforman el Derecho Civil vienen dadas en su parte extrapatrimonial (Personas y Familia) y en su contorno patrimonial (Bienes y Derechos Reales, Obligaciones, Contratos y Garantías), amén de “Sucesiones” que constituye una materia en que confluye lo patrimonial y lo extrapatrimonial⁴⁰. Pero si recordamos el contenido programático de tales asignaturas, entenderemos por qué el Derecho Civil es denominado en feliz expresión de Lacruz Berdejo “el Derecho de la vida diaria”⁴¹, pues su carácter “residual” resultante de todo el Derecho Privado no especializado, sin duda, lo convierte en la parte más importante del Derecho Privado, con la respectiva proyección en el pensum de estudios.

El Derecho Civil constituye la porción más trascendente del Derecho Privado, siendo este en términos excesivamente simples, el que regula las relaciones entre particulares en un plano de igualdad, por oposición al Derecho Público, que apareja la intervención del Estado en un plano de superioridad. Siendo referido el Derecho Privado como muestra de libertad⁴². Constituye la materia del Derecho Privado con mayor presencia cotidiana, por su carácter residual, del cual se derivan instituciones fundamentales⁴³ de gran trascendencia inclusive para otras áreas del orden jurídico.

El Derecho Civil es sin lugar a dudas, y no porque nos dedicamos a dicha área, el ámbito más importante del Derecho, especialmente desde el punto de vista de su trascendencia práctica, de su presencia en el quehacer del individuo, que no solo se evidencia en el pensum de estudios sino por ser el Derecho de la vida diaria. Nadie escapa a su poder expansivo, desde que somos concebidos comienza nuestra protección civil (CC, arts. 17 y 213). Luego si nacemos nos ubicamos en el tema del inicio de la persona –si respiramos extrauterinamente seremos sujeto de derecho–, y del Registro del Estado Civil pues inmediatamente al nacimiento se toman las huellas del recién nacido a los fines de su constancia de nacimiento. Pero de seguidas al salir del centro asistencial ya estamos en el ámbito del Derecho de las Obligaciones; debemos proceder al “pago”, tema fundamental de la materia; y al salir del centro hospitalario tomaremos un taxi o pagaremos el estacionamiento, es decir, celebraremos un

banización y sus efectos, generándose un importante conjunto de supuestos dentro de este supuesto que alcanza directamente a las relaciones jurídico privadas, pero también, y de manera muy significativa, a diferentes aspectos de Derecho público, en cuanto al contexto organizativo (estructuras y competencias) del aparato administrativo, como en sus manifestaciones funcionales.

⁴⁰ Véanse nuestros trabajos: “Sobre la noción de Derecho Civil”, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello* 2007-2008, N° 62-63, 2010, pp. 81-97; *Manual de Derecho Civil Personas*, *ob. cit.*, pp. 19-27; *Instituciones fundamentales de Derecho Civil*, Colección Estudios N° 2, Centro Latinoamericano de Estudios e Instituciones Jurídicas (CENLAE), Caracas, 2019, pp. 11-16. Véase también más recientemente: Varela Cáceres, *ob. cit.*, pp. 40-60.

⁴¹ Véase: Lacruz Berdejo y otros, *ob. cit.*, p. 45.

⁴² Véase: Rondón García, Andrea: “¿Publicización del Derecho Privado? Notas para una reivindicación del Derecho Privado ante el desbordamiento actual del Derecho Público en Venezuela”, *Revista de la Facultad de Derecho* N° 60-61, 2005-2006, Universidad Católica Andrés Bello, 2009, p. 204.

⁴³ Véase nuestro trabajo: *Instituciones fundamentales...*, *ob. cit.*, pp. 11-20.

contrato⁴⁴. Nadie en lo absoluto escapa al alcance expansivo del Derecho Civil, pues su generalidad supone que el contiene todo lo no regulado por otra rama especial del Derecho Privado como el Mercantil y el Laboral. Lo que lo convierte, en la esfera de mayor presencia y relevancia para el sujeto.

Pero amén de la obvia importancia del Derecho Civil en nuestra cotidianidad, es bien sabido, que como Derecho Común, es el Derecho que ha formado las bases de muchas instituciones que sirven de base a otras materias como el Derecho Mercantil, respecto del que se le reconoce carácter supletorio (CComercio, art. 8), sino que también sus instituciones son fundamentales inclusive en el ámbito del Derecho Público (en temas como la personalidad, la responsabilidad, el contrato, etc.). Es indudable que el Derecho Civil presenta figuras fundamentales del ordenamiento de las que ha hecho uso el Derecho Público, siendo ejemplo de tales, los contratos administrativos⁴⁵, la responsabilidad patrimonial, o los modos de extinción de las obligaciones.

Así lo ha reconocido por ejemplo, la doctrina en materia tributaria: El Derecho Civil, como Derecho común, debe ser un elemento esencial para la interpretación de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico. Este elemento es fundamental para una apreciación global del Derecho Tributario dentro del marco jurídico vigente en una determinada jurisdicción. En consecuencia, el Derecho Civil resulta de referencia obligatoria para lograr una primera comprensión de los conceptos usados en la norma tributaria. Nociones como pago, prescripción, obligación, acreedor, deudor, provienen del Derecho Civil y de allí debe derivarse su contenido principal⁴⁶. Y así por ejemplo, Las obligaciones tributarias, deben ser comprendidas de forma general a la luz del Derecho de Obligaciones. Asimismo, el Derecho Tributario pretende la determinación de la expresión económica de los hechos y actos relevantes para el mundo jurídico, que encuentran su regulación principal en el Derecho Privado. Por ello, en muchos casos, la interpretación de las normas tributarias y de los hechos a ser subsumidos en ellas deberá ser realizada con atención a las reglas de Derecho común⁴⁷. Así por ejemplo, los modos de extinción de las obligaciones son referidos a propósito de las obligaciones tributarias, como es el caso de la compensación⁴⁸ o la confusión⁴⁹.

⁴⁴ Véase nuestros: “Palabras de Presentación del libro Curso de Derecho Civil III Obligaciones”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 10-III edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, pp. 1021 y 1022, www.rvlj.com.ve; “A propósito de las Obligaciones en la obra de Rodner Smith”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 13 edición homenaje a James Otis Rodner Smith, T. I., 2020, p. 60, www.rvlj.com.ve

⁴⁵ Véase: Muci Borjas, José Antonio: “La *exceptio inadimpleti contractus* y los contratos de la administración pública. La necesaria clarificación de una vetusta e incomprensida regla del Derecho administrativo venezolano”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana/ Baker McKenzie, T. III, Caracas, 2019, p. 1961, los primeros (contratos administrativos) se encuentran sometidos a un régimen preponderante de Derecho Público por lo que respecta (i) a su celebración, (ii) ejecución o (iii) rescisión, habida consideración de su estrecha vinculación con el interés general (i.e., con un servicio público); los segundos (contratos privados de la Administración), por el contrario, se hallan disciplinados predominantemente por reglas del Derecho Privado.

⁴⁶ Andrade Rodríguez, *ob. cit.*, p. 2065.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 2084.

⁴⁸ Véase: Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Guayana con competencia en las Circunscripciones Judiciales de los Estados Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro, Sent. 19-3-10, Exp. FP02-U-2004-000140, <http://bolivar.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/MARZO/1899-19-FP02-U-2004-000140-PJ0662010000051.HTML>; TSJ/SPA, Sent. 01178 de 1-10-02, <http://histori>

El Derecho de Obligaciones se muestra como la materia de mayor presencia dentro del Derecho Patrimonial. Su importancia es reconocida por la doctrina porque a diario entramos en la esfera de la relación obligatoria. No se puede encontrar un solo caso de persona que no sea centro de relaciones de carácter patrimonial⁵⁰. Toda relación humana de contenido patrimonial tiene necesariamente una fuente obligacional⁵¹. No existe, puede decirse, institución de Derecho Civil de la que no surjan relaciones obligatorias⁵². Precisamente las instituciones del Derecho de Obligaciones se ven en todas las áreas del Derecho incluyendo el Público. La relación obligatoria, la teoría del cumplimiento de las obligaciones, la causa extraña no imputable⁵³, la teoría de la imprevisión, la responsabilidad civil, la transmisión de las obligaciones, los modos de extinción de las obligaciones y las fuentes de las obligaciones con especial referencia al contrato y a la responsabilidad, sin duda, son tópicos de los que no puede prescindir el iuspublicista.

Tanto es así que el carácter supletorio o de Derecho común del Derecho Civil no solo se aprecia en el Derecho Mercantil por expresa referencia del Código de Comercio, sino que la doctrina lo admite en el ámbito del Derecho Público. Se afirma así que la interaplicación del Derecho Público y el Derecho Privado data de la década del año 40 del pasado siglo, perfec-

co.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/01178-011002-01-0876.htm; Juzgado Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Zuliana, Sent. 28-10-10, Exp. 1045-09, <http://zulia.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/OCTUBRE/792-28-1045-09-303-2010.HTML>; Código Orgánico Tributario, art. 49; Baptista, Ana L.: *La compensación legal como modo de extinción de las obligaciones tributarias*. Caracas, UCV, Especialización Derecho Tributario, 2011, http://saber.ucv.ve/jspui/bitstream/123456789/4130/1/T026800006570-0-baptistaana_finalpublicacion-000.pdf; Mas Rodríguez, Mario J. y Marta Pascual N.: *Medios de extinción de la obligación tributaria con especial referencia a la Compensación*. En: Revista de Derecho Tributario N° 70, Caracas, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Legis Editores, 70, enero-febrero-marzo, 1996, pp. 23-40.

⁴⁹ Se produce cuando un mismo sujeto simultáneamente posee el doble carácter de deudor y acreedor. “Ello sucede muy ocasionalmente, como por ejemplo, cuando el estado se convierte en heredero patrimonial de un deudor tributario, verbigracia, las herencias vacantes”. Véase: Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Guayana con Competencia en las Circunscripciones Judiciales de los Estados Amazonas, Sent. 19-3-10, Exp. FP02-U-2004-000140, <http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/2010/marzo/1899-19-FP02-U-2004-000140-PJ0662010000051.html>; Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Guayana con Competencia en las Circunscripciones Judiciales de los Estados Amazonas, Sent. 19-3-10, Exp. FP02-U-2004-000140, <http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/2010/marzo/1899-19-FP02-U-2004-000140-PJ0662010000051.html>

⁵⁰ Beltrán de Heredia y Onis, Pablo: *La obligación (Concepto, Estructura y Fuentes)*. Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, p. 13.

⁵¹ Hernández-Bretón, Eugenio: “El régimen de las obligaciones en el proyecto de ley de Derecho Internacional Privado (1963-1965)”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 69, Universidad Central de Venezuela, 1988, p. 323.

⁵² Giorgianni, Michele: *La Obligación (La parte general de las obligaciones)*. Bosch, Barcelona, 1958, Trad. Evelio Verdera y Tuells, p. 16.

⁵³ Véase por ejemplo como subespecie de la causa extraña no imputable, el hecho del príncipe en el Derecho Administrativo: Brewer-Carías, Allan R.: “Sobre el principio del hecho del príncipe, como principio general del Derecho administrativo aplicable a los contratos públicos, para garantizar los derechos de los cocontratantes de la Administración”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana/ Baker McKenzie, T. III, Caracas, 2019, pp. 1799-1844; Romero Mendoza, Alfredo: “El hecho del príncipe en los contratos administrativos y su regulación en el Decreto que contienen las condiciones generales de contratación para la ejecución de obras”, *Revista de Derecho* N° 4. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 461-478.

tamente a tono con la Constitución, cuando la Administración acude al Derecho Privado con subordinación a la Ley y al Derecho⁵⁴. En los textos de Derecho Administrativo se aprecian expresiones que denotan la interconexión entre lo público y lo privado tales como la «huida al Derecho Privado»⁵⁵, «uso y abuso del Derecho Privado por la Administración Pública»⁵⁶, «la hipertrofia del Derecho Público»⁵⁷, entre otras. Por lo que es indudable, que el estudioso del Derecho Público mal puede desechar las nociones e instituciones básicas que conforman el Derecho Civil.

Se admite entonces que el Derecho Administrativo no es el único aplicable a la Administración pública, pues también se rige por el Derecho Privado, el cual está en la génesis de tantas instituciones del Derecho Administrativo⁵⁸ según refería otrora Martín-Retortillo Baquer⁵⁹. El Derecho Administrativo se presenta como derecho común o normal, no obstante aceptarse el carácter supletorio del Derecho Privado⁶⁰. Por ejemplo, respecto al contrato administrativo se reseña una interesante incidencia del Derecho Civil de carácter instrumental y subsidiario⁶¹, aunque también se admite que el Código Civil en el marco del contrato admi-

⁵⁴ Hernández, José Ignacio: *Introducción al concepto constitucional de Administración pública en Venezuela*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello N° 27, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, p. 195, tal interaplicación lo que denota es que la relación entre Derecho Administrativo y Derecho público no es de autonomía, sino de especialidad. Fuera de ese régimen especial aplica también el Derecho Privado, solo que interpretado conforme al artículo 141 de la Constitución. Por lo que se entiende que ese Derecho Privado es también Derecho Administrativo en sentido amplio, conforme que el ciudadano tendrá la garantía que la Administración siempre actuará conforme a los principios que emergen de dicha norma. Véase también del mismo autor: «El rapto del Derecho Civil por el Derecho Administrativo: a propósito del contrato administrativo. Un Ensayo crítico», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 10-1 edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén*, 2018, p. 202, con lo cual, la Administración Pública, para cumplir con el rol que le asigna el artículo 141 constitucional, puede acudir a la regulación del contrato establecida en el Código Civil. No por cuanto en tal caso está actuando «como un particular», sino por cuanto esa regulación permite la gestión eficiente de los asuntos públicos a su cargo.

⁵⁵ Véase: Brewer-Carías, A. R.: «La interaplicación», *cit.*, p. 26, la aplicación del Derecho Privado a la Administración pública constituye realmente una huida de ésta al Derecho Administrativo que inclusive se ha considerado inconstitucional; García-Andrade Gómez, J.: *Derecho administrativo*, *cit.*, p. 21; Rivero Ortega, R.: *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 18. Véase también: González-Varas Ibáñez, S.: *El Derecho*, *cit.*, p. 259, el problema de la huida del contrato administrativo; Hernández, J. I.: *Introducción al*, *cit.*, pp. 192 y 193; Troncoso Reigada, A.: «La huida de la administración pública hacia el derecho privado y la privatización de los servicios públicos: consecuencias en el régimen jurídico de los ficheros de datos personales y en la delimitación del responsable y del encargado del tratamiento», *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá II, 2009, pp. 31-105.

⁵⁶ Véase: Rivero Ortega, R.: *Administraciones Públicas*, *cit.*, p. 13.

⁵⁷ Véase: *ibid.*, p. 15.

⁵⁸ Brewer-Carías, A. R.: «La interaplicación», *cit.*, p. 25.

⁵⁹ Véase *in totum*: Martín-Retortillo Baquer, S.: *El Derecho Civil en la génesis...*, *cit.*

⁶⁰ Araujo-Juárez, J.: *La teoría de la cláusula exorbitante. El tránsito de la cláusula derogatoria a la potestad administrativa contractual en los sistemas de contratación pública*, Colección Monografías N° 7, Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2017, pp. 49-56.

⁶¹ Véase: Hernández-Mendible, V. R.: «La formación, trayectoria, significado actual, estado de la doctrina y enseñanza del dominio público en Venezuela», *El dominio público en Europa y América Latina*, Coord. R. López-Ramón y O. Vignolo Cueva, Círculo de Derecho Administrativo,

nistrativo bien pudiera tener una aplicación directa⁶². Así pues, la importancia del Derecho Civil se ha impuesto en el ámbito del Derecho Administrativo⁶³ que es Derecho Público. No en vano se alude en la doctrina extranjera a «Derecho Administrativo Privado»⁶⁴ para denotar un régimen que pudiera elegir la Administración. Así mismo, se ha incorporado en forma generalizada personificaciones privadas como sociedades y fundaciones para la realización de tareas públicas⁶⁵. Ello por solo ofrecer algunos ejemplos del vital papel del Derecho Civil o Privado para el estudioso del Derecho Público.

2015, pp. 508-511, el régimen del dominio público es totalmente del Derecho Público, mal puede aplicarse ni siquiera supletoriamente el Código Civil pues regula la propiedad privada. En tanto que los bienes del dominio privado estatal se rigen por el Derecho Público aunque de manera supletoria se aplicaría el Código Civil, salvo que existen leyes especiales; Hernández, J. I: “El rapto”, *cit.*; Hernández, J. I: *Introducción al concepto...*, *cit.*, pp. 184-196; Muci Borjas, *ob. cit.*, p. 1986, los contratos de la Administración se hallan sujetos a normas y disposiciones de Derecho Privado cuando no existe norma o precepto especial –de Derecho Público– que discipline un supuesto de hecho determinado o disponga una (singular) consecuencia jurídica aplicable a este modelo de contratación.

⁶² Véase: Hernández-Mendible, V. R. “Régimen jurídico del procedimiento de selección y del expediente administrativo de contratación”, *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídica Venezolana, 4ª ed., Caracas, 2014, p. 61, el Código Civil desempeña una doble e importante función en su condición de fuente del derecho en el ámbito contractual. Sus normas podrían tener un carácter *supletorio* en el ámbito del Derecho Público, en los contratos que celebren los órganos que ejercen los poderes públicos para llenar los vacíos jurídicos de este último. Ahora, en tanto que en los contratos que celebren los órganos que ejercen los poderes públicos en cuya regulación exista un predominio del Derecho Privado, las disposiciones del Código Civil constituirían fuente *directa* y primaria en la redacción y suscripción de dichos contratos. Véase también indicando que en otras ocasiones el Código Civil sólo procede excepcionalmente; Ruggeri, A. M.: *Ordenación Sistemática de la Legislación vigente sobre Bienes del Estado*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Tomo I, Caracas, 1981, pp. 42, 48-49.

⁶³ Véase: Martín-Retortillo Baquer: *El Derecho Civil en la génesis...*, *cit.*, p. 21, el Derecho Civil ha estado tutelar y generosamente presente en todo lo que de más estrictamente jurídico nos ha podido ofrecer la sistematización del Derecho Administrativo.

⁶⁴ Véase: González-Varas Ibáñez, S. *El Derecho Administrativo Privado*, Montecorvo S. A., Madrid, 1996, p. 93, alude a la posibilidad de hacer regir la actividad administrativa por el Derecho Privado, o más precisamente, la libertad de elección de la Administración de decidir entre el régimen de Derecho Público o de Derecho Privado para el cumplimiento de sus funciones públicas. Véase también: Meilán Gil, J. L. *Derecho Administrativo revisado*, Andavira, Santiago de Compostela, España, 2016, p. 22, el autor alude a “Derecho Administrativo Privado”; Schmidt-Assmann, E.: *La teoría*, *cit.*, p. 304, al Derecho privado administrativo hay que incorporarle un *Derecho Administrativo Privado*, que atienda las necesidades de protección y de delegación que aparecen allí donde las acciones de la Administración y personas privadas se relacionan recíprocamente de manera específica.

⁶⁵ García-Andrade Gómez, J. *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Barcelona, 2005, p. 13; Brewer-Carías, A.R. “Las bases constitucionales del Derecho Administrativo en la República Dominicana”, *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo «Dr. Raimundo Amaro Guzmán»*, Rodríguez-Arana Muñoz, J.; Rodríguez Huertas, O. A.; Sendín García, M.A. y S. T. Castaños Guzmán (Editores): Asociación Dominicana de Derecho Administrativo (ADDA). Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS). Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Panamá, 2015, p. 21, existen personas jurídicas en estricto sentido estatales con forma de derecho privado.

2. La Constitucionalización del Derecho Civil⁶⁶

La primacía de la Constitución consagrada en el artículo 7 de su texto y de vieja data⁶⁷, supone que todo el orden jurídico incluyendo el Derecho Privado debe ser interpretado a la luz de la Carta Fundamental. A tal fuerza interpretativa plena, nos hemos referido como constitucionalización interpretativa o impropia, de la cual no escapa el Derecho Civil. Esto porque las normas civiles forman parte de un sistema del que su ubica en la cúspide la Constitución, y a la luz de tal deben ser interpretada la ley⁶⁸. La interpretación de cualquier texto normativo de rango inferior a la Constitución debe realizarse tomando en cuenta el carácter preeminente de ésta⁶⁹. Todos los jueces están obligados a interpretar las normas a la luz de la Constitución, por lo que ésta debe hacerse presente en su diario trajinar. Lo que comporta el establecimiento de esa Sala es reconocer a la misma su condición de intérprete máximo, más no exclusivo, del texto constitucional, tal como se colige del art. 335⁷⁰. El intérprete de instituciones civiles debe tener por norte la Carta Fundamental. Valores como la justicia tienen expresa consagración constitucional y pueden ser útiles para la interpretación de instituciones civiles por ejemplo en materia de Obligaciones⁷¹. Recordemos que la interpretación no puedes prescindir del elemento “sistemático” en el que la norma a interpretar forma parte de un sistema en que no puede olvidarse la Constitución⁷².

⁶⁶ Véase nuestros trabajos: *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*, in totum; “Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil venezolano”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N° 10. Idibe. Valencia, 2019, pp. 52-91, <http://idibe.org> ; “La constitucionalización del Derecho Civil en el ordenamiento venezolano”, *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 6, N° 15, Brasil, set/diez. 2019, pp. 93-136, <http://culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/928>. Véase también sobre el primero: Silva Aranguren, Antonio: *Recensión del libro Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*, de María Candelaria Domínguez Guillén, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 11, 2018, pp. 447-453, <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/01/RVLJ-11-447-453.pdf>

⁶⁷ Véase: Hernández-Mendible, Víctor Rafael: “Prólogo” en Domínguez Guillén, M.C.: *Derecho Civil Constitucional*, ob. cit., pp. 11 y 14, La primera Constitución de Venezuela de 1811 estableció el principio de supremacía constitucional.

⁶⁸ Domínguez Guillén, *Ensayos...*, cit., pp. 746, 747 y 767, implica que el derecho es un sistema de normas en interconexión por lo que no debemos quedarnos en un sólo texto legal, sino conectarlo con otras normas del sistema, especialmente a la Constitución.... La obligación de interpretar el ordenamiento según la Constitución determina la armonización del ordenamiento jurídico de acuerdo con normas y principios constitucionales. La sujeción del juez a la Constitución a fin de darle validez y legitimidad a sus decisiones es determinante. Las normas constitucionales establecen normas generales de carácter superior que dan configuración orgánica al sistema. La interpretación de cualquier texto normativo de rango inferior a la Constitución debe realizarse tomando en cuenta el carácter preeminente de ésta. El juez debe excluir aquellas interpretaciones contrarias a la Constitución.

⁶⁹ Delgado, Francisco. *La idea de derecho en la Constitución de 1999*. Serie trabajos de grado N° 16, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2008, pp. 189.

⁷⁰ Casal, Jesús María: *Constitución y Justicia Constitucional. (Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva Carta Magna)*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, p. 83.

⁷¹ Domínguez Guillén, M. C.: “Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 7 Edición Homenaje a José Peña Solís, 2016, T. I, pp. 87-123, www.rvlj.com.ve

⁷² Véase nuestros: *Manual de Derecho Civil I Personas*, ob. cit., p. 34; *Ensayos sobre*, cit, p. 747; “Sobre la noción de Derecho Civil”, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello* N° 62-63 2007-2008, 2010, pp. 96 y 97.

Ahora bien, en un sentido propiamente dicho, la expresión “constitucionalización” del Derecho Civil se asocia a la incorporación de instituciones civiles a la Carta Magna. Tal fue el caso de la unión de hecho estable (art. 77) o los atributos de la propiedad (art. 115) en el texto de 1999. Surge así por ejemplo, el Derecho Civil Constitucional⁷³ o el Derecho Administrativo Constitucional⁷⁴, que supone la incorporación de algunas figuras de tales materias al texto de la Constitución⁷⁵. Ello le atribuye un peso superior a tales institutos que no podrán ser alterados por el Legislador. Sin embargo, no es función típica de la Carta Magna incorporar a su texto instituciones características de determinadas materias lo cual se entiende inclusive desde el punto de vista espacial.

A propósito de estos dos tipos o modalidades de constitucionalización puede decirse que la propiamente dicha depende de la voluntad del Constituyente en tanto que la impropia o interpretativa constituye una obligación de todo intérprete. Esta última parece más importante y frecuente que la mera incorporación de figuras típicas de determinadas materias al texto constitucional. Pues la interpretación es un proceso frecuente y necesario que debe tener por norte el valor superior de la Carta Fundamental.

⁷³ Véase nuestros trabajos: “Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)”, *cit., in totum*; “Notas sobre la constitucionalización del Derecho Civil en Venezuela”, *Jurisprudencia Argentina*. N° 13. Buenos Aires, 2018, pp. 12-35; “Trascendencia de la Constitución en el Derecho Civil venezolano”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N° 10. Idibe. Valencia, 2019, pp. 52-91, <http://idibe.org>; “La constitucionalización del Derecho Civil en el ordenamiento venezolano”, *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 6, N° 15, Brasil, set/diez. 2019, pp. 93-136, <http://culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/928>. Véase también sobre el primero: Silva Aranguren, Antonio: Recensión del libro *Derecho Civil Constitucional* (La constitucionalización del Derecho Civil), de María Candelaria Domínguez Guillén, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 11, 2018, pp. 447-453, <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/01/RVLJ-11-447-453.pdf>

⁷⁴ Véase: Araujo-Juárez, José, *Derecho Administrativo Constitucional*, CIDEP-EJV, Caracas, 2017. Véase resumen sobre el tema en Derecho Administrativo: Hernández-Mendible, Víctor Rafael (“Prólogo”) de: Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional...*, *ob. cit.*, pp. 9-22, cita en pp. 17 y 18, notas 35 a 40, entre otra tantas todas de Brewer-Carías, Allan R.: “Las bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela”, *Revista de Derecho Público* N° 16, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, pp. 5-19; *Derecho Público en Venezuela y Colombia*, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1986, pp. 215-231; “El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia”, *Revista de Derecho Público* N° 55-56, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993, pp. 47-59; “Marco constitucional del Derecho Administrativo en Venezuela”, (Coord. Víctor Hernández-Mendible), *Derecho Administrativo Iberoamericano*, tomo 1, Paredes Editores, Caracas, 2007, pp. 183-220; Brewer-Carías, Allan R. y Hernández-Mendible, Víctor R. *Bases constitucionales del derecho administrativo y del proceso contencioso administrativo en República Dominicana*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Santo Domingo, 2016.

⁷⁵ Véase: Hernández-Mendible, en “Prólogo” en: Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional...*, p. 19, “A ese proceso de constitucionalización por vía de incorporación normativa a la Constitución, se sumó la incorporación expresa de un catálogo de derechos que se enumeran directamente —muchos de los cuales tienen como fuente la legislación ordinaria— o por vía de remisión a los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, que han dado origen a la constitucionalización del derecho internacional y a los derechos específicos que reconocen tales instrumentos, que deben ser regulados legalmente y ser objeto de estudio en el ámbito académico por las respectivas disciplinas jurídicas del Derecho Procesal, Derecho Penal, Derecho Laboral, Derecho Mercantil o Derecho Civil”.

Se afirma así que se ha producido una verdadera “constitucionalización” del Derecho Civil en distintos aspectos: por una parte, supone la entrada en la Constitución de materias e instituciones propias del Derecho Civil, tradicionalmente tratadas por los civilistas (persona, bienes, familia) lo que puede determinar la inmediata inconstitucionalidad sobrevenida de algunos preceptos legales. En segundo lugar, existe un factor de influencia de la Constitución sobre el Derecho Civil, que deriva del reconocimiento constitucional de numerosos principios que han obligado a revisar todo el ordenamiento jurídico privado. En tal sentido, la Constitución ha ocupado un papel motor de cambio, de energía renovadora del Derecho Civil⁷⁶.

Y aunque algunos no estén de acuerdo con la constitucionalización, por considerarla más asociadas a desventajas e inseguridad jurídica⁷⁷, la figura en su matiz impropio permite el refrescamiento de las instituciones por vía de interpretación sin acudir a reformas con base a la primacía de la Constitución y en su sentido propiamente dicho le concede fuerza a las figuras incorporadas al texto constitucional que no podrán ser violentadas por el Legislador por presentar eficacia directa invalidatoria⁷⁸. Todo ello con base al principio de supremacía constitucional.

La constitucionalización se presenta como un «proceso», toda vez que es parte a su vez del proceso de “interpretación”, lo que supone que su impacto en el tiempo dependerá de diversos aspectos según el ordenamiento de que se trate, pues se afirma que ella puede derivar del Constituyente, del Legislador, de los Jueces o de la Academia. Esta última, puede o más bien «debe» ejercer una presencia e incentivo importante en lo pedagógico y doctrinario a los fines de concientizar y “sensibilizar” sobre la relevancia de la norma suprema en la interpretación del orden jurídico. Aunque no se sea partícipe de la figura en estudio, debe admitirse que en toda interpretación, ha de preguntarse el intérprete sobre la necesaria correspondencia con la Carta Fundamental. Poco importará referirse a “Derecho Civil Constitucional» o a «constitucionalización” del Derecho Civil; la terminología es irrelevante, lo verdaderamente trascendente será, no convertir a la esfera del Derecho a interpretar en un estanco desarticulado y lejano de la Carta Fundamental. De allí que Derecho Público y Derecho Privado según hemos reiterado, tienen en común un cuerpo normativo superior que necesariamente ha de guiar el sentido del intérprete: la Constitución⁷⁹.

3. *La publicización de algunas instituciones privadas y la privatización del Derecho Público*

La diferencia entre Derecho Público y Derecho Privado ha ido desdibujando sus límites, pues el interés general se confunde con el interés particular y la distancia entre ello tiende a acortarse. Surge así una relación de doble vía, y puede decirse que se presenta una privatiza-

⁷⁶ Llamas Pombo, Eugenio: *Orientaciones sobre el concepto y método del Derecho Civil*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2002, p. 117.

⁷⁷ Véase: Saghy: *ob. cit.*, pp. 512 y 513.

⁷⁸ Covi, L.D. y J.C. Rivera: *Derecho Civil Parte General*. Abeledo Perrot, J. C. Rivera y G. Medina (Directores), 2016, p. 9.

⁷⁹ Domínguez Guillén, *Derecho Civil Constitucional...*, p. 193; Balaguer Callejón María Luisa: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 44, se aprecian situaciones de mixtura entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado cuando ha de realizarse una interpretación en que se relacionen ambos Derechos. Pero el efecto de irradiación de la Constitución en el Derecho ordinario configura a éste constitucionalmente, lo que crea situaciones difíciles para un Tribunal Constitucional; Ghersi, Carlos Alberto: *Derecho Civil Parte General*. Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 11 y 12, hay una base común para todos los ámbitos del Derecho: la Constitución. Marco de referencia que rige al Derecho Público y al Derecho Privado.

ción del Derecho Público y una «publicización» del Derecho Privado⁸⁰. No deberíamos, pues, asombrarnos de una “penetración” del Derecho Público en el ámbito del Derecho Privado⁸¹. O es más bien, el Derecho Privado el que penetra en el Derecho Público⁸². El proceso de publicización del campo de lo privado, tan característico de la ruptura de los moldes clásicos del Estado liberal abstencionista; y la privatización jurídica del campo de lo público por la tendencia creciente del Estado de despojarse de su imperium, han provocado la obsolescencia y, a veces, imposibilidad, de aquella distinción otrora simple⁸³. Lo público literalmente arropa lo privado; por ello esa «ficticia contradicción» en que han vivido los intereses públicos y particulares⁸⁴.

Decía Mélich Orsini que la idea de la libertad de contrato viene limitada por una serie de potestades intervencionistas del Estado como los contratos «dirigidos» u obligatorios en el caso de ciertos servicios⁸⁵, que entre otros dan lugar a la “publicización del Derecho Privado”⁸⁶. La Administración interviene así en la relación contractual⁸⁷ y el Derecho Administra-

⁸⁰ Arévalo Guerrero, I. H.: *Bienes Constitucionalización del Derecho Civil*, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., Colombia, 2017, p. 31.

⁸¹ Mazeaud, Henri y otros (León y Jean): *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Primera, Vol. I, *Introducción al estudio del Derecho Privado. Derecho Objetivo. Derechos subjetivos*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1976, Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, p. 44.

⁸² *Ibid.*, p. 48.

⁸³ Brewer Carías, Allan R. “La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho.” En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 57, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, pp. 115 y 116.

⁸⁴ Silva Aranguren, A.: “La justicia administrativa socialista, según el Legislador”, *Revista de Derecho Público* N° 122, 2010, p. 101. Creo útil recordar una famosa frase que se le atribuye a Lenin: “todo derecho es derecho público”, con la que se pretende expresar que el Estado todo lo ocupa. Véase atribuyendo la misma frase a Kelsen en 1911: García López, D.J.: “Los antecedentes de la pureza metodológica en el pensamiento de Carl Friedrich Von Gerber”, *Derecho y Libertades* N° 33, Época II, Junio 2015, p. 202, Kelsen en 1911 afirmó que “todo derecho es derecho público”, pues el único que crea Derecho es el Estado.

⁸⁵ Véase: Mélich Orsini, J. *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 61, 5ª ed., 1ª reimp., 2012, p. 23; Correa Henao, M.: “La constitucionalización del Derecho Administrativo económico”, *La constitucionalización del Derecho Administrativo XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, A. Montaña Plata y A. F. Ospina Garzón Editores, Universidad de Externado, Colombia, 2017, p. 211, no hay que olvidar la intervención del Estado en la economía.

⁸⁶ Véase: Brewer-Carías, A.R. “La interaplicación”, *cit.*, p. 60, el proceso de intervención del Estado en la economía antes que mostrar una huida del derecho administrativo, más bien lo que muestra es un proceso de publicización de campos de actividad que en su origen estaban solo regulados por el Derecho Privado; Guzmán Brito, A. “El Derecho”, *cit.*, p. 20, Esta publicización de la esfera privada proviene preferentemente del ámbito del Derecho Administrativo. En ese derecho si bien hay aspectos fundamentales similares al Derecho Constitucional, porque se refieren esos aspectos a la organización del ámbito propio de la cosa pública, existen otros, y cada vez más crecientes, que son de Derecho Público en el sentido de imponer regulaciones de carácter irrenunciable y no supletorio a la esfera privada. Gráficamente podríamos decir que el Derecho Privado se administrativiza; Iturraspe, Francisco: “Situación jurídica de los trabajadores de las cooperativas y empresas de economía social y solidaria: análisis desde el Derecho internacional de los derechos humanos y de la idea de Derecho social”, *Libro Homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/Editorial Jurídica Venezolana/ Baker McKenzie, Caracas, 2019, T. III, pp. 2551 y 2552, Esta clasificación entra en crisis por la interpenetración de ambos mundos, la “publicitación” del Derecho privado y la “privatización” del Derecho público, y,

tivo ha penetrado en campos tradicionales del Derecho Privado⁸⁸. La “contractualización” de la sociedad⁸⁹ o la «socialización» del contrato⁹⁰ es un fenómeno imparable, que ciertamente se proyecta en el ámbito del Derecho Público, pues el contrato tiene un origen en el Derecho Privado. Para otros, el fenómeno inverso también da para aludir a “privatización del Derecho Público”⁹¹, conformando más que una huida al Derecho privado⁹². Pero la reducción de la esfera pública⁹³ no se ha producido tan solo con las privatizaciones y desregulaciones sino también mediante externalizaciones, esto es, entregar a los particulares funciones y competencias públicas⁹⁴.

más adelante, por la crisis del Estado, la aparición del Estado de Bienestar y las transformaciones de las relaciones entre el Estado y la sociedad, y del mundo internacional y los efectos de la Mundialización.

⁸⁷ Brewer-Carías, A. R. “La interaplicación”, *cit.*, p. 60, en materia arrendaticia, de bancos y otras instituciones financieras como en materia de seguro.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 62.

⁸⁹ Rochfeld, Judith: *Les grandes notions du droit privé*. Thémis. Paris, 2016, pp. 435 y 436.

⁹⁰ Santos Briz, Jaime: *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*. Comares. Granada, 1992, pp. 16 y 18.

⁹¹ Mantilla Espinosa, F. «La «constitucionalización», *cit.*, p. 247. Véase también: Bacigalupo Saggese, M. “El derecho público ante la privatización y liberalización de los servicios de interés general: ¿repliegue o transformación?”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, N° 16, UNED, 2000, p. 160, la privatización aparece cada vez más en el debate político y social como la solución (mágica, me atrevería a decir) a todos los (supuestos) males de lo público, a saber, entre otros: la ineficiencia y el carácter deficitario de las actividades prestacionales de naturaleza o titularidad públicas; el costo, en ocasiones excesivo, así como el estancamiento en calidad y avances tecnológicos de los servicios disponibles (consecuencia en amplia medida, se afirma, de su prestación en régimen de monopolio), el creciente endeudamiento del sector público, etc. A esta tendencia de progresivo acoso y descrédito de lo público tampoco escapa, como resulta fácil de suponer, la rama pública del Derecho, esto es, el Derecho Público; y, más concretamente, el Derecho Administrativo; Operti Badán, *ob. cit.*, p. 168, Un punto sobre el que se advierte un creciente acuerdo conceptual es el de la “privatización” del Derecho público con el incremento de las fuentes no estáticas, por una parte, y la “aplicación directa y horizontal de los derechos humanos”, esta última en el marco de un neoconstitucionalismo que acrece sin una demarcación previsible la que, no obstante, actúa junto a las normas de conflicto de leyes

⁹² Bacigalupo Saggese, M. “El derecho”, *cit.*, p. 161, A los primeros tímidos pasos en que consistió la huida del Derecho administrativo general a través de la descentralización funcional siguió al poco tiempo –en expresión tomada de la doctrina alemana– la huida, pura y simple, al Derecho Privado; una huida que, en realidad, no es sino una huida de todo Derecho. En esta segunda etapa (que, si bien se halla en buena medida superada por el actual proceso privatizador *stricto sensu*, permanece plenamente vigente al día de hoy) se produce lo que –también en Alemania– se ha dado en llamar la privatización formal (*formelle Privatisierung*) de las actividades prestacionales de naturaleza pública; es decir, una privatización impropia que no afecta ni a la titularidad ni al carácter materialmente públicos de aquéllos, sino sólo a sus formas de organización y/o de gestión, que –con el objeto, precisamente, de eludir la aplicación de la asfixiante legislación administrativa en materia de procedimiento, contratación, selección y gestión de personal, régimen patrimonial, pre-supuestario y económico-financiero, etc.– son reemplazadas por formas de personificación –y, por ende, de actuación– jurídico-privadas.

⁹³ Véase: Romay Inciarte, *ob. cit.*, p. 548, sin embargo en la actualidad, ha perdido importancia el criterio dominante debido a que cada día el Estado participa más en el ámbito del comercio internacional como sujeto de derecho privado.

⁹⁴ Cassese, S. *Derecho Administrativo: historia y futuro*, Instituto Nacional de Administración Pública/Editorial Derecho Global, España, 2014, p. 410.

Por consiguiente, el movimiento pendular del Derecho Administrativo entre la esfera pública y privada parece no detenerse⁹⁵. Si se pensara que el Derecho Público domina legítimamente al Derecho Privado, no puede ser en definitiva pues, sino para servirlo y reforzarlo⁹⁶.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

La necesaria interconexión entre Derecho Público y Derecho Privado es de vieja data. Más que preocuparnos por los discutidos criterios distintivos entre ambas disciplinas, que no pueden desestimarse enteramente⁹⁷, deberíamos centrarnos en sus puntos comunes, pues múltiples son los ejemplos en que tales materias se dan la mano. Ello evidencia, que ha quedado un tanto superada la clásica expresión “esa no es mi área”, pues aunque así sea, todos precisamos un mínimo conocimiento tanto del Derecho Público como del Derecho Privado, porque la publicización del Derecho Privado o la Privatización del Derecho Público en figuras como la constitucionalización del Derecho Privado, el carácter supletorio del Derecho Civil o la huida del Derecho Público al Derecho Privado, son simples ejemplos de que “entre” ambas esferas del Derecho existen más puntos comunes que diferencias.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 413.

⁹⁶ Mazeaud y otros, *ob. cit.*, p. 50, cita a René Savatier (*Droit privé et droit public*, 1946).

⁹⁷ Véase: Lacruz Berdejo y otros, *ob. cit.*, p. 34, la distinción entre Derecho Público y Privado pese a su completa relatividad, no autoriza a desconocerla definitivamente. Pues conserva todavía con las matizaciones que se quiera en el terreno científico y práctico que no puede dejar de manifestarse en el plano didáctico, y que representa para el Jurista, no tanto por inercia de la tradición, sino como posicionamiento y referencia básicos, orientadores de la potencial diversidad operativa de las normas que maneja dentro de la dinámica del sistema, un apreciable instrumento metodológico de trabajo.

Espíritu y líneas maestras del Estado democrático de derecho

José Ignacio Hernández G.

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello

Resumen: *El Estado de Derecho surge, en Venezuela, como resultado de la revolución de independencia y el intento de organizar a la naciente nación como una República, tal y como explicara Juan Germán Roscio. La posterior democratización del sistema político venezolano permitió consolidar las bases constitucionales del Estado de Derecho, aun cuando la crisis del sistema político, promovido por las instituciones del Petro-Estado, llevó a buscar soluciones al margen del Estado de Derecho, como resultó del proceso constituyente de 1999. A partir de entonces, el Estado democrático de Derecho en Venezuela sufrió un paulatino proceso de retroceso, al punto que perdió todo sentido como ordenamiento jurídico susceptible de promover la cohesión social.*

Palabras Clave: *Estado de Derecho, Estado democrático, democracia constitucional, Derecho Constitucional Venezolano, proceso constituyente de 1999, Petro-Estado.*

Abstract: *The rule of law arises, in Venezuela, as a result of the independence revolution and the attempt to organize the new nation as a Republic, as explained by Juan Germán Roscio. The subsequent democratization of the Venezuelan political system allowed the consolidation of the constitutional foundations of the rule of law, even when the crisis of the political system, promoted by the institutions of the Petro-State, led to the search for solutions outside the rule of law, as resulted from the 1999 constituent process. From then on, the constitutional democracy in Venezuela suffered a gradual process of regression, to the point that it lost its ability to promote social cohesion.*

Key words: *Rule of Law, Democratic State, constitutional democracy, Venezuelan Constitutional Law, 1999 constituent process, Petro-State.*

SUMARIO

- I. LAS CAUSAS DE LAS MISERIAS QUE HAN MINADO INTERIORMENTE LA FELICIDAD DE LOS PUEBLOS: ROSCIO Y LA FUNDAMENTACIÓN REPUBLICANA DE NUESTRO ESTADO DE DERECHO
- II. LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN VENEZUELA: A LA SOCIEDAD CORRESPONDE MANDAR, AL GOBIERNO SERVIR
- III. CONSTRUCCIÓN Y CRISIS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1961. LA TRAICIÓN DEL PETRO-ESTADO Y EL CULTO AL OLVIDO
- IV. EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999 O EL MITO DE SATURNO
- V. LA CONSTITUCIÓN DE 1999: DE LA REFUNDACIÓN DEL ESTADO AL ESTADO COMUNAL
- VI. EL ESTADO COMUNAL EN CONTRA DE LA ASAMBLEA NACIONAL: LA EVIDENCIA DE LA CRISIS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO
- VII. ¿CÓMO SUPERAR LA CRISIS? ¿HACE FALTA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN? EL DILEMA URÓBORO
- VIII. HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO: CONSTRUYENDO UNA DEMOCRACIA PLURIDIMENSIONAL BAJO LA CENTRALIDAD DEL CIUDADANO

- IX. HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO: EL RESCATE DE LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL MODELO REPUBLICANO
- X. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL ESTADO DE DERECHO Y LA CENTRALIDAD DEL CIUDADANO. EL APORTE DE LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA CATÓLICA

BIBLIOGRAFÍA

- I. LAS CAUSAS DE LAS MISERIAS QUE HAN MINADO INTERIORMENTE LA FELICIDAD DE LOS PUEBLOS: ROSCIO Y LA FUNDAMENTACIÓN REPUBLICANA DE NUESTRO ESTADO DE DERECHO

Hace doscientos años, en septiembre de 1817, Juan Germán Roscio publicó en Filadelfia su libro *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*. Lo escribió con un objetivo claro: demostrar que la Biblia no se oponía a la fundamentación de la Independencia, esto es, a la creación de un *modelo republicano*. Luego de su experiencia en los años iniciales de nuestra Independencia (1810-1812) Roscio comprendió que la efectiva fundación de la República implicaba, antes que nada, un *cambio de mentalidad*. Y que ese cambio debía llevarse de la mano de la religión católica, cuya errada interpretación había sido empleada para la defensa del orden monárquico en contra del orden republicano.

Roscio conocía muy bien cómo la religión podía emplearse para justificar el despotismo. En su obra, por ello, se refiere al “*triple yugo de la monarquía absoluta, el fanatismo religioso y los privilegios feudales*”. La monarquía despótica había impuesto el “*abuso de la Escritura*” de tal forma, que “*el sistema de la tiranía se respetaba como artículo de fe*”. La abolición de la monarquía absoluta, mediante la adopción del modelo republicano, implicaba por ello extraer, de la Biblia, la fundamentación del modelo republicano que los venezolanos de 1810 comenzaron a edificar.

¿En qué consistía, precisamente, ese modelo republicano, en cuya defensa –desde la interpretación de la Biblia– Roscio escribe su libro en 1817? Las bases de ese modelo comenzaron a definirse, tímidamente, el 19 de abril de 1810, pero progresivamente fueron asumidas con mayor vigor, hasta quedar claramente dibujadas en nuestra primera Constitución de 1811. La esencia de ese modelo republicano partía de la revalorización del ciudadano, que de súbdito pasivo pasó a ser considerado titular de *derechos naturales e inalienables*. Tales derechos permitían al ciudadano, reunido en sociedad y en ejercicio de la *soberanía popular*, constituir el Gobierno, cuyo poder, consecuentemente, quedaba *limitado*. El modelo republicano, por ello, no se basaba solo en el reconocimiento de la soberanía popular, sino en el reconocimiento del carácter limitado del Gobierno, que debía controlarse a fin de prevenir su despotismo. Ese control se logró a través de varias técnicas, entre ellos, la separación de poderes; el diseño de controles jurídicos sobre el Gobierno, principalmente, por parte del Poder Judicial, y el reconocimiento de mecanismos de participación y control ciudadanos, incluyendo el ejercicio de la libertad de expresión.

No se trató de un modelo original, pues en la práctica, Roscio –y los otros constructores de nuestra República civil– se inspiraron en los principios de la Antigua Constitución Británica, condensados y perfeccionados en la Revolución de Estados Unidos de Norteamérica. En Venezuela, estos principios, como bien puede suponerse, tuvieron que ser adaptados a las particulares condiciones de nuestra sociedad colonial, lo que implicó más de una matización que, sin embargo, no desvió a los venezolanos de entonces del objetivo de organizar al naciente Estado como una República.

Este modelo republicano reconocía, entonces, la idea básica del *Estado de Derecho* como la forma de organización política en la cual el poder es *juridificado*, esto es, precisado y concretado a través de la Ley y bajo la supremacía de la Constitución. La Constitución ocu-

pó, así, el lugar central de nuestra naciente República, lo que evidenció la influencia de la Revolución de Estados Unidos de Norteamérica y el distanciamiento a la Revolución Francesa, cuya pieza jurídica central fue la Ley, esto es, el *legiscentrismo*. Este especial lugar de la Constitución –entendida, con Locke, como un *pacto de libertad*– permite comprender cómo Roscio (al igual que lo hizo antes Sanz, y luego lo haría Yanes) negó el *deber de obediencia ciega* a la Ley y al Gobierno, afirmando por el contrario la *obediencia racional*. Pues una obediencia ciega, escribió Roscio, bien pronto conducía al despotismo.

Ahora bien, estas bases de nuestro Estado de Derecho, como expresión jurídica del modelo republicano, quedaron tempranamente dibujadas en el *Reglamento para la elección de Diputados* de 11 de junio de 1810. Se trata no solo del primer instrumento de nuestro Derecho Electoral. Con mayor importancia, ese *Reglamento*, en su “alocución”, resume los principios centrales del modelo republicano. Así, el *primero de esos principios* es la representación popular:

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

El origen democrático de la soberanía se traduce en la delegación, que de acuerdo con el *Reglamento*, es el acto jurídico por el cual los ciudadanos, libres e iguales, encomiendan el ejercicio de esa soberanía a un cuerpo legislativo, pero siempre de manera limitada. La delegación debe entonces “*restringirse de tal manera*” que los delegados no puedan “*mandar con arbitrariedad ni abusar de vuestra confianza*”.

Tal es, precisamente, el *segundo principio* afirmado en el *Reglamento*: el acto arbitrario es el acto del Poder que, ejercido fuera de la representación –entiéndase, fuera de la Ley– limita la libertad. Esta es la diáfana afirmación del principio de legalidad: los delegados –organizados de acuerdo con el principio de separación de poderes– deben obrar de manera subordinada a la voluntad general, lo cual es necesario para fundar “*bases racionales y decorosas*”. Para nosotros, está aquí implícita la idea de la *Constitución* –como acto que limita el ejercicio de la soberanía por los delegados– y también, en cierta manera, el de la jerarquía de las fuentes del Derecho, pues los actos de los delegados –las providencias– quedan subordinados a la Constitución, lo cual pasa por aceptar su supremacía.

El *tercer principio* afirmado en el citado *Reglamento* es la separación de poderes. Su formulación no puede ser más elocuente:

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

La concentración de poderes ha minado interiormente la felicidad de los pueblos, pues no garantiza el control del poder que, como consecuencia, abusa, esto es, impone restricciones arbitrarias a la libertad. Por el contrario, la separación de poderes –dentro del modelo republicano– coadyuva al control del poder y, por ende, previene su arbitrariedad en defensa de la libertad.

Estos principios, reiterados a lo largo de diversos actos dictados por la *Junta Suprema* y luego por el *Congreso*, quedaron magníficamente expuestos en la Constitución de 1811. En efecto, la Constitución de 1811 recogió los principios del régimen republicano, basado en la separación de poderes (“el ejercicio de esta autoridad confiada a la Confederación no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones”, de acuerdo con su preámbulo), e incluye, en sus artículos 141 y siguientes, normas inéditas que, más bien, parecen declaraciones sobre principios políticos. En efecto, ese artículo 141 señala que al constituirse los hombres en

sociedad ellos renuncian a la “*libertad ilimitada y licenciosa a que fácilmente los conducían sus pasiones, propias sólo del estado salvaje*”. Asimismo, el artículo 144 define a la soberanía como el “*supremo poder de reglar o dirigir equitativamente los intereses de la comunidad*”, y ella reside en la “*masa general de los habitantes*”, ejerciéndose por medio de sus representantes (pero nunca por un individuo, como acota el artículo 145). De esa manera, “*la ley es la expresión libre de la voluntad general o de la mayoría de los ciudadanos*”, y debe proteger “*la libertad pública e individual contra toda opresión o violencia*”, con lo cual, la tiranía –o arbitrariedad– vuelve a ser definida en referencia a los actos ejercidos contra cualquier persona “*fuera de los casos y contra las formas que la Ley determina*”.

Nótese que la voluntad general se equipara a la voluntad de la mayoría, dentro del sistema de elección censitario que la Constitución recogió. Por ello, la libertad es concebida dentro de los límites a la Ley, reconociéndose que “*no se puede impedir lo que no está prohibido por la Ley y ninguno podrá ser obligado a hacer lo que ella no prescribe*”.

Por consiguiente, la Ley es vinculante –artículo 227– salvo cuando vaya contra el tenor de la Constitución. Con esto, el Texto de 1811 reiteró que la obediencia a la Ley no podía ser ciega, pues tal obediencia cedía en caso de Leyes y actos del Gobierno contrarios a la Constitución, esto es, actos que arbitrariamente violen la libertad.

II. LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN VENEZUELA: A LA SOCIEDAD CORRESPONDE MANDAR, AL GOBIERNO SERVIR

Los principios que Roscio contribuyó a edificar en la Constitución de 1811 permanecieron en el resto de los Textos que han regido nuestra vida republicana, accidentada por lo demás. Estos principios fueron condensados en la fórmula que recogió el artículo 6 de la Constitución de 1830, y que en lo formal, se mantiene hasta nuestros días: “*el Gobierno de Venezuela es y será siempre republicano, popular, representativo, responsable y alternativo*”. Francisco Javier Yanes, en su *Manual Político del Venezolano*, de 1839, expuso, a partir de esa norma, las bases constitucionales de nuestro Estado democrático de Derecho:

“El gobierno, pues, se instituyó por la sociedad para su seguridad, perfección y bienestar. De donde se sigue que el soberano, jefe o cabeza de un Estado, no es el señor de aquélla, sino un ministro o mandatario, encargado de cumplir con las obligaciones de la comunidad y de reclamar sus derechos”.

De allí Yanes extrajo el principio de subsidiariedad del Estado:

“La sociedad fue primero; ella es independiente y libre en su origen: por ella y para ella fue que se instituyó el gobierno, que no es sino un instrumento suyo. A la sociedad corresponde mandar, al gobierno servir”.

La expresión “Estado democrático”, que no es de uso frecuente en estos textos, queda así enlazada con el Estado de Derecho. La conexión entre ambas expresiones la encontramos en el principio de representación: teniendo la soberanía origen popular, ésta se ejerce en la elección del Gobierno representativo, que asume un carácter vicarial, esto es, de servicio a los ciudadanos. Para ello debe ser un Gobierno limitado en la Ley, que es la expresión de la representación popular.

Y el Gobierno solo puede ser limitado si la Ley, a su vez, se subordina a la Constitución, que es la norma suprema. En la idea del Gobierno representativo, por ello, el Estado democrático y el Estado de Derecho se funden inseparablemente, para afirmar la *necesidad* del Gobierno y los *riesgos* del Gobierno. En palabras de Yanes:

“De este modo es que el sistema representativo, el mayor y más benéfico descubrimiento de la política moderna, una a la libertad de la democracia la soberanía la aristocracia y la energía de la monarquía; y de este modo es que en él la mayor suma de poder se una a la más grande suma de libertad”.

Pero el modelo republicano, lo explicamos ya, tuvo que adoptarse a las peculiares condiciones de nuestra sociedad colonial y desigual, lo que implicó más de una matización. En especial pues los conflictos no resueltos con la Independencia agravaron la preocupación fundamental de preservar las estructuras internas de poder. De ello resultó un modelo original, sin duda: la *República Liberal Autocrática*, de acuerdo con Germán Carrera Damas. Desde una perspectiva histórica, esta expresión pretende resumir cómo el modelo republicano se expresó en formas autocráticas de poder, o sea, formas de poder que no derivaban de la soberanía popular. Se trató además de una República Liberal Autocrática signada por el mando militar, en lo que podría considerarse una especie de pretorianismo.

De allí el formalismo jurídico (Pérez Perdomo) presente en los regímenes autocráticos que intentaron organizar institucionalmente a la República en el siglo XIX, en un intento que será alcanzado por el régimen Juan Vicente Gómez. De su larga tiranía emergió el Estado ordenado y centralizado, así como las bases del Estado de Derecho, que tras diversos tropiezos –y notables avances– lograría fundirse en la práctica –y no solo en el plano formal– con el Estado Democrático a partir de 1958 y en especial, luego de la Constitución de 1961. La República Liberal dejaba de ser autocrática para pasar a ser democrática.

III. CONSTRUCCIÓN Y CRISIS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1961. LA TRAICIÓN DEL PETRO-ESTADO Y EL CULTO AL OLVIDO

La Constitución de 1947, en la historia del Derecho Constitucional venezolano, tiene una importancia fundamental. Esa Constitución plasmó, por vez primera, el proyecto de la República Liberal Democrática, en la esperanza de fundar, a partir de ella, el Gobierno representativo. Además, esa Constitución es también importante pues formalizó la transformación del *Estado de Derecho* en *Estado Social de Derecho*, al asignar al Estado diversos cometidos orientados a asegurar condiciones mínimas de igual, sin abdicar de las garantías propias del Estado de Derecho.

Un nuevo régimen dictatorial impidió el desarrollo efectivo de la República Liberal Democrática así fundada. Con el reinicio de la democracia en 1958, ese proyecto fue retomado en la Constitución de 1961, que en nuestra historia ocupa lugar central al tratarse del Texto de mayor vigencia –formal y práctica– que logró consolidar las bases constitucionales de nuestro modelo republicano, a través del Estado Democrático y Social de Derecho.

Esa Constitución, en efecto, resumió los principios cardinales que desde 1810 se habían venido afirmando: soberanía popular; gobierno representativo; separación de poderes; principio de legalidad; supremacía constitucional y reconocimiento de derechos fundamentales. Junto a estos principios, la Constitución de 1961 también reconoció la figura del *Estado social*, que ya desde 1947 se había afirmado constitucionalmente a través del valor de la justicia social.

Para lograr que estos principios lograsen asentar instituciones democráticas duraderas, la Constitución –como reflejo del Pacto de Punto Fijo– estableció un Gobierno central, caracterizado por el presidencialismo mixto, o sea, un modelo de gobierno basado en la preponderancia del Poder Nacional y del Presidente de la República pero con elementos de sujeción parlamentaria. No se trató, sin embargo, de un modelo rígido. Por el contrario, la Constitución de 1961 fue redactada en términos flexibles, al punto de permitir que, con la consolida-

ción del modelo democrático, se adoptasen importantes transformaciones a la organización del Estado sin necesidad de modificaciones constitucionales, a través de la construcción –mediante Ley– del Estado Federal, o sea, de la descentralización político-territorial.

Pero la Constitución de 1961 fue promulgada bajo condiciones económicas contrarias a sus objetivos. Nos referimos a la progresiva transformación de Venezuela en un Petro-Estado. Entendemos por tal al Estado que es económicamente autónomo, en el sentido que no requiere del poder tributario para obtener recursos orientados a cubrir el gasto público, en tanto ese gasto es financiado con la renta petrolera.

El Petro-Estado se consolidó con la llamada nacionalización petrolera de 1975. A partir de entonces, el Estado pasó a ser no solo propietario de los yacimientos –condición histórica que se adoptó en los orígenes de nuestra República– sino además, propietario de la industria y comercio de los hidrocarburos. Ello le permitió captar la totalidad de la renta petrolera, la cual fue distribuida en la economía venezolana a través de un amplio y heterogéneo aparato burocrático. El Estado, en la llamada “Gran Venezuela”, pasó a ser el actor principal de la economía.

En nuestra opinión, ese Petro-Estado fue el principal obstáculo para la materialización del proyecto político plasmado en la Constitución de 1961. Frente al modelo de presidencialismo mixto en el marco de la separación y equilibrio de poderes, el Petro Estado fomentó la concentración de poderes –jurídicos, económicos y políticos– en el Gobierno Nacional. Frente a la propuesta de la descentralización, el Petro-Estado promovió la centralización. Frente a las libertades económicas, el Petro-Estado promovió la intervención hegemónica del Estado a través de un *estado de excepción* que, vale la pena recordarlo, se inauguró el mismo día en que la Constitución, formalmente, entró en vigencia.

Para 1983 las consecuencias del Petro-Estado evidenciaban el agotamiento del modelo desarrollado bajo su amparo. El llamado *viernes negro* no fue solo una crisis económica: fue, mucho más, una crisis política, o, más bien, la crisis del modelo político derivado de la degeneración del proyecto de Estado plasmado en la Constitución. En 1984 el consenso político acerca de tal crisis llevaría a crear a la Comisión para la Reforma del Estado (COPRE), cuyas propuestas solo fueron tardíamente implementadas, en especial, en 1989, cuando a través de diversas Leyes se desmontó el Estado centralizado a fin de construir el Estado Federal mediante la descentralización político-territorial a favor de Estados y Municipios. Poco después se inició un ambicioso programa de reforma económica para desmontar la economía estatista y sustituirla por una economía de mercado, lo que supuso importantes intentos de reforma del marco institucional.

Las reformas, como ya dijimos, fueron sin embargo tardías. O en todo caso, no lograron detener el colapso del modelo. El discurso de la *anti-política* se instaló con facilidad entre nosotros. Esto es, el discurso que entendía que nuestra crisis era causada por un modelo de Estado que se había “agotado”.

La crisis, con elocuencia, fue calificada de “terminal”. Las instituciones del Estado democrático de Derecho, que tan bien había asentado la Constitución de 1961, fueron objeto de severos ataques. Muy pronto surgió la idea seductora de la *asamblea nacional constituyente*, como una suerte de fórmula mágica capaz de derrumbar esas instituciones –y la Constitución que las contenía– a fin de fundar “un nuevo Estado”.

El 23 de enero de 1998, cuando en el horizonte de la República ya se atisbaba el nubarrón de la *asamblea constituyente*, Luis Castro Leiva lanzó esta advertencia desde el entonces Congreso de la República:

“Estos pensamientos desdeñosos de la democracia representativa, hechos por la alquimia levantisca y demagógica de caudillejos, nos dicen que es necesario reinventar una democracia directa de las masas. Y nos dicen, además, que hay hacerlo fuera de este lugar. Este sueño «anarquista» consiste en que cada quien lleve su silla de congresista –su curul– como quien lleva una loncherita para manducarse la república y formar, en un acto de participación política instantánea, una especie de guarapita cívica, la voluntad general de todos. Y así, desde un patio de bolas o una mesa de dominó, en alguna gallera, dice este robusto sueño anarquista, cada miembro de la «sociedad civil», sin intromisión del Estado ni de los partidos, decidirá por su cuenta y gana lo que mejor convenga para todos los venezolanos. El grito de batalla de esta profecía es simple: la nación es la de quien pueda tener las ganas de encarnarla...”

La propuesta de la *asamblea nacional constituyente* basada en la “abolición” del Estado fundado en la Constitución de 1961 partía precisamente de ese culto al olvido. Pues lo logrado hasta entonces era, en nuestra accidentada historia republicana, un hito más que importante. En 1998 el modelo democrático fundado en 1958 alcanzaba cuarenta años de vigencia, mucho más que cualquier otro régimen político en Venezuela, incluyendo la larga dictadura de Juan Vicente Gómez. Un modelo, ciertamente, que exigía importantes ajustes, pero que bien han podido implementarse al amparo de la Constitución de 1961.

“*Hemos aprendido bien a educar el olvido*”, afirmó Castro Leiva en ese discurso. ¿Qué debía hacerse entonces? Esta es la respuesta de Castro Leiva:

“La respuesta es elocuente: que dejemos ya de celebrar el olvido. Que ustedes, ciudadanos representantes, políticos de profesión y oficio, controlen sus pasiones, midan sus acciones y descubran para nosotros que todavía la política es una práctica humana, que todavía depende para ustedes de la virtud tanto como del vicio y que su responsabilidad se juega moralmente en sus decisiones. Sólo así, pienso, podremos soñar con cuarenta años más de democracia”.

No fue ello lo que sucedió. Al final triunfó la idea de la *Asamblea Nacional Constituyente*, que invocando el pomposo título de la *soberanía popular directa*, escondió la *guarapita cívica* a la que se refirió Castro Leiva. Una guarapita que disolvió a la Constitución, y con ella, al propio Estado de Derecho.

IV. EL PROCESO CONSTITUYENTE DE 1999 O EL MITO DE SATURNO

La campaña presidencial de 1998 estuvo dominada por dos ideas. La *primera*, el consenso en torno a la “crisis terminal” del modelo de Estado previsto en la Constitución de 1961. La *segunda*, la necesidad de aprobar una nueva Constitución a través de la *Asamblea Nacional Constituyente*. Que se haya negado la facultad del entonces Congreso de la República para modificar la Constitución era índice revelador de que, en el fondo, se cuestionaba la legitimidad de todo el sistema, de forma tal que era preciso procurar una solución exógena.

Estas ideas fueron asumidas por el entonces candidato Hugo Chávez, quien en su programa de gobierno justificó, así, la idea de la *Asamblea Nacional Constituyente*:

“Cuando una situación llega a tal grado de descomposición, nace entonces del propio seno del pueblo una fuerza legítima indetenible, capaz de impulsar la transformación de ese marco institucional. Esa fuerza es el Poder Constituyente. Poder éste que se ha activado en Venezuela, generando un proceso transformador verdaderamente democrático y revolucionario: el Proceso Constituyente, el cual se desarrolla en varias fases, siendo algunas de ellas la convocatoria y la realización de la Asamblea Nacional Constituyente, instancia político-jurídica que originará un nuevo marco institucional para la refundación de la República, la reestructuración del Estado y el establecimiento de un nuevo consenso político y social”.

La propuesta consistió, en resumen, en *refundar* al Estado. Luego de su elección, Chávez llevó a la práctica su planteamiento a través del *Decreto N° 3*, por el cual convocó al

referendo consultivo para la elección de la *Asamblea Nacional Constituyente*. Apelando a la *soberanía popular directa*, el mencionado Decreto invocó, entre otras, la siguiente razón:

“El sistema político venezolano está en crisis y sus instituciones han sufrido un acelerado proceso de deslegitimación. A pesar de esta realidad, los beneficiarios del régimen, caracterizado por la exclusión de las grandes mayorías, han bloqueado, en forma permanente, los cambios exigidos por el pueblo. Como consecuencia de esta conducta se han desatado las fuerzas populares que sólo encuentran su cauce democrático a través de la convocatoria del Poder Constituyente Originario...”

La alusión al *poder constituyente originario* no fue casual. Desde que Chávez había defendido la propuesta de la *asamblea constituyente*, diversas voces se levantaron para oponer una objeción jurídica: la Constitución de 1961 era una Constitución *rígida*, esto es, una Constitución que solo podía ser modificada por los mecanismos previstos en ella, entre los cuales no se encuentra la *asamblea constituyente*. Por lo tanto, no podía consultarse al pueblo sobre la convocatoria de un órgano –*Asamblea Nacional Constituyente*– que no estaba en la Constitución.

Quienes defendieron jurídicamente la propuesta de Chávez se limitaron a alegar –muy pobremente– que la ausencia de previsión constitucional de la *Asamblea Nacional Constituyente* era un detalle formal. Tras ese razonamiento subyacía la clara oposición entre el *Estado democrático* y el *Estado de Derecho*, y con ello, la perversión del concepto de democracia, reducido al ejercicio “directo” de la soberanía popular, sin límites ni controles. Desde 1811 ambos componentes del Estado se habían asumido de manera inseparable.

Pero en 1999 se separaron: si el *Estado de Derecho* se opone al *Estado democrático*, éste debe ceder. El planteamiento consistió, entonces, en afirmar la existencia de la democracia fuera del Estado de Derecho, esto es, de una *democracia directa* que al ser resultado de la *soberanía popular*, no se sujeta a regla alguna, siquiera, a la propia Constitución de 1961.

La discusión jurídica, como era inevitable, llegó al guardián de la Constitución: la Corte Suprema de Justicia. El asunto sometido a la Sala Político-Administrativa de esa Corte, en dos casos, era muy sencillo: determinar si el referendo consultivo, previsto en la entonces vigente *Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política*, podía emplearse para convocar a la *Asamblea Nacional Constituyente*, figura no prevista en la Constitución.

De haber obrado como Juez, es decir, limitándose a la interpretación de la Constitución tal y como ésta había sido redactada, la respuesta ha debido ser negativa: la Constitución de 1961, como ya se dijo, era *rígida*, y no admitía mecanismos de modificación no previstos en ella. Tal solución en modo alguno desconocía la soberanía popular, pues esa soberanía –como todo poder– debe ser limitada, especialmente, por la propia Constitución.

Pero no fue ello lo que decidió la Corte Suprema de Justicia. En dos sentencias del 19 de enero de 1999, la Corte dio una muy larga interpretación sobre el concepto de soberanía popular y su relación con el poder constituyente. En la primera de esas sentencias –la número 17– se afirmó que la representación popular no afectaba el ejercicio directo de la soberanía:

“De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación. La Constitución ha previsto a través del sufragio la designación popular de los órganos de representación; pero, no ha enumerado los casos en los cuales esta potestad puede directamente manifestarse”.

A partir de esa premisa, la Corte afirmó lo siguiente:

“la soberanía popular se convierte en supremacía de la Constitución cuando aquélla, dentro de los mecanismos jurídicos de participación decida ejercerla”.

La Constitución no fue valorada como un *pacto de libertad*, sino como la propia expresión de la soberanía directa del pueblo, o sea, de su poder constituyente. De allí que, para la Corte, podía consultarse al pueblo, por medio del referendo, sobre la convocatoria de la *Asamblea Nacional Constituyente*.

Esta conclusión no fue expresamente afirmada, pero se desprendía de los textos de las sentencias dictadas. Ante el alegado conflicto entre el Estado Democrático y el Estado de Derecho, prevaleció el segundo, transmutado en poder soberano directo. No le faltó la razón al catedrático de Derecho Constitucional de Italia, Pace, al afirmar que ese día murió la Constitución en Venezuela.

Una vez iniciado el proceso constituyente, y como era de esperar, éste resultó incontrolable. Al instalarse, la Asamblea Nacional Constituyente afirmó su carácter originario, o sea, no subordinado a ninguno de los Poderes Públicos ni a la Constitución. Una tesis distinta se había incluido en las bases de esa asamblea, sujetas a consulta popular. Con fundamento en ello, la Corte Suprema de Justicia intentó subordinar la Asamblea Nacional Constituyente a sus decisiones. El esfuerzo resultó inútil: una vez que se admite que la *soberanía directa* puede ejercerse más allá de lo que establezca la Constitución, es muy difícil sujetar tal soberanía a la interpretación judicial de la Constitución. La Corte Suprema de Justicia, el 19 de enero de 1999, había abierto la *caja de Pandora*, que después no pudo cerrar.

Fue por ello que, en realidad, la Asamblea Nacional Constituyente no asumió como tarea principal la discusión y aprobación de una nueva Constitución. Más bien se encargó de intervenir a los Poderes Públicos previstos en la Constitución de 1961. La separación de poderes cedió frente al poder absoluto de la asamblea nacional constituyente, que degeneró así —empleando expresiones de Roscio— en un poder despótico.

La situación no varió luego de la aprobación de la Constitución en referendo popular de 15 de diciembre de 1999. Luego de aprobada la nueva Constitución, la Asamblea Nacional Constituyente continuó actuando en violación a ésta, al crear un órgano desconocido para la Constitución, denominado “Comisión Legislativa Nacional”. A través de ese mecanismo, la Asamblea Nacional Constituyente extendió su poder más allá de la propia Constitución, designando a parte de los nuevos Poderes Públicos.

En resumen, el proceso constituyente de 1999 puede ser explicado a través del mito de Saturno, magistralmente representado por Goya. La Asamblea Nacional Constituyente, cual Saturno, se devoró a su hija, la Constitución de 1999. Una Constitución que nació como resultado de la violación de la Constitución de 1961, y que luego de aprobada, fue violada por su propio creador.

V. LA CONSTITUCIÓN DE 1999: DE LA REFUNDACIÓN DEL ESTADO AL ESTADO COMUNAL

La Constitución de 1999 se presentó, por sus defensores, como expresión de una nueva organización del Estado venezolano, que había sido refundido. Se trató de una clara manipulación, sin duda, impulsada por la necesidad de justificar el proceso constituyente. Pues lo cierto es que, desde una perspectiva formal, entre la Constitución de 1961 y la Constitución de 1999 hay más semejanzas que diferencias. En especial, las bases constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho, presentes en la Constitución de 1961, se preservaron casi sin variación en la Constitución de 1999.

Sin embargo, la nueva Constitución introdujo algunas modificaciones, ciertamente menores, si se le valoran en el conjunto de la Constitución, pero que, con el paso del tiempo, resultaron ser determinante. Limitando nuestro análisis a las bases constitucionales del Estado, cabe apuntar tres grandes modificaciones:

La *primera* modificación es la clara preferencia de la llamada *democracia participativa* en sustitución de la *democracia representativa*. Esta preferencia se aprecia en el lenguaje. Por ejemplo, el tradicional principio representativo fue sustituido por el principio electivo. El partido político, institución clave del modelo representativo, no es siquiera mencionado en la Constitución. Pero tal preferencia se aprecia, también, en el fondo de la Constitución: la participación ciudadana directa fue exacerbada, al reconocerse diversas manifestaciones de la participación ciudadana, no solo en el ámbito político sino también en el ámbito socioeconómico. Una de las expresiones más significativas la encontramos en el artículo 70 de la Constitución, norma que alude a un órgano (“la asamblea de ciudadanos y ciudadanas”), cuyas decisiones son “vinculantes”. Con esa afirmación se reconocía la existencia de decisiones que, pese no provenir de los órganos del Poder Público, eran “vinculantes”.

La *segunda* novedad es el presidencialismo acentuado en la Constitución. Así, el mandato presidencial se extendió a seis años con posibilidad de reelección. Además, las facultades del Presidente se ampliaron, en especial, en cuanto a la posibilidad de ejercer la función legislativa. Ese presidencialismo fue adosado con la eliminación del control parlamentario sobre los ascensos militares, y el reconocimiento del derecho al voto de los componentes activos de la Fuerza Armada. La relación entre el poder civil y el poder militar, que la Constitución de 1961 había logrado armonizar, volvía a lo que Simón Alberto Consalvi llamó el *carrusel de las discordias*.

La *tercera* novedad fue la creación de un órgano especializado para ejercer el llamado *control concentrado* de la Constitución, esto es, la facultad de interpretar la Constitución para controlar los actos del Poder Público. Tal órgano fue la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuyas decisiones –acotó la Constitución– son “vinculantes”. Las funciones de la Sala Constitucional afectan el funcionamiento del Estado de Derecho, ante el claro riesgo de que, por vía de “interpretaciones vinculantes”, las decisiones de la Sala Constitucional pudiesen imponerse por sobre las decisiones del Poder Legislativo, legítimo representante del pueblo.

Luego de 2002 –y sin duda, como consecuencia de las crisis políticas desatadas en ese año– el Gobierno asumió una clara política de *concentración* de funciones, en clara violación a la Constitución. Para ello, el Gobierno se sirvió, primero de la Asamblea Nacional, pues su partido político había logrado, en 2000, la mayoría de esa Asamblea aun cuando no la mayoría de las dos terceras partes. Así, el partido de gobierno aprobó la *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia* en 2004, por medio de la cual se facilitó la designación de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, especialmente de su Sala Constitucional, cuyos magistrados se aumentaron, sin duda, con el propósito final de asegurar el control sobre tal Sala. Luego, la Sala Constitucional favoreció la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral.

Otro signo de la concentración de funciones en torno a la Presidencia lo vemos en el uso abusivo de la Ley Habilitante. En la práctica, la función legislativa fue trasladada de la Asamblea Nacional a la Presidencia de la República.

La concentración de funciones en torno a la Presidencia de la República facilitó que, en 2005, el Gobierno anunciara un drástico cambio en su modelo político y económico: la transición al socialismo. Por lo que aquí respecta, este cambio se ancló en la predominancia de la democracia directa por sobre la democracia representativa. Para ello, se acuñó la expresión “Poder Popular”, para aludir a la organización de la soberanía popular directa cuyo propósito exclusivo y excluyente es la promoción del socialismo.

Tal cambio era –y es– incompatible con la Constitución de 1999. Así, e incluso considerando sus novedades, lo cierto es que la idea del Poder Popular se aparta de diversos valores superiores del ordenamiento jurídico, como el pluralismo político. Asimismo, la idea del

Poder Popular, al desconocer el principio de representación, se opone al Estado de Derecho. Quizás consistente de ello, el Gobierno propuso la reforma de la Constitución, a través de un Proyecto que era, en realidad, una nueva Constitución. Así, en el Proyecto de reforma constitucional de 2007, el Estado Democrático de Derecho fue sustituido por el Estado Comunal, o sea, la organización social basada en el Poder Popular. La idea no era novedosa. Responde, por el contrario, a lo que Raymond Aron ha llamado *democracias populares*, que tienen claros rasgos totalitarios.

En referendo de 2 de diciembre de 2007, sin embargo, el Proyecto de reforma constitucional fue rechazado. Ese resultado electoral fue, en todo caso, irrelevante. Así, la propuesta del Estado Comunal se llevó a la práctica con diversas Leyes aprobadas por la Asamblea, y diversas sentencias de la Sala Constitucional que, “interpretando” la Constitución, en realidad, y como bien ha observado Allan R. Brewer-Carías, modificaron a esa Constitución en una suerte de “mutación” inconstitucional. De otro lado, la eliminación de los límites a la reelección de cargos públicos –uno de los objetivos del Proyecto de reforma de 2007– fue alcanzado a través de la aprobación de la enmienda número 1 a la Constitución, de 2009.

Como resultado de todo lo anterior, las bases constitucionales del Estado comenzaron a demolerse. El Estado Social generó en un Estado paternalista que distribuyó, con fines políticos y clientelares, la abundante renta petrolera. El Estado Democrático mutó en el Estado Comunal, basado en la organización de la sociedad civil por el Gobierno a fin de cumplir los fines del Gobierno, esto es, la promoción del modelo socialista. El Estado de Derecho, por su parte, fue sustituido por el sistema comunal, basado en la “soberanía directa” ejercida por “instancias del Poder Popular” que, en realidad, están controladas por el Gobierno.

Asimismo, los controles sobre el Gobierno, en la práctica, se suprimieron: las estadísticas del Tribunal Supremo de Justicia, analizadas por Antonio Canova, evidenciaron una clara deferencia a favor del Gobierno, en un entorno de claro deterioro de la autonomía y profesionalización del Poder Judicial. El principio de separación de poderes fue igualmente suprimido en la práctica: bajo el argumento según el cual tal principio debilitaba al Estado, se aceptó la necesidad de coordinar la actuación de los Poderes Públicos bajo el Presidente de la República, que pasó a ser, en el orden interno, el Jefe de Estado, o lo que es igual, el Jefe de todo el Estado y de todos los Poderes Públicos.

VI. EL ESTADO COMUNAL EN CONTRA DE LA ASAMBLEA NACIONAL: LA EVIDENCIA DE LA CRISIS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El 6 de diciembre de 2015 se eligieron a los diputados de la Asamblea Nacional por el período 2015-2020. Por la coalición de oposición –la Mesa de la Unidad Democrática (MUD)– fueron electos ciento doce (112) diputados, equivalentes a las dos terceras partes de esa Asamblea, esto es, la mayoría calificada más alta exigida por la Constitución para adoptar las decisiones correspondientes a las competencias de la Asamblea Nacional. Dentro del entorno institucional adecuado, tal cambio político hubiese permitido adoptar las reformas necesarias para restablecer la efectiva vigencia del Estado Social y Democrático de Derecho.

Pero ese el entorno institucional, como ya expliqué, se había deteriorado progresivamente. Por ello, a través de diversas acciones emprendidas por la saliente Asamblea Nacional, el Gobierno Nacional, la Sala Electoral y, principalmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se adoptaron una serie de decisiones que, *de facto*, disolvieron a la Asamblea Nacional, en tanto ésta fue impedida de ejercer sus funciones constitucionales. Para lograr ese fin, básicamente, se siguieron tres líneas de acción: (i) la Sala Electoral “suspendió” la totalización, adjudicación y proclamación de cuatro (4) diputados del estado Amazonas, tres (3) de los cuales correspondían a la MUD; (ii) el Gobierno Nacional, a través de la

Ley Habilitante que expiró a fines de 2015 y luego, a través del “estado de excepción” dictado por medio de Decretos que declararon la “emergencia económica”, redujo las facultades de control de la Asamblea Nacional, y (iii) la Sala Constitucional dictó diversas sentencias que anularon –sin fundamento– las Leyes aprobadas por la Asamblea, negando el ejercicio de su función de control y afectando severamente el ejercicio de su función deliberativa.

El último de los argumentos empleados por la Sala Constitucional para lograr ese objetivo fue señalar que la Asamblea Nacional había “desacatado” la sentencia dictada por la Sala Electoral que “suspendió” a los diputados del estado Amazonas, con lo cual, la Asamblea estaba impedida jurídicamente de ejercer sus funciones. Como resultado de ello, además, la Sala Constitucional permitió que el Tribunal Supremo de Justicia usurpara la representación popular, al permitirle ejercer funciones privativas de la Asamblea, como es el caso del control sobre el presupuesto y el endeudamiento del ejercicio económico 2017, así como el control sobre el Gobierno Nacional a través de la rendición de la memoria y cuenta.

Es por ello que afirmamos que, *de facto*, la Asamblea Nacional fue disuelta en un golpe de Estado permanente. No se trató ciertamente de una disolución formal, que hubiese sido más difícil de sustentar. Por el contrario, se trató de una disolución vedada, al ejercerse un asedio que progresivamente impidió a la Asamblea Nacional ejercer sus funciones. Esto no solo implicó el desconocimiento de la elección del 6 de diciembre de 2015 –violando el Estado Democrático– sino además, implicó el desconocimiento del Estado de Derecho, al violarse uno de los principios fundacionales de nuestro modelo republicano, cual es la representación.

Junto al asedio a la Asamblea Nacional es preciso agregar al análisis dos elementos adicionales: (i) la arbitraria decisión de 20 de octubre de 2016 adoptada por el Consejo Nacional Electoral a fin de suspender el procedimiento del referendo revocatorio presidencial iniciado ese año, así como (ii) la arbitraria decisión del Consejo Nacional Electoral de diferir las elecciones regionales, que debieron celebrarse –conforme a la Constitución– a fines del 2016.

Todos estos antecedentes permiten explicar por qué el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, Luis Almagro, ha concluido que en Venezuela se produjo la violación del orden constitucional y democrático en contravención a la Carta Democrática Interamericana. Pues sin duda, los hechos descritos configuraron un auténtico *golpe de Estado permanente*, en tanto la soberanía popular ha sido sistemáticamente desconocida, en el marco de decisiones contrarias a nuestra tradición republicana y violatorias del Estado de Derecho.

Esta crisis evidencia la colisión existente entre las bases del Estado constitucional y las bases del Estado Comunal. Esta colisión pudo disimularse como resultado de la concentración de poderes en torno a la Presidencia y el debilitamiento de la Asamblea Nacional. Pero el cambio político en el control de la Asamblea Nacional evidenció, en la práctica, la incompatibilidad del modelo republicano con las bases totalitarias del Estado Comunal.

VII. ¿CÓMO SUPERAR LA CRISIS? ¿HACE FALTA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN? EL DILEMA URÓBORO

Actualmente en Venezuela, el Estado Democrático de Derecho previsto en la Constitución no tiene vigencia efectiva. En su lugar, se ha implantado una forma de gobierno que, bajo el formalismo jurídico de interpretaciones de la Sala Constitucional, y el discurso retórico del Poder Popular, resulta abiertamente contraria a la Constitución. ¿Cómo superar esta situación?

La respuesta instintiva –que ha sido ya asomada– es que esta crisis requiere modificar la Constitución, incluso, a través de la asamblea nacional constituyente. La idea de una consti-

tuyente surge entre los venezolanos ante cada crisis cuya solución no luce evidente. Es una tentación que debe evitarse: como decía el recordado profesor Enrique Tejera París, “*las Constituciones hechas por Constituyentes ni salen bien ni duran*”.

No niego que la modificación de la Constitución de 1999 sea necesaria. Como vimos, hay en ésta distintos aspectos que deben revisarse a fin de promover la vigencia efectiva del Estado Democrático de Derecho. Pero no se trata de una reforma que en el corto plazo sea estrictamente necesaria. La sistemática demolición de las bases constitucionales del Estado, iniciada con la edificación del “Estado Comunal” y continuada con el desmantelamiento de la Asamblea Nacional, no son acciones adoptadas en ejecución de la Constitución, sino en violación a ésta. Luego, dentro del marco que permite la Constitución –que es, sin duda, bastante holgado– es posible ensayar las líneas de reforma del Estado Democrático y del Estado de Derecho.

Es preciso tomar en cuenta, en todo caso, que el cerco institucional confeccionado entre 2002 y 2015 ha llevado a Venezuela al “dilema uróboro”: restablecer el Estado constitucional para por acciones que presuponen la vigencia efectiva de ese Estado. Esto permite entender la tentación de invocar el *poder constituyente* como solución. Tentación inútil, por lo demás: el cerco institucional actual –a diferencia de lo que sucedió en 1999– no tolerará la invocación de ese poder, o más bien, usará ese poder a su favor.

Ante esta situación, solo cabe recordar una vez más a Roscio, quien a partir del concepto de obediencia racional, realzó como derechos ciudadanos el derecho a la desobediencia civil y el derecho de rebelión. Así nos lo recuerda el artículo 333 constitucional, que impone como deber de todo ciudadano y de toda autoridad –como la Asamblea Nacional– colaborar activamente para restablecimiento efectivo de la Constitución.

VIII. HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO: CONSTRUYENDO UNA DEMOCRACIA PLURIDIMENSIONAL BAJO LA CENTRALIDAD DEL CIUDADANO

La reconstrucción del Estado Democrático pasa por desmontar al Estado Comunal como una estructura paralela al Estado Constitucional, basada en la ordenación totalitaria de la sociedad y el desconocimiento del derecho a la libre participación ciudadana. Los artículos 2 y 61 de la Constitución otorgan el fundamento necesario para esa reforma: el pluralismo político, valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, requiere de la libre participación ciudadana, eliminando las ataduras de las “*instancias del Poder Popular*”. Asimismo, con fundamento en el artículo 158 constitucional, debe rescatarse el genuino sentido de la descentralización como técnica para transferir facultades hacia los Estados y Municipios, acercando el poder al ciudadano para profundizar la democracia. Frente a la organización centralizada del Estado Comunal, es preciso rescatar la organización descentralizada del Estado Constitucional.

Igualmente, debe superarse la falsa idea según la cual la democracia representativa se opone a la democracia participativa. Lo que se opone a la democracia representativa es el autoritarismo, no la democracia participativa. Pues constitucionalmente, la democracia es una, y ella exige desarrollar el marco institucional que garantice el ejercicio del derecho al sufragio dentro del régimen representativo mediante una profunda reforma de nuestro sistema electoral, aspecto en el cual el Centro de Estudios Políticos de la Universidad Católica Andrés Bello ha venido haciendo esfuerzos encomiables. Además, es necesario promover la participación ciudadana libre y directa. Participación que debe ser valorada desde el individuo, como expresión de su libertad general, y siempre dentro del marco de la Constitución. La idea de una soberanía popular que todo lo puede –idea que en 1998 inició la debacle del

Estado Constitucional– debe ser deseada. Incluso la soberanía popular es limitada. Como lo dijo Miguel José Sanz: “*una sociedad no puede ser feliz si ve con desprecio e indiferencia la Ley*”.

Todas estas reformas serán sin embargo insuficientes si junto con las bases institucionales del Estado Democrático no se restablece la vigencia efectiva del Estado de Derecho. Una de las falacias que acompañó al modelo político de la transición al socialismo fue considerar que como la soberanía popular todo lo puede, esa soberanía bastaba para adoptar cualquier decisión más allá de su fundamentación legal. Sin embargo, como el catedrático español Eduardo García de Enterría observó, lo que habilita al Gobierno a actuar es la Ley, no la soberanía popular. Es por ello que Ferrajoli alude al “modelo pluridimensional” de democracia, esto es, aquel que integra el ejercicio del derecho al sufragio y la participación ciudadana, con las garantías del Estado de Derecho. Tal es, por lo demás, el contenido del derecho a la democracia derivado de la Carta Democrática Interamericana.

IX. HACIA LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO: EL RESCATE DE LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL MODELO REPUBLICANO

Para el rescate del Estado de Derecho, es preciso volver a la fundamentación republicana de nuestro Derecho Público, que Juan Germán Roscio, junto con otros pensadores, ayudó a construir. Hay reformas inmediatas: el rescate institucional de la Asamblea Nacional, que en su condición de único representante del pueblo, debe ocupar el lugar central en el Estado Constitucional. Esto pasa también por rescatar el legítimo ejercicio de la Ley por parte de la Asamblea Nacional, erradicando el arbitrario ejercicio de esa función por el Gobierno.

Luego, es preciso reinstaurar el principio de separación de poderes. No está de más recordar –como ha hecho, recientemente, Gustavo Tarre Briceño– que tal principio es una forma técnica de organización del poder en defensa de la libertad general del ciudadano. Con lo cual, lo verdaderamente importante es evitar la concentración de funciones y asegurar el control efectivo del Poder.

En relación con esto último, es preciso proceder a la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, paso indispensable para depurar el Poder Judicial a través de la aplicación efectiva de sus bases constitucionales. Asimismo, los representantes del Poder Ciudadano y Electoral deben ser designados, conforme a la Constitución, por la Asamblea Nacional y a través del procedimiento que asegure una selección objetiva. Otro aspecto a atender es la necesidad de reformar el marco institucional de la Sala Constitucional, para impedir que ese órgano concentre funciones y degene –como sucede hoy día– en una tiranía.

Ninguna de estas acciones, sin embargo, serán suficientes, si no se desmonta el Petro-Estado, que inevitablemente, extiende el poder del Gobierno y debilita el principio de separación de poderes. Con lo cual, el desmontaje del Petro-Estado no solo es una medida económica orientada a incrementar la eficiencia de la actividad petrolera. Es además una medida indispensable para asegurar el efectivo funcionamiento del Estado de Derecho.

X. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL ESTADO DE DERECHO Y LA CENTRALIDAD DEL CIUDADANO. EL APORTE DE LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA CATÓLICA

Las medidas que en sus trazos generales han sido señaladas en las secciones anteriores, apuntan al necesario restablecimiento del Estado de Derecho desde la centralidad del ciudadano. En tal sentido, la doctrina social de la Iglesia Católica es un apoyo relevante a este propósito. Desde la Encíclica *Pacem in terris*, de Juan XXIII, la Iglesia Católica ha sostenido lo que Eduardo García de Enterría ha denominado la “institucionalización del poder”. En esa

Encíclica se señala –de acuerdo con García de Enterría– la tarea moral de “*limitar el poder, hacerlo responsable, arbitrar medidas que permitan su control con criterios de justicia...*”. Sebastián Martín-Retortillo Baquer, en términos similares, concluye que la Encíclica apunta la necesidad de consolidar al Estado “*con una base integradora auténticamente democrática*”, y apoyado por ende en la centralidad del ciudadano y de sus derechos fundamentales.

Otro hito importante en tal sentido lo encontramos, incluso de manera más decidida, en el pensamiento de San Juan Pablo II. Como pone en evidencia Román J. Duque Corredor, San Juan Pablo II destacó la imperiosa necesidad de asegurar el efectivo funcionamiento del Estado Democrático de Derecho y, con ello, la primacía de los derechos fundamentales. En la Encíclica *Centesimus Annus*, recordando la Encíclica *Rerum Novarum*, nos dice San Juan Pablo II:

“(este) ordenamiento refleja una visión realista de la naturaleza social del hombre, la cual exige una legislación adecuada para proteger la libertad de todos. A este respecto es preferible que un poder esté equilibrado por otros poderes y otras esferas de competencia, que lo mantengan en su justo límite. Es éste el principio del «Estado de derecho», en el cual es soberana la ley y no la voluntad arbitraria de los hombres”.

Con lo cual “*una auténtica democracia es posible solamente en un Estado de derecho y sobre la base de una recta concepción de la persona humana*”. Al colocar en el centro del Estado Democrático de Derecho al ciudadano y sus derechos humanos, la doctrina social de la Iglesia Católica nos recuerda que el Estado debe también procurar la atención de aquellas necesidades sociales que no encuentran debida atención en la economía de mercado. El modelo republicano del Estado Democrático de Derecho no se opone –no está de más recordarlo– a esa actividad promocional del Estado. En su Encíclica *Laudatio Si*, el Papa Francisco así lo recalca, al señalar que:

“En las condiciones actuales de la sociedad mundial, donde hay tantas inequidades y cada vez son más las personas descartables, privadas de derechos humanos básicos, el principio del bien común se convierte inmediatamente, como lógica e ineludible consecuencia, en un llamado a la solidaridad y en una opción preferencial por los más pobres”

Pero el bien común, definido desde la dignidad de la persona humana, no puede degenerar en el *Estado Paternalista*, que negando esa dignidad crea vínculos de dependencia del ciudadano para el Estado, como sucede entre nosotros, como resultado del Petro-Estado. De allí la importancia de los principios de subsidiariedad y menor intervención, indispensables para asegurar que la acción social del Estado se enmarque dentro del Estado Democrático de Derecho. De allí una de las conclusiones centrales en las cuales he insistido: sin desmontar al Petro-Estado, el Estado Democrático de Derecho no pasará de ser, para los venezolanos, una entelequia.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Para leer a Luis Castro Leiva*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.

_____, *Propuestas para una reforma electoral*, Proyecto Integridad Electoral Venezuela-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2016.

Aguiar, Asdrúbal, *El derecho a la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008.

Almagro, Luis, *La crisis de la democracia en Venezuela, la OEA y la Carta Democrática Interamericana. Documentos de Luis Almagro*, Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA) y Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas, 2016.

Aveledo Coll, Guillermo, *Pro religione et patria República y religión en la crisis de la sociedad colonial venezolana (1810-1834)*, Universidad Metropolitana-Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2011.

Brewer-Carías, Allan R., *Crónica sobre la “in” justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2007.

_____, *Historia Constitucional de Venezuela*, Editorial Alfa, Caracas, 2008.

_____, *Dictadura Judicial y perversión del Estado de Derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, New York-Caracas, 2016.

Caballero, Manuel, *Historia de los venezolanos en el siglo XX*, Editorial Alfa, Caracas, 2010.

Canova, Antonio, et al, *El TSJ al servicio de la revolución*, Editorial Galipán, Caracas, 2014.

Carrera Damas, Germán, *La independencia cuestionada*, Editorial Alfa, Caracas, 2016.

Delgado, Francisco, *La idea de Derecho en la Constitución de 1999*, Serie Trabajos de Grado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008.

Duque Corredor, Román J. *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*, Legis, Caracas, 2009.

Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.

García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

García de Enterría, Eduardo, “La institucionalización del poder, una nueva perspectiva de la *Pacem in terris*”, en *Comentarios civiles a la encíclica Pacem in terris*, Taurus, Madrid, 1963.

Garrido Rovira, Juan, *La revolución de 1810*, Universidad Monteávila, Caracas, 2009.

Hernández G., José Ignacio, “La Constitución de 1811 y la República liberal autocrática. Apuntes sobre las bases constitucionales del liberalismo criollo”, en Casal, Jesús María y Cuevas, María Gabriela, (ed.) *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy, Tomo II*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer-Universidad Católica Andrés Bello, 2013.

_____, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016.

_____, *El referendo revocatorio presidencial en Venezuela y el abuso del poder*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Miami, 2017.

Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “Ordenación político-constitucional de las comunidades nacionales”, en *Comentarios civiles a la encíclica Pacem in terris*, Taurus, Madrid, 1963.

Pace, Alessandro, “Muerte de una Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional N° 57*, Madrid, 1999.

Pérez Perdomo, Rogelio, *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el Siglo XIX venezolano*, Monteávila, Caracas, 1978.

Rachadell, Manuel, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*, Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA, Caracas, 2015.

Roscio, Juan Germán, *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1996.

Sánchez Falcón, *Estado comunal y Estado federal en Venezuela*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2016.

Sanz, Miguel José, *Teoría Política y Ética de la Independencia*, Ediciones del Colegio Universitario Francisco de Miranda, Caracas, 1979.

Tarre Briceño, Gustavo, *Solo el poder detiene al poder*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

Ugalde, Luis, *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio*, Bid & Co, editor, Caracas, 2007.

Vaticano (recopilador), *Documentos papales*, tomado de: http://www.vatican.va/offices/papal_docs_list_sp.html

Yanes, Francisco Javier, *Manual Político del Venezolano*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1959.

Aproximación al concepto de dignidad humana

Alí Daniels*

Director de la organización Acceso a la Justicia (Venezuela)

Resumen: *Este trabajo tiene por objeto explicar la evolución de la idea de dignidad humana, y como el mismo ha servido como fundamento de los derechos humanos a partir de la declaración universal, cuáles son sus elementos más resaltantes y los desafíos que tiene actualmente en el desarrollo de los derechos humanos ante los retos que la innovaciones y cambios sociales imponen a la persona y por tanto a su propia dignidad*

Palabras Clave: *Dignidad humana – derechos humanos – Declaración Universal de los Derechos Humanos – ONU.*

Abstract: *The purpose of this work is to explain the evolution of the idea of human dignity, and how it has served as the foundation of human rights since the universal declaration, what are its most outstanding elements and the challenges that it currently has in the development of human rights in the face of the challenges that innovations and social changes impose on the person and therefore on their own dignity.*

Key words: *Human dignity – human rights – Universal Declaration of Human Rights – ONU.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA
 - 1. *Antigua Grecia.* 2. *Roma.* 3. *Edad media.* 4. *Renacimiento.* 5. *Edad moderna.*
- III. CONCEPCIÓN MODERNA DE LA DIGNIDAD HUMANA
 - 1. *Kant.* 2. *Declaración Universal de Derechos Humanos.* 3. *Críticas a la idea de dignidad humana.* 4. *Funciones de la dignidad humana en el discurso de los derechos humano.* 5. *Acercamiento a un concepto de dignidad humana.*

I. INTRODUCCIÓN

El papel central que en el derecho de los derechos humanos tiene el concepto de dignidad humana no admite discusión, y sin embargo, poco se dice sobre el contenido de ese concepto, la evolución del mismo, las razones de su trascendencia, las discusiones que genera, y sobre todo, la importancia que todavía tiene en el desarrollo de los derechos humanos.

Este último aspecto resulta capital en la medida en que el derecho que regula la protección de la persona, aunque es una rama indiscutida de la ciencia jurídica, desde un punto de vista histórico, apenas está iniciando su recorrido, por lo que se encuentra en una evolución permanente para afrontar los retos que constantemente los cambios sociales, políticos y económicos le imponen, y en ese sentido, resulta necesario que la base de estos derechos, esto es,

* Abogado (Universidad Católica Andrés Bello). Especialista en Derecho Administrativo. Profesor Universitario de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos.

la dignidad humana, pase de una idea que intuitivamente todos podemos compartir en términos generales, a un concepto con definiciones claras que permitan sustentar los derechos humanos de una manera eficaz y facilitar su evolución y desarrollo.

En el derecho venezolano, y no precisamente por accidente, estos aspectos no han sido discutidos ni analizados suficientemente más allá de la utilización del término en alguna decisión judicial intrascendente, o incluso, como es más rutinario, en algún fallo contrario a la dignidad humana, o para invocarla banalmente en uno que otro discurso público más atento al aplauso en cadena que a la defensa de la persona.

El hecho de que todos tengamos una idea o percepción de lo que es la dignidad humana resulta al mismo tiempo un beneficio y un perjuicio, lo primero porque facilita la comprensión colectiva de la dimensión en la que se desenvuelven los derechos humanos, y lo segundo porque dificulta establecerla como instrumento objetivo de defensa de los mismos. Por ello, no resulta del todo sorprendente, que ante alguna duda sobre alguna violación de derechos humanos, no en vano se ha llegado a decir que “una fuerza instintiva innata sabrá advertirnos de cuando se desconoce, no se protege o lesiona la dignidad de una persona”¹

En el sentido expuesto, resulta al menos una ironía que al tratar el tema de los derechos de la persona humana se tenga que hacer alusión a que se trata de una rama relativamente reciente de la historia de la humanidad, en contraste, por ejemplo con el derecho penal, cuyo orígenes pueden fácilmente apreciarse en el propio Código Hammurabi². Ello nos debe hacer reflexionar sobre el concepto de justicia que hasta ese momento se utilizaba y en el que la protección de la persona humano no era el eje principal. Esto nos puede dar una idea del giro copernicano que han significado los derechos humanos en la evolución de la humanidad, y por lo mismo, la importancia que la base de estos sea analizada y conocida.

Finalmente, debemos acotar que el análisis de la dignidad humana exige a la ciencia jurídica el auxilio de otras fuentes del saber, pues de lo contrario sólo nos encontraríamos con una visión muy limitada de la misma, y este es precisamente este carácter amalgamador de la dignidad el que requiere, en el mismo nivel de exigencia, de aportes tanto de la Filosofía, la Antropología, las Ciencias Políticas, la Sociología, entre otras³.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA

1. *Antigua Grecia*

Lo primero que debemos señalar cuando tratamos lo relativo a la evolución de la idea de dignidad humana es que la misma se ha venido transformando, y por lo mismo su significado actual de fuente de los derechos humanos no puede aplicarse a sus orígenes, pues en la antigüedad estuvo vinculado a un estatus o jerarquía en la sociedad, es decir, algo que elevaba a quien lo poseía, sea por méritos o por su pertenencia a un grupo social como la nobleza. A partir de concepción, es decir, que la dignidad es una posición respecto de algo y que por lo mismo exigía un tratamiento diferenciado, se inicia el devenir que pasamos a describir.

¹ González Pérez, Jesús. *La dignidad de la persona*, Cívitas, Madrid 2017, pp. 9-10.

² Promulgado alrededor del 1700 a. de C. *Vid.* Rivero, Pilar (1999). El Código de Hammurabi. Proyecto Clío. Disponible en: <http://clio.rediris.es/fichas/hammurabi.htm>

³ Marín Castán, María Luisa. “La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales” en *Revista de Bioética y Derecho*, N° 9, enero, pp. 1-8 Universitat de Barcelona. Barcelona 2007, p. 2.

Esta explicación resulta necesaria en la medida en que describe cómo el concepto pasó de graficar un elemento dentro de una estructura social a pasar a ser un parte inmanente de la persona humana, lo que por supuesto requiere del paso de los siglos para poder evolucionar de esa manera.

Teniendo en cuenta entonces esta premisa, aunque existen escritos donde resulta fácil, de acuerdo con las ideas de nuestros tiempos, asumir que en la antigua Grecia se manejaba la idea de dignidad humana, lo cierto, es que si bien esas referencias existen, en textos como *Antígona* o en la *Odisea*, las mismas resultan tan vinculadas con otras ideas propias de la sociedad griega que resulta más acertado describir la existencia de una percepción de la dignidad de la persona que un concepto claro del mismo y mucho menos de una teorización al respecto.

Así entonces, como señala Rankine⁴, a pesar de la creación y desarrollo de tantos conceptos por parte de los pensadores griegos, lo cierto es que en los más conocidos de ellos, Platón y Aristóteles, la dignidad humana no formó parte de su obra.

De hecho, y considerando el lenguaje, la palabra *axios* (ἄξιος) de acuerdo con la misma autora, este término lentamente, a través de sus formas más abstractas (*axiōma* and *axiōsis*) empezaron a ser utilizadas por Herodoto como sinónimo de honor o reputación, con lo que se acercaría a lo que en latín es la palabra “dignitas”⁵.

Por ello, cuando en el famoso texto de *Antígona*, el gran Sófocles nos describe que Creonte prohibió sepultar el cuerpo de Polinices por haberse rebelado contra él, el lector contemporáneo percibe una clara afectación a la dignidad humana, pero para los griegos la falta de sepultura implicaba también otras cosas, pues los ritos funerarios eran parte de los pasos necesarios para permitir que el paso del mundo de los vivos al de los muertos (Hades), al punto que no sepultar o cremar a los caídos en una batalla podía llevar a la condena a los comandantes responsables⁶.

Sin embargo, aunque el peso de las ideas religiosas era importante, lo cierto es que aún en ese texto se perciben una noción de dignidad respecto al ser humano:

“Numerosas son las maravillas del mundo; pero, de todas, la más sorprendente es el hombre. Él es quien cruza los mares espumosos agitados por el impetuoso Noto, desafiando las alborotadas olas que en torno de él se encrespan y braman. La más poderosa de todas las diosas, la impercedera, la inagotable Tierra, él la cansa año tras año, con el ir y venir de la reja de los arados, volteándola con ayuda de las yuntas de caballos.

El hombre industrioso envuelve en las mallas de sus tendidas redes y captura a la alígera especie de las aves, así como a la raza temible de las fieras y a los seres que habitan el océano. El, con sus artes se adueña de los animales salvajes y montaraces; y al caballo de espesas crines lo domina con el freno, y somete bajo el yugo, que por ambas partes le sujeta, al indómito toro bravío. Y él se adiestró en el arte de la palabra y en el pensamiento, sutil como el viento, que dio vida a las costumbres urbanas que rigen las ciudades, y aprendió a resguardarse de la intemperie, de las penosas heladas y de las torrenciales lluvias. Y porque es fecundo en recursos, no le faltan en cualquier instante para evitar que en el porvenir le sorprenda el azar; sólo del Hades no ha encontrado medio de huir, a pesar de haber acertado a luchar contra las más rebeldes enfermedades, cuya curación ha encontrado. Y dotado de la industriosa habilidad del arte, más allá de lo que podía esperarse, se labra un camino”

⁴ Rankine, Patricia. “Dignity in Homer and Classical Greece”, en *Dignity, a history*, Oxford University Press. 2017, p. 22.

⁵ Rankine, Patricia (2017). *Op. cit.* p. 23.

⁶ Bremmer, Jan. *El concepto del alma en la antigua Grecia*. Siruela. Madrid 1983. p. 71.

Esta exaltación de la humanidad, que Sófocles pone en boca del coro de la obra, y que representa de manera intemporal lo mejor de sus virtudes pone en evidencia un tratamiento de esta como algo excepcional, luchadora y vencedora de los elementos, y que por lo mismo se encuentra en un lugar privilegiado dentro del ambiente en el que se desenvuelve. Por ello, aunque no se indique expresamente una idea de dignidad las características más resaltantes de la misma podemos encontrarla en otros textos de la Grecia antigua⁷.

2. Roma

Con el desarrollo de la república romana, con su estructura de cargos electivos o “*cursus honorum*”⁸, estos vienen aparejados con el término *dignitas* y que implicaba una elevación de quienes ostentaban los cargos públicos respecto de los demás en razón de sus méritos, y que por lo tanto los realzaban en la sociedad y les otorgaban un particular estatus de privilegio y de prestigio, siendo a partir entonces sinónimos de honorabilidad y valía. Esta idea es la que luego los escritores romanos extendieron a una noción de valor del ser humano⁹.

Uno de esos escritores fue Cicerón, quien en su obra *De Partitione Oratoria Dialogus* (Diálogo de la partición de la retórica), dirigiéndose a su hijo, le explica que existen persona que anteponen la utilidad al valor moral y otras, la cultas, que prefieren poner la dignidad por encima de la utilidad¹⁰.

Así entonces, esta expresión de Cicerón expone una noción de dignidad más allá del estatus social y lo coloca dentro de los valores morales, considerándolo como una virtud¹¹. De este modo, Cicerón, junto con los miembros de la escuela estoica sería uno de los precursores del concepto de dignidad humana en tanto valor¹².

Griffin, por otro lado también cita Séneca. Más claro representante del estoicismo que el ecléctico Cicerón, nos amplía la idea de dignidad a través de un ejemplo muy gráfico: el caso de la sepultura del cuerpo de una persona desconocida para quien realiza tal acción, en tal situación, si fuera el supuesto de un padre respecto de un hijo resultaría en la ejecución de una responsabilidad paterno filial, pero si la realiza alguien ajeno al difunto, no la hace en beneficio de sí mismo o del cuerpo, sino que la sepulta por razones de humanidad o interés público, pues está siendo “*humanus in publicum*”.

⁷ Así por ejemplo, en un caso opuesto al citado, Rankine menciona el caso del comportamiento de Aquiles luego de matar a Héctor e irrespetar su cadáver, por lo que Príamo debe intervenir para que el cuerpo de su hijo pueda beneficiarse de los ritos funerarios, en una de las escenas más conmovedoras de la Odisea al decir “Respeto a los dioses, Aquiles, y apiádate de mí, acordándote de tu padre; yo soy aún más digno de compasión que él, puesto que me atreví a lo que ningún otro mortal de la tierra: a llevar a mis labios la mano del hombre matador de mis hijos”. Vid. Rankine, Patricia (2017). *Op. cit.* p. 26.

⁸ Montanelli, Indro. *Historia de Roma*. Plaza & Janés. Barcelona 1987. p. 72 y ss.

⁹ Griffin, Miriam. “Dignity in Roman and Stoic Thought” en *Dignity: A history*. Oxford University Press. 2017, p. 47.

¹⁰ “Hoc primum intellegamus, hominum duo esse genera, alterum indoctum et agreste, quod anteferat semper utilitatem honestati, alterum humanum et politum, quod rebus omnibus dignitatem anteponat” (primero, debemos entender, hay diferentes formas de hombres, uno ignorante e inculto, que siempre prefiere la utilidad al valor moral, y otro humano y pulido, que vale sobre todas las demás cosas).

¹¹ Griffin, Miriam (2017). *Op. cit.* p. 53.

¹² Habermas, Jürgen. “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos” en *Diánoia*, N° 64, mayo 2010, pp. 3-25. p. 15.

De este modo, queda evidenciado que en Roma el concepto de dignidad humana alcanzó una elevación más allá de la estructura social a pesar de que algunos autores quieran limitarla a esta última¹³.

Así, lo que originalmente era una forma de gobernar a una ciudad y sus territorios, mediante la participación de la nobleza (en principio) en los asuntos públicos, y que implicaba la demostración de tener los méritos necesarios para ir escalando, generando así prestigio, se convirtió en un valor en sí mismo que implicaba comportarse según ese estatus.

Lo relativo al mérito resulta trascendente en este sentido, pues el “*cursus honorum*” *per se*, no implicaba una valoración positiva, sino que era el desempeño de la misma la que le daba la calificación suficiente para ser elegido para el cargo siguiente. Así, por ejemplo, si un cuestor (funcionario con competencias de tesorería y auditoría) era reprobado por la Asamblea Centuriada, quedaba suspendido e inhabilitado por 10 años para postularse a otro cargo¹⁴.

Este ascenso en razón del mérito o por las virtudes de su desempeño lo que permite es la ampliación del concepto de dignidad a un valor moral en la medida que el cargo exigía un comportamiento ejemplar, y de ser así, generaba prestigio, estableciéndose una relación causa efecto entre el mérito, la dignidad a ocupar y el comportamiento que debía exigirse en consonancia.

De este modo, Mary Beard cuenta como un candidato que perdió unas elecciones precisamente por no representar ese comportamiento modélico al burlarse de las manos ásperas de un trabajador del campo, lo que fue evidentemente interpretado como una burla a su humilde condición, y por tanto indigno de ser elegido¹⁵.

A ello se sumó la consideración de actuaciones consideradas necesarias, no por virtud de un interés particular sino por razones de humanidad, y sin beneficio alguno.

Por ello, como señala Habermas¹⁶ los precursores del concepto de dignidad como valor fueron los estoicos, primero y luego el pensamiento cristiano, su continuador, ya desde esa época era manejado como concepto filosófico, más allá de su concepción original¹⁷.

3. *Edad media*

Siguiendo la senda establecida por los romanos, en la edad media se configura una idea de dignidad humana a través de la perspectiva cristiana, y en ese sentido, si bien es cierto que la visión resulta antropocéntrica¹⁸, al ser “el hombre” (siguiendo el término de la época¹⁹) creación divina, hecho a su imagen y semejanza y superior al resto de la creación, también lo es que dicha dignidad le era dada, es decir tenía un origen ajeno a sí mismo.

¹³ Vid. Pele, Antonio. “Modelos de la dignidad del ser humano en la edad media”, en *Derechos y libertades*, Número 21, Época II, junio 2009, pp. 149-185

¹⁴ Montanelli, Indro (1987). *Idem*.

¹⁵ Beard, Mary. SPQR. *Una historia de la antigua Roma*. Crítica. Barcelona 2017. p. 203.

¹⁶ Habermas, Jürgen (2010). *Op. cit.* p. 4.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Pele, Antonio. “Una aproximación al concepto de dignidad humana” en *Revista Universitas*. Universidad Carlos III. Madrid 2004, N° 1, pp. 9-13. p. 9

¹⁹ El matiz es necesario pues la mujer era un derivado de aquel que fue hecho a semejanza de Dios, lo que supone una distinción no menor y con grandes consecuencias negativas para la mujer, por supuesto.

Lo dicho puede encontrarse en muchos estudios sobre la edad media, pero esto implica unos matices y otras interpretaciones que son generalmente soslayadas, pues el hecho de ver al ser humano desde la perspectiva religiosa incorpora elementos nuevos que deben ser comprendidos.

Así, la visión cristiana en la edad media de la persona tenía dos facetas, una positiva, la dignidad por ser una creación divina, y otra negativa, por la miseria que le acarrea el pecado²⁰.

A partir de allí, San Agustín, siguiendo el análisis de Peces-Barba, da al hombre una “dignidad heterónoma”²¹; y niega autonomía a la razón del ser humano, pues por sí sola no basta para salvar al hombre necesitado como estaba también de la gracia divina y defiende una desigual dignidad entre los individuos, justificando la servidumbre y la esclavitud.

Lo de “dignidad heterónoma”, de acuerdo con Peces-Barba se deriva del hecho de que la dignidad tiene un origen externo, pues el ser humano no es más que la imagen de su creador y de él se deriva. Esto tiene grandes implicaciones, pero al estar sujeta la dignidad a un ente diferente a la persona, sujeta y condiciona los demás caracteres del mismo, como la razón, la libertad o la igualdad²². Llama la atención que esta concepción de dignidad, al depender de la divinidad, se parece más a la idea original de estatus social, pues precisamente, depende de otros. Sin embargo las palabras de San Agustín son más gráficas:

“Por tanto, si queréis ser dioses e hijos del Altísimo, no améis el mundo ni lo que hay en el mundo. Porque todo lo que hay en el mundo es concupiscencia de la carne y concupiscencia de los ojos y ambición mundana que no proviene del Padre, sino del mundo, es decir de los hombres que aman el mundo”²³

En consecuencia, la renuncia al mundo, que no es otro que el mundo material, y por vía de consecuencia la renuncia del elemento corpóreo del ser humano es necesaria para disfrutar de los bienes que la divinidad tiene en otro plano, y para ello es necesaria la renuncia al pecado, que no es otra cosa que la renuncia a los goces que podría representar la concupiscencia, entre otras tentaciones. De ahí que Pele afirme que San Agustín “defiende un modelo de dignidad del ser humano donde la trascendencia neutraliza la inmanencia”²⁴.

La exterioridad de la dignidad humana, junto el perfil negativo que tiene la persona debido a su debilidad tiene otras consecuencias, como por ejemplo la justificación de la esclavitud, cuya causa explica San Agustín de la siguiente manera:

“La causa primera de la esclavitud es, pues, el pecado, que hace someterse un hombre a otro hombre con un vínculo de condición social. Y todo ello no sucede sin un designio de Dios, en quien no existe la injusticia, y que sabe distribuir castigos diferentes, según la culpa de cada reo. Así afirma el soberano Señor: Quien comete pecado es esclavo del pecado. [Juan 8.34] (...). Por cierto que trae más cuenta servir a un hombre que a la pasión, la cual, por no citar más que una: la pasión de dominio destroza con su misma tiránica dominación el corazón de los mortales”²⁵.

²⁰ Pele, Antonio (2009). *Op. cit.* p. 151.

²¹ Pele, Antonio (2009). *Op. cit.* p. 152.

²² *Idem.*

²³ Citado por Pele, Antonio (2009). *Op. cit.* p. 153.

²⁴ Pele, Antonio (2009). *Op. cit.* p. 154.

²⁵ Citado por Pele, Antonio (2009). *Op. cit.* p. 155.

De este modo, la dignidad derivada de ser una creación divina y de ser señor de la tierra puede ser eliminada en razón del pecado, y por lo mismo generar cadenas como la esclavitud, convirtiéndose esta en una especie de víspera de la condenación eterna.

Por su parte, Gregorio de Nicea, en su Tratado de la creación del hombre, realizado en el año 379 (antes que la Ciudad de Dios de San Agustín) describe la singularidad del ser humano, al que califica como cosa “grande y valiosa”, cuyo fin en el mundo es dominarlo.

Posteriormente, en su Suma teológica, Tomás de Aquino (1225-1274) reitera la visión de la dignidad humana como derivado de la creación divina y de la superioridad que tiene respecto de los animales²⁶ y también reitera que el pecado puede afectar esa dignidad, incluso hasta anularla, pues lo asemeja a las bestias²⁷, por lo que la misma resulta, como ya comentamos en los romanos, una consecuencia de los méritos y deméritos de las persona, y no por ser parte ser naturaleza.

De este modo entonces, la dignidad del ser humano en la edad media era la parte positiva de ella, en tanto creación divina, pero al depender de esta última podía afectarla al punto de perderla por lo que más que un aporte a la evolución del concepto de dignidad humana, la edad media, si bien reconocía las virtudes humanas, centraba sus acentos en una visión pesimista de la persona al punto de destacar la renuncia al cuerpo como un beneficio en pos de las promesas de otro mundo.

4. *Renacimiento*

Con la relectura de los clásicos griegos y latinos en la baja edad media y a raíz del movimiento económico, cultural y social que dio origen al Renacimiento y su nueva visión del ser humano, se genera, por vía de consecuencia una nueva evaluación del concepto de dignidad humana. En este sentido resulta llamativo, que al igual que en la edad media la mirada sea antropocéntrica, pero el eliminar la perspectiva religiosa trae cambios sustantivos.

Como señala Peces-Barba, esta etapa de la historia de la humanidad es fundamental para entender el origen y la evolución de los derechos humanos, pues como vimos aunque estuviese presente la idea de la dignidad, la misma estaba “perdida en algún sentido en la edad media”²⁸, pues se pasa de un concepto estático de la sociedad a otro más dinámico²⁹, prescindiendo del peso de los dogmatismos religiosos, eso sí, a un alto precio, como es sabido.

En este punto, la mayoría de los autores señala la contribución de Giovanni Pico della Mirandola, quien con su obra Discurso sobre la Dignidad del Hombre (*Oratio de hominis dignitate*), que en 1486, si bien todavía imbuido por los principios del pensamiento cristiano, más que de la dignidad (que apenas aparece en el texto 2 veces), elabora una idea de la libertad del hombre como elemento a través del cual el mismo se construye, resumida una famosa cita, según la cual el plan de dios sería el siguiente:

“La naturaleza definida de los otros seres está contenida en las precisas leyes por mi prescriptas. Tú, en cambio, no constreñido por estrechez alguna, te la determinarás según el arbitrio en cuyas manos te puse. Te he constituido en medio del mundo para que más cómoda-

²⁶ Pele, Antonio (2009). *Op. cit.* p. 165.

²⁷ Pele, Antonio (2009). *Op. cit.* p. 166.

²⁸ Peces-Barba, Gregorio. *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales, en Historia de los derechos fundamentales*. Tomo I: Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII. Dykinson. Madrid 2003. p. 72.

²⁹ Peces-Barba, Gregorio (2003). *Op. cit.* p. 73.

mente observes cuanto en él hay. No te hice ni celeste ni terreno, ni inmortal, con el fin de que, como árbitro y soberano artífice de ti mismo, te plasmes y cinces en la forma que tú prefieras”.

Dado que el texto de Pico es una mezcla de diversas creencias del autor, entre ellas la Cábala³⁰, y tiene una retórica bastante florida autores como Peces-Barba lo miran con cierto recelo, y pese a ello el mismo autor no duda en expresar que a pesar de esas observaciones, las palabras de Pico “Sin embargo marcan la primera expresión moderna del individualismo, fundamento de la filosofía de los derechos humanos”³¹

Es decir, a partir de la creación divina, Pico señala que es mediante el libre arbitrio que la persona se convierte en dueña de su propio destino y en coautora de su propia creación, ideas estas que repercutirán a lo largo de todo el renacimiento.

Para entender mejor la dinámica del renacimiento respecto de la dignidad humana resulta necesario hacer alusión a escritores previos a Pico, como Petrarca, precursor del humanismo con su Cancionero escrito en lengua vulgar, y con Giannozzo Manetti, quien en su obra *De dignitate et excellentia hominis libri IV* (“De la Dignidad y excelencia del hombre en cuatro libros”), terminada alrededor de 1453, sí realiza referencias más directas, aunque escuetas³², sobre la dignidad.

Manetti, siempre desde una perspectiva cristiana, señala que el cuerpo es “una vivienda increíblemente elegante para el alma humana” que demuestra la superioridad de la humanidad porque el marco humano es “más digno” (dignior) que el de cualquier otro animal³³.

Más radical y arriesgado fue sin duda Lorenzo Valla (1407-1457), quien a través de un personaje llega a afirmar “todavía sigo sin ver por qué razón de la presencia de Dios tenga que derivar la necesidad de nuestras acciones y voluntades...”³⁴

Es esto último, la búsqueda de la libertad de elección frente una sociedad que pretendía, inútilmente por lo demás, el inmovilismo, resume la posición de los autores antes citados, que buscaban desde la excelencia del ser humano, de la exaltación de sus virtudes y del cuestionamiento a la incapacidad de elegir el repensar la persona y con ella evolucionar la idea de dignidad que la misma comporta, pues como afirma Peces-Barba “la libertad de elección es la primera dimensión de la dignidad humana, y condición de la construcción teórica de los derechos humanos”³⁵

5. Edad moderna

Luego del renacimiento, será la edad moderna el período decisivo, tanto para la configuración y surgimiento de los derechos humanos como de la dignidad tal y como la entendemos hoy, en ese sentido Peces-Barba señala que “en los tiempos anteriores, aunque esté presente la idea de dignidad de la persona, no se concibe la realización de ésta a través del concepto de derechos fundamentales. Este es un concepto histórico del mundo moderno”³⁶.

³⁰ Vid. <https://plato.stanford.edu/entries/pico-della-mirandola/>

³¹ Peces-Barba, Gregorio (2003) *Idem*.

³² Copenhaver, Brian (2017). Dignity, Vile Bodies, and Nakedness: Giovanni Pico and Giannozzo Manetti, en *Dignity: A history*. Oxford University Press. 2017, p. 169.

³³ Copenhaver, Brian (2017). *Op. cit.* p. 127.

³⁴ Peces-Barba, Gregorio (2003). *Op. cit.* p. 74.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Peces-Barba, Gregorio (2003). *Op. cit.* p. 15.

Para entender mejor este proceso es necesario recurrir a un elemento que significó un cambio sin igual en la sociedad europea a partir del siglo XVI y que generó el inicio del proceso que culminará con el reconocimiento de los derechos humanos mucho después. Se trata de las guerras de religión, pues si bien cierto que a lo largo de la edad media la iglesia católica hizo frente a divisiones y rebeliones a su autoridad, a partir de este momento se convirtió en un movimiento general en varios países que no pudo ser neutralizado a pesar de los ingentes esfuerzos para que así fuera.

La primera manifestación de las guerras de religión se hizo a través de la rebelión de los príncipes alemanes cuyo ejemplo fue seguido en el resto del continente europeo. En esa primera etapa lo que se pretendía no era la libertad religiosa, sino el mantenimiento del principio según el cual la religión del monarca era la oficial y por tanto la que debía profesar el resto de la población. Luego, cuando décadas de guerras y violencia interna pusieron en evidencia que en algunos casos no iba a ser posible mantener este principio hubo que desarrollar un discurso que permitiese la coexistencia de diferentes religiones en un mismo estado.

La tarea no era nada fácil en la medida en que se pretendía hacer convivir ideas que se basaban en que todas las demás estaban erradas, por lo que la definición de un término intermedio que permitiese la coexistencia era un verdadero reto, que fue resuelto sólo a través de un discurso de la tolerancia que fue fruto más de las necesidades prácticas ya descritas que del propio convencimiento, lo que hizo que no en todos los casos esa tolerancia fuese pacífica o no tuviera consecuencias negativas, como por ejemplo, el dar un estatus inferior a las minorías religiosas en la sociedad³⁷.

Un ejemplo de los acuerdos políticos que luego favorecieron un ambiente de tolerancia lo tenemos, en el caso de Francia, con el Edicto de Nantes, que aunque mantenía la religión católica como la oficial, permitía el culto protestante en algunas sitios, por lo que fue el primer paso en ese país para la convivencia. En este estadio no podemos hablar de tolerancia sino de acuerdo político³⁸.

En consecuencia, debido a las guerras de religión, se pasó primero a un estadio de imposición de la religión del monarca que quería alejarse de la influencia de Roma, luego a la coexistencia con otras religiones, y finalmente, mucho después a la indiferencia del estado respecto de las creencias religiosas de las personas, logrado esto último a través del establecimiento de la separación de la iglesia y el estado. Lo dicho describe lo que no es otra cosa que la evolución y reconocimiento de lo que sería el primer derecho en los términos modernos, es decir, la libertad de conciencia³⁹.

³⁷ Por ejemplo, en el caso de los judíos, en Inglaterra hubo que esperar hasta 1858 para que fueran aceptados legalmente en el parlamento, y en Francia hasta 1831 para tuvieran igualdad de derechos respecto de los demás ciudadanos. A este respecto, es tradición citar el caso del padre de Marx, cuyo progenitor fue rabino, y quien a pesar de tener el título de abogado, le estaba impedido ejercer, por lo que optó por bautizarse para poder hacerlo. Vid. Johnson, Paul. *La Vergara*. Barcelona 2004. pp. 374 y 375.

³⁸ Peces-Barba, Gregorio. "El edicto de Nantes", en *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo I, Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII. Dykinson. Madrid 2003. p. 687.

³⁹ Vid. Peces-Barba, Gregorio y Luis Prieto Sanchís. "La filosofía de la tolerancia", en *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo I, Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII. Dykinson. Madrid 2003. p. 265 y ss.

En medio de estos conflictos, que tendrán sus consecuencias en Inglaterra a través de la llamada Revolución Gloriosa⁴⁰, se genera una nueva visión de los sistemas de gobierno y su relación con las personas, generando cambios a lo que se consideraba estático en el medioevo. Así, en el ámbito político, es fundamental citar el pensamiento de John Locke, en su famosos Dos tratados sobre el gobierno civil (1689), en lo que hace referencia a que la vida, la libertad y la propiedad son derechos naturales, y cuyo respeto debe ser garantizado por la organización social y política a la que se pertenezca⁴¹.

Este carácter innato de los derechos tendrá una importancia creciente, en la medida en que lo hace indisponible, y por tanto no sujeto a alteración por parte de una entidad ajena, sea dios, sea el gobierno o cualquier otra manifestación de poder.

En esta vía, debe destacarse el papel de Pufendorf, quien siguiendo la vía del naturalismo dada por Grocio y Hobbes, tendrá una decisiva influencia en las revoluciones del siglo XVIII al señalar que el ser humano es “un ser libre, moral, igual y portador, por tanto de una peculiar dignidad, que constituye su nota y cualidad más acabada”⁴².

Respecto al tema de nuestro estudio, el pensador alemán nos explica que “La dignidad y la libertad son comunes a todos los hombres, porque la naturaleza humana también es común a todos ellos”⁴³, es decir, una concepción de universalidad e igualdad respecto de la naturaleza humana, lo que obliga entonces a que las personas se rijan por una “regla más general de las acciones humanas”⁴⁴ que todos los hombres deben seguir “en calidad de animales razonables”: la ley o derecho natural.

Esta idea de ley natural es fundamental porque al existir previamente al gobierno o sus leyes, las mismas deben adecuarse a esta y representarla, o en otras palabras, respetar lo que es innato en las personas, y por ello una disposición contra la ley natural es también un atentado contra las personas.

Pese a que no hay dudas sobre el peso de los autores citados anteriormente, también debe agregarse, que en realidad no hubo uno en particular que influyese de manera determinante en lo que después sería la primera revolución que haría efectivas las premisas del derecho natural, a saber, la revolución norteamericana, pues como señala Kirk, en realidad fue una amalgama denominada la Gran Tradición, que conjugó a estos pensadores, más la herencia del derecho inglés, junto con sus propias ideas religiosas y su experiencia en las colonias, lo que propició el pensamiento último de quienes le dieron un sustrato filosófico a la guerra revolucionaria norteamericana⁴⁵.

De ahí entonces que Peces-Barba señale que:

⁴⁰ Recordemos que el conflicto inglés se originó en el ascenso al trono de un monarca católico en reino cuya clase dominante era protestante. *Vid.* Guizot, Francois. *Historia de la revolución de Inglaterra*. Sarpe. Madrid 1985.

⁴¹ Gómez Montoro, Ángel. “Dignidad, autonomía y derechos humanos”, 2017. Disponible en: <https://nuestrotiempo.unav.edu/es/grandes-temas/dignidad-autonomia-derechos-humanos>

⁴² Fernández García, Eusebio. *El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII*. 2003, p. 590.

⁴³ Fernández García, Eusebio (2003). *Op. cit.* p. 591.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ Kirk, Russell. *The Roots of American Order*. ISI Books. Wilmington 2006. p. 293.

“El derecho natural racionalista y los derechos naturales descubribles por la razón en la naturaleza del hombre serán el modelo “cientificista” moderno para explicar la necesidad de adaptar a su razón las estructuras del Estado absoluto”⁴⁶.

Lo descrito es la razón por la cual en los discursos y sobre todo en las normas que se dictarán como consecuencias de las luchas por los derechos naturales, se hiciera hincapié en el carácter innato de los mismos, y que su fundamento, esto es, la dignidad humana, quedara relegada en el derecho positivo hasta bien entrado el siglo XX⁴⁷.

III. CONCEPCIÓN MODERNA DE LA DIGNIDAD HUMANA

1. *Kant*

Descritos los antecedentes históricos, pasamos a describir lo que son actualmente las bases del concepto de dignidad humana, y para hacerlo ineludiblemente debe recurrirse a Immanuel Kant, quien estableció lo que son los elementos fundamentales de tal idea hasta nuestros días.

En primer lugar, para Kant, la autonomía es el “fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”⁴⁸, y al decir esto nos está señalando que a través de la razón el ser humano tiene autonomía pues se convierte en un ser consciente de sí mismo, y esta autonomía junto con la razón es lo que sustenta la dignidad humana, al ser un elemento distintivo y único dentro del mundo natural se convierte en la fuente de su dignidad.

Para Kant, la razón es la fuente generadora de lo que obliga a un ser humano, pues la razón es “toda máxima de la voluntad como universalmente legisladora a cualquier otra voluntad y también a cualquier acción para consigo misma” y que se motiva “por la idea de la dignidad de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que aquella que él se da a sí mismo”⁴⁹.

Es decir, la libertad es el medio por el que ser humano prescinde del cumplimiento de las leyes de la naturaleza, al no ser un objeto, sino para ser sujeto de sus propias leyes. Ahora bien para que esas leyes sean moralmente aceptables, tienen que tener como base la buena voluntad, que de acuerdo con Kant es lo único intrínsecamente bueno⁵⁰, lo que hace que una acción sea buena en la medida en que su principio subyacente lo sea, es decir, la buena voluntad. Para lograr esto, indica que la acción debe obedecer al famoso imperativo categórico, que en palabras de Kant implica que “yo debo obrar de modo que pueda querer que mi máxima deba convertirse en ley universal”, es decir que la acción pueda ser aplicable a cualquiera sin que sus consecuencias resulten contradictorias, es decir, que las resultas de dicha acción sean las mismas en todos.

En segundo lugar, y a partir de tales supuestos, podemos entonces entender el concepto de dignidad kantiana, cuando nos indica lo siguiente:

⁴⁶ Peces-Barba, Gregorio (2003). *Op. cit.* p. 163.

⁴⁷ Habermas, Jürgen (2010). *Op. cit.* p. 3.

⁴⁸ Kant, Immanuel. “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”. Trad. Manuel García Morente. Disponible en: <http://www.filosoficas.unam.mx/~gmom/clasicos/kant-fundamentacion.htm>

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ “Ni en el mundo, ni, en general, tampoco fuera del mundo, es posible pensar nada que pueda considerarse como bueno sin restricción, a no ser tan sólo una buena voluntad”. *Vid.* Kant, Immanuel. *Op. cit.*

“En el reino de los fines todo tiene o un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad.

Lo que se refiere a las inclinaciones y necesidades del hombre tiene un precio comercial, lo que, sin suponer una necesidad, se conforma a cierto gusto, es decir, a una satisfacción producida por el simple juego, sin fin alguno, de nuestras facultades, tiene un precio de afecto; pero aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es, dignidad.”⁵¹.

Así entonces, la razón le da a la persona la posibilidad de ser parte del reino de los fines, obedeciendo de este modo sus propias leyes, como ya indicamos, lo que permite llegar al imperativo categórico según el cual “la naturaleza racional existe como fin en sí mismo”, y por ello, en tanto ser racional, la persona devendría en tal carácter.

De lo expuesto Kant deriva lo que él llama un imperativo práctico, a saber:

“Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”⁵².

Lo dicho hace que se tenga una idea del persona con su propio valor, independientemente de todo lo demás y que ese valor además no le puede ser arrebatado, y ni siquiera puede renunciar a él, por ser inmanente al mismo, y así Kant lo expresa cuando explica que para apreciar al hombre moral en uno mismo:

“...tiene que seguirse a la vez la elevación y la suprema autoestima, como sentimiento del propio valor (valor) interno, según el cual el hombre no puede venderse por ningún precio (*pretium*) y posee una dignidad que no puede perder (dignitas interna), que le infunde respeto (*reverentia*) por sí mismo”⁵³.

La consecuencia de esta concepción de la dignidad no es otra que el respeto a todos los seres humanos, pues “Todo hombre tiene un legítimo derecho al respeto de sus semejantes y también él está obligado a lo mismo, recíprocamente, con respecto a cada uno de ellos”⁵⁴.

La universalidad de estos principios es explicada por el autor en los siguientes términos:

“La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas. Así pues, de igual modo que él no puede autoenajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de la autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria; es decir, que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo que reside en él un deber de respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier hombre”⁵⁵.

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

⁵³ Kant, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Tecnos. Madrid 2008. p. 300.

⁵⁴ Kant, Immanuel (2008). *Op. cit.* p. 335.

⁵⁵ Kant, Immanuel (2008). *Op. cit.* pp. 335 y 336.

Como señala Sensen, esto convierte a la dignidad en un absoluto, exclusivo de los seres que tienen libre albedrío, lo que hace que la dignidad sea innata e inalienable⁵⁶.

Es entonces de esa dignidad de la persona, generada por su autonomía basada en la razón, es por lo que se genera la obligación de respeto a las personas, lo cual significó en palabras del propio Kant un cambio en su pensamiento, pues su posición inicial era de desprecio por las personas incultas⁵⁷, pero gracias a Rousseau entendió que la dignidad, si era para todos tenía una consecuencia ineludible en el respeto universal, afirmando que gracias al ginebrino aprendió a “honrar a la humanidad”⁵⁸, convirtiendo de este modo el respeto a los demás en un imperativo categórico.

En estos enunciados Kant describen lo que hasta el día de hoy se considera son las bases fundamentales del concepto de dignidad humana, esto es, que los derechos humanos deben concebirse para que la persona sea un fin en sí mismo y no como un medio para otros fines diferentes a su propia entidad.

La influencia de esta concepción sobre la dignidad humana sigue tan vigente que, como señala Habermas⁵⁹, sus ecos pueden percibirse en la decisión de la Corte Constitucional Federal alemana que declaró inconstitucional la ley de Seguridad Aérea en el año 2006, que en el contexto del ataque a las Torres Gemelas del 2001, pretendía autorizar el que se derribase un avión de pasajeros convertido en un proyectil, al afirmar:

“La manera en la que el Estado podría haber dispuesto unilateralmente de la vida de las personas a bordo del avión les habría negado el valor debido por sí mismo a todo ser humano”⁶⁰.

2. *Declaración Universal de Derechos Humanos*

Por las razones ya expuestas, durante el siglo XIX, con la excepción de la efímera Constitución alemana de 1849 donde se utilizó para justificar la abolición de la pena de muerte y el castigo corporal, como señala Habermas⁶¹, la noción de dignidad humana no figura en el derecho positivo de los siglos XVIII y XIX.

Así entonces, tanto en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 donde en su artículo 1 se afirma que los “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes”, ratificada en la Declaración de Independencia del mismo año en la que se dice: “Sostenemos que estas verdades son evidentes, que todos los hombres son creados iguales, que su Creador les otorga ciertos derechos inalienables”, afirmaciones estas que serán expresadas en términos más lacónicos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Recordemos que se trata de textos políticos y que por lo mismo debían partir de afirmaciones contundentes que permitiesen justificar la creación de un nuevo sistema de valores que posibilitasen una forma de gobierno diferente al absolutismo, y por tanto tenían que destacar, como expresamente se dice, que su fundamento eran “verdades evidentes” más que la explicación del origen de las mismas.

⁵⁶ Sensen, Oliver. *Dignity: Kant's Revolutionary Conception* en *Dignity: A history*, Oxford University Press. 2017, p. 247.

⁵⁷ “I despised the people who know nothing” citado por: Sensen, Oliver. “Dignity: Kant's Revolutionary Conception” en *Dignity: A history*, Oxford University Press 2017. p. 238.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Habermas, Jürgen (2010). *Op. cit.* p. 4.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Habermas, Jürgen (2010). *Op. cit.* pp. 5 y 6.

Algo que también debe agregarse, es que la concepción kantiana de la dignidad humana, en su primer enunciado, la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, fue publicada en 1785, por lo que no pudo influenciar los textos citados de la revolución americana, y era muy reciente respecto de la francesa, lo que podría dar una explicación al menos parcial de la ausencia de la dignidad humana en tales documentos.

De acuerdo con Gómez Montoro⁶² hubo que esperar hasta la Constitución irlandesa de 1937 (que sigue vigente), la inclusión de la dignidad como causa de la promoción del bien común en su preámbulo⁶³, lo que llama la atención en la medida en que es invocada para un fin diferente a la justificación de los derechos humanos, por lo que no parece adecuado considerarlo como un precedente a su uso posterior.

Sin embargo, es la creación de la Organización de Naciones Unidas, la que le da nuevo aliento al concepto de dignidad humana, al incorporarse el 26 de junio de 1945⁶⁴, fecha de su firma, en el preámbulo de su Carta fundacional en la que los miembros de dicha organización estaban resueltos “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”, con lo que se dio inicio a una nueva etapa en el desarrollo del concepto.

Pese a estar considerados los derechos humanos en el texto de la Carta, no sólo en el preámbulo, sino también en su articulado (arts. 1, 13, 55, 62, 68 y 76) no había un mandato expreso de que se dictara una declaración de derechos, y en tal sentido la única mención institucional era la competencia dada al Consejo Económico y Social en el artículo 68 de crear comisiones para la promoción de derechos humanos. De hecho, cuando se iniciaron las discusiones para la aprobación de la Carta en abril de 1945 en la ciudad de San Francisco, varios países, entre ellos algunos latinoamericanos, propusieron que se elaborase una declaración de derechos, pero la respuesta de Estados Unidos, en particular, era que no había necesidad en la medida en que eso sería labor de las comisiones del Consejo Económico en su debida oportunidad⁶⁵.

Sin embargo, hubo varias iniciativas, tanto de los representantes de varios países ya descritos, a los que se agregaron entre otros, Charles Malik del Líbano y Carlos Rómulo de Filipinas para lograr la redacción de una declaración de derechos⁶⁶. La posición de los países latinoamericanos estaba reforzada porque justo antes del inicio de la Conferencia de San Francisco, veintidós países latinoamericanos reunidos en la ciudad de México resolvieron proponer la inclusión de una declaración de derechos en la Carta de Naciones Unidas, y aunque ello no se logró sirvió de base para las negociaciones futuras⁶⁷.

A este esfuerzo se unieron más de 40 ONGs norteamericanas que habían sido invitadas a San Francisco como observadoras y consultoras. Haciendo valer su compromiso, estas organizaciones pidieron una reunión con el secretario de Estado de Estados Unidos, Edward

⁶² Gómez Montoro, Ángel (2017). *Op. cit.*

⁶³ “And seeking to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured” *Vid.* Constitution of Ireland. Disponible en: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html>

⁶⁴ Carta de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>

⁶⁵ Glendon, Mary. *A World made new. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. Random House. New York 2001. Versión Kindle. Pos. 445.

⁶⁶ Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 408.

⁶⁷ Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 415.

Stettinius, quien les concedió 25 minutos. En dicha reunión intervinieron 5 portavoces, siendo el último el que propuso la creación de una comisión de derechos humanos con el objeto de elaborar una declaración de derechos.

No se sabe cuál de estas iniciativas rindió frutos pero lo cierto es que Estados Unidos cedió en su posición inicial, pues en el diario de Stettinius, los comentarios sobre esa época sólo estaban centrados en los problemas iniciales de lo que después se llamaría guerra fría, pero lo objetivo es que se contó con el apoyo de ese país para la constitución de una Comisión de Derechos Humanos cuyo objeto sería la elaboración de la declaración⁶⁸.

De este modo, la Comisión fue aprobada en junio de 1946, y sus miembros serían representantes de 18 estados (Australia, Bélgica, Bielorrusia, Chile, China, Egipto, Francia, India, Irán, Líbano, Panamá, Filipinas, Ucrania, la Unión Soviética, el Reino Unido, Estados Unidos, Uruguay y Yugoslavia)⁶⁹. Su primera sesión se llevó a cabo en enero de 1947, en una antigua fábrica de giroscopios (lo que no deja de ser irónico) en Lake Success, Nueva York⁷⁰.

Paralelamente a las labores de la Comisión, un comité de filósofos de la UNESCO analizaba las conclusiones de un cuestionario enviados a varias personas alrededor del mundo, para solicitar la opinión sobre reflexiones respecto de los derechos humanos en diversas culturas y países. Dicha solicitud recibió respuestas de destacados personalidades como Gandhi, Pierre Teilhard de Chardin, Aldous Huxley y Benedetto Croce, y fue precisamente este último el que propuso “un debate público, formal e internacional debate sobre los sobre los principios necesarios que subyacen a la dignidad humana y la civilización”⁷¹.

Adicionalmente, la encuesta de la UNESCO demostró que los principios básicos del borrador de declaración estaban presentes en muchas tradiciones religiosas y culturales, aunque no siempre presentados como derechos, y luego de hacer una lista de los mismos, se encontraron que esta, en términos generales, coincidía con los que se pretendía incorporar a la declaración⁷².

En ese sentido, es muy gráfica la anécdota contada por Jacques Maritain sobre un visitante a las reuniones que expresó su sorpresa al ver como ideologías diametralmente opuestas podían llegar a acuerdo sobre una lista de derechos fundamentales, a lo que recibió la siguiente respuesta: “Sí, estamos de acuerdo sobre los derechos pero con la condición de que nadie pregunte por qué”⁷³.

Obviamente se trata de una reducción de los que fueron largas y arduas jornadas de negociación, que son fácilmente discernibles por el hecho de que hubo un total de seis borradores hasta llegar al texto final de la declaración.

El primer borrador es conocido como el borrador Humphrey, por ser obra del abogado canadiense Director de la Oficina de Derechos Humanos de la ONU, y quien tuvo la responsabilidad de presentar el primer documento de trabajo de la comisión. En dicho texto la dignidad humana aparece con una concepción bastante alejada de la influencia kantiana pues

⁶⁸ Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 475.

⁶⁹ Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 725.

⁷⁰ Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 734.

⁷¹ Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 1527.

⁷² Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 1535.

⁷³ Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 1555.

apenas se afirma en el preámbulo propuesto que “no puede haber libertad humana o dignidad a menos que la guerra y la amenaza de la guerra sean abolidos”⁷⁴.

Esto demuestra cómo la elaboración de la declaración fue un trabajo arduo que exigió un desarrollo que sin el aporte de todos los involucrados, que como vimos representaban a buena parte de la humanidad, no habría sido posible.

Luego, en el borrador de René Cassin, se observa un cambio cualitativo importante respecto de la dignidad humana, pues si bien se repite en forma parecida la propuesta del preámbulo previa, se agrega otro apartado reafirmando el compromiso con los derechos humanos, la dignidad y valor de la persona humana hecha en la Carta. Igualmente, se establece en el artículo 1 que “Todos los hombres, miembros de una misma familia son libres, poseen igual dignidad y derechos, y se considerarán como hermanos”⁷⁵.

En el llamado borrador de “junio de 1947” elaborado por la Comisión y donde no se incluyó el preámbulo, se redactó el artículo 1 en los siguientes términos: “Todos los hombres son hermanos. Al estar dotados de razón y conciencia, son miembros de una familia. Son libres y poseen igual dignidad y derechos”⁷⁶. Esto cambió en el “borrador de Ginebra” a “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Están dotados por la naturaleza con razón y conciencia, y deben actuar con los demás como hermanos”⁷⁷.

En el penúltimo borrador, denominado “Lake Success”, se volvió a incluir el preámbulo y se hicieron las siguientes propuestas:

“CONSIDERANDO que el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo,

(...)

CONSIDERANDO que los pueblos de las Naciones Unidas han decidido en la Carta reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, y en la dignidad y el valor de la persona humana y promover el progreso social y mejores niveles de vida en una libertad más amplia;

Artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Están dotados por la naturaleza de razón y conciencia, y deben actuar uno hacia el otro en un espíritu de hermandad”.

Lo citado, en el último borrador, llamado el del “tercer comité” se mantuvo respecto del primer considerando y en el otro considerando (que era el cuarto) se agregó luego de la expresión sobre la reafirmación en la fe en la dignidad y valor de la persona humana “y en la igualdad de derechos”, mientras que el artículo 1 se mantuvo igual⁷⁸.

Finalmente, el texto definitivo fue aprobado por la Asamblea, con 48 votos a favor y dos ausencias (Yemen y Honduras), como es sabido, el 10 de diciembre de 1948, sin que hubiese votos en contra, pero con 8 abstenciones significativas: Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, la Unión Soviética, Yugoslavia, Sudáfrica y Arabia Saudita.

⁷⁴ Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 5295.

⁷⁵ Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 5408.

⁷⁶ Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 5529.

⁷⁷ Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 5693.

⁷⁸ Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 5936.

Los cinco primeros representaron a la ideología comunista, y de acuerdo con Eleanor Roosevelt, votaron así por no estar de acuerdo con el artículo 13 que establecía el derecho humano a salir de su país de origen⁷⁹. Las otras dos posturas son fácilmente entendibles, pues representan la primera una defensa al apartheid y a las ideas del fundamentalismo islámico la segunda.

Quedando el texto definitivo, en lo que concierne a la dignidad humana en los siguientes términos:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

(...)

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

ARTICULO 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”⁸⁰

René Cassin comparó la declaración con el pórtico de un templo, pues entendía que la misma era apenas la entrada a un mundo mejor. Por ello, denominó al preámbulo como las escaleras de acceso y a los principios generales establecidos en el artículo 1, la dignidad, la libertad, la igualdad y la hermandad como los cuatros bloques fundacionales de ese pórtico⁸¹.

Estos principios entonces son las bases de los derechos humanos, y en particular, queremos destacar el reconocimiento al carácter inherente a la dignidad humana, pues se pasa a un estadio de immanencia, que hace que los derechos derivados de la misma sean por su propia naturaleza inalienables, en una representación muy cercana a la original proposición kantiana.

1. *Críticas a la idea de dignidad humana*

Evidentemente, estas ideas no agotan lo que pueda decirse de la dignidad, y precisamente de ahí provienen sus críticas⁸², que se originan en la multiplicidad de preguntas que sobre la dignidad humana genera la sociedad actual, donde los progresos de la ciencia generan controversia respecto a sí existen campos de la investigación que invaden o son contrarias a la misma.

En el sentido expuesto, también debe entenderse que la discusión en torno a los alcances del concepto de dignidad humana no deben entenderse un cuestionamiento a su existencia (aunque haya quien así lo predique), sino que antes bien es algo normal en el contexto de principios éticos con efectos en el ordenamiento jurídico pues

⁷⁹ Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 3217.

⁸⁰ Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 6180.

⁸¹ Glendon, Mary (2001). *Op. cit.* pos. 3259.

⁸² Así, Cornelli *et alia* citan el editorial de Ruth Macklin en el *British Medical Journal*, con el título “Dignidad es un concepto inútil”, por el que se proponía sustituir este concepto por el de autonomía, por ser más útil y operacional, todo ello por las dificultades que confronta la idea de dignidad en la bioética. *Vid.* Cornelli, Garrafa y Pyrho (2009). “Dignidad humana. Reconocimiento y operacionalización del concepto” en *Acta Bioethica N° 1*, pp. 65-69.

“los problemas claves a resolver no son diferentes de los que presentan otros principios y normas éticos, a saber: es necesario resolver, por un lado, el problema de la fundamentación de su validez, y, por otro lado, las cuestiones vinculadas con las condiciones de aplicación situacional e histórica”⁸³.

Esta discusión, por supuesto, está lejos de terminar, pero ello no implica un agotamiento del concepto, pues de lo que se trata es de abordar estos temas desde una perspectiva amplia que lleven a considerar los componentes sociales e estructurales de cada circunstancia para desarrollar una idea de dignidad humana de acuerdo con la exigencias de los tiempos y en consonancia con los derechos humanos, bajo el condicionamiento esencial del ser humano como un fin en sí mismo y no como un simple instrumento.

2. *Funciones de la dignidad humana en el discurso de los derechos humanos*

Ahora bien retomando las discusiones que generaron tantos cambios en la redacción sobre la dignidad humana, queremos destacar algunos aspectos de la misma que demuestran la utilidad del concepto pese a las dificultades que actualmente afronta.

A. *Función mediadora*

La existencia en diferentes culturas de una idea de los derechos humanos así como de la importancia de la persona humana resultó en la utilización, como señala Habermas⁸⁴, de la dignidad como término puente para aceptar los derechos humanos, pues independientemente que el sustrato de la misma se genere en diferentes ideologías, lo cierto es que es un ideal compartido el respeto debido a la persona, por lo que vincular tal respeto a la idea de dignidad sirvió de elemento mediador en las discusiones, y aún en el día de hoy sirve para generar un diálogo intercultural, tan necesario como antes, para mantener la dignidad como común denominador del fundamento de los derechos humanos, ahora reconocidos e indiscutidos, en las exigencia del mundo contemporáneo.

B. *Función de respeto a través del reconocimiento*

La concepción inicial romana de la dignidad como elemento que eleva y genera prestigio y respeta, facilita también que la misma pueda servir, primero como medio de reconocimiento de derechos, primero a través de la declaración, y luego, por la inclusión en los ordenamientos nacionales, cosa que ya ha ocurrido en la mayoría de los casos.

Obviamente esto no implica un respeto total e inmediato, pero sin duda la fuerza de estar en la legislación es otro paso en el difícil camino del establecimiento, que no imposición, de los derechos humanos en la conciencia universal de la humanidad.

En este sentido, por ejemplo, apunta la propuesta de Waldron⁸⁵ de considerar la dignidad como un tratamiento nobiliario, pero para todos, y de este modo, elevar las exigencias que la dignidad humana debe aparejar.

Ese otro aspecto de la dignidad, en tanto respeto, no puede construirse sino a través del reconocimiento recíproco entre las personas⁸⁶. Lo dicho se concreta en la siguiente expresión:

⁸³ Michelini, Dorando (2010). “Dignidad humana en Kant y Habermas” en *Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas*. Vol. 12 n° 1. Mendoza Artículos (41-49). p. 42.

⁸⁴ Habermas, Jürgen (2010). *Op. cit.* p. 12.

⁸⁵ Habermas, Jürgen (2010). *Op. cit.* p. 15.

⁸⁶ “Por el contrario, cuando se entiende que la dignidad se construye y se realiza por el reconocimiento, como propone Hegel en la “Dialéctica del señor y del esclavo”, y no por el respeto, como

“De manera que el reconocimiento legal demandado por los ciudadanos va más allá del reconocimiento moral recíproco entre sujetos responsables, y posee el significado concreto del respeto exigido por un estatus que es merecido y que, como tal, se encuentra impregnado de las connotaciones de “dignidad” que en el pasado se asociaban al hecho de pertenecer a ciertos cuerpos corporativos socialmente respetados”⁸⁷.

C. *Función heurística*⁸⁸

Al ser la idea sobre la que se fundan los derechos humanos, sirve también como instrumento de interpretación de los mismos⁸⁹ y de reconocimiento de nuevos derechos, lo cual es una ayuda muy importante en la medida en que estos, precisamente por ser inherentes a la persona, evolucionan con la misma, y por ello, lo que eran derechos hace cincuenta años, ahora se entienden de manera diferente, y además se amplían en espectros que antes no podían concebirse.

En este contexto de cambio social y tecnológico, resulta esencial entonces que dignidad humana sirva para interpretar y adecuar los límites y alcances, no siempre fáciles de los derechos humanos. Evidentemente no se trata de una guía infalible y esquemática, pero sin duda es muy útil en la medida en que facilita la comprensión de los que ahora deben entenderse como un derecho humano.

D. *Función legitimadora*

Si en el antiguo régimen, la legitimación venía de la divinidad, existía para cualquier sistema que pretendiese sustituirlo una contundencia parecida, y en ese sentido, la construcción de un estado en torno a la persona ha sido un camino arduo y aún sin terminar, pero sin duda la dignidad humana, con su exigencia de respeto, ha contribuido a que los poderes públicos tengan sentido de existencia a través de ella.

Por ello resulta pertinente destacar la función legitimadora del “orden político y del ejercicio de todos los poderes públicos”⁹⁰ que cumple la dignidad, con lo que no sólo se convierte ya en la sustentación de los derechos humanos sino en toda una concepción del poder y del estado que gira en torno suyo.

E. *Función cohesionadora de los derechos humanos*

Finalmente, no podemos dejar de abordar el elemento cohesionador que dentro del derecho de los derechos humanos tiene la dignidad humana pues sucesivas generaciones de derechos en algunos casos pueden ser, y son en la realidad, presentados como enfrentados entre sí. A tal respecto resulta gráfica la contraposición muchas veces señalada entre los derechos

en Kant, se puede percibir que es mediante la relación con el otro y sólo en ese reconocimiento recíproco que la dignidad se establece”. *Vid.* Cornelli, Garrafa y Pyrrho (2009). *Op. cit.* p. 67. En realidad, consideramos que ambas de las situaciones aplican la noción de respeto, sólo que a los efectos de los derechos humanos resulta necesario que sea recíproco y no sólo por el convencimiento de un imperativo personal como lo plantea Kant.

⁸⁷ Habermas, Jürgen (2010). *Op. cit.* p. 14.

⁸⁸ “Heurístico. 1. adj. Perteneciente o relativo a la heurística. 2. f. Técnica de la indagación y del descubrimiento. 3. f. Búsqueda o investigación de documentos o fuentes históricas. 4. f. En algunas ciencias, manera de buscar la solución de un problema mediante métodos no rigurosos, como por tanteo, reglas empíricas, etc.” Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/heur%C3%ADstico>

⁸⁹ Marín Castán, María Luisa (2007). *Op. cit.* p. 5.

⁹⁰ Marín Castán, María Luisa (2007). *Op. cit.* p. 5.

civiles y políticos y los sociales y culturales, afirmándose que si estos últimos no se respetan de nada sirven los primeros, por lo que debe priorizarse los sociales y culturales para darle sentido a los políticos. En términos más concretos: con hambre y sin educación de poco sirve el derecho de participación política.

En realidad, la situación es al contrario, como señala Rawls⁹¹, las experiencias de discriminación y sufrimiento adquieren “igual valor” cuando se complementan con los sociales y culturales. Lo dicho puede entenderse como confirmación de la proposición final del párrafo anterior, pero no es así, pues el matiz viene dando por el cambio entre priorizar o dar preeminencia a unos derechos, que es la primera de las visiones descritas y sustituirlo por un régimen de convivencia complementario que permita un tejido de interrelaciones que faciliten el ejercicio de todos los derechos en términos que cada ciudadano entienda como útiles. Así entonces, en términos concretos, la participación política se puede convertir en un medio para acabar con el hambre y obtener educación, es decir reafirmando, a través de una conciencia ciudadana, unos derechos puedo hacer valer los segundos y viceversa.

Al final, no es un problema conceptual, pues el derecho de los derechos humanos considera, en razón de la dignidad humana, la necesaria interrelación e interdependencia de los derechos, por lo que son las políticas públicas inclusivas y concientizadoras las que permiten el establecimiento de un camino en el que esa complementación pueda darse.

En este contexto, precisamente por lo complejo que pueden ser las situaciones de discriminación y exclusión, que tienen efectos aún muchos años después de ser abolidas jurídicamente, es que la dignidad sirve como elemento de cohesión al dar respuesta al hecho de que no es verdad que la dignidad pueda requerir la anulación de unos derechos por otros, sino que antes bien, como indicáramos, los derechos por el contrario, sirven de elementos de apuntalamiento entre sí a los efectos de lograr el estatus que la dignidad humana exige.

3. *Acercamiento a un concepto de dignidad humana*

De este modo, un primer acercamiento a un concepto moderno de dignidad humana puede resumirse en lo que el Tribunal Constitucional español ha dado como tal:

“la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”⁹²

La dignidad estaría entonces conformada por su carácter innato, generada por la libertad del individuo, dentro de un contexto responsabilidad de uno mismo junto a la noción de respeto que conformarían la base de un mutuo reconocimiento entre las personas.

Estamos de acuerdo con lo expuesto, pero creemos que precisamente por la evolución del derecho de los derechos humanos resulta necesario un elemento de responsabilidad ya no sólo con los derechos inherentes a la propia persona, sino también de las siguientes generaciones.

En ese sentido, la tradición cristiana y el propio racionalismo, cada uno según su propio criterio, convergían en el control que sobre la naturaleza correspondía al ser humano, y en tal virtud cada triunfo sobre los elementos ha sido considerado una prueba de la excelencia de la humanidad como especie única en la naturaleza.

⁹¹ Citado por Habermas, Jürgen (2010). *Op. cit.* p. 9.

⁹² Citado por: Marín Castán, María Luisa (2007). *Op. cit.* p. 2.

Sin embargo, como sabemos, ese dominio, más que control ha significado, como nunca antes no sólo el riesgo (que algunos dicen ya se han concretado en determinados ámbitos) de que el ambiente genere cambios en los modos de vida actuales debido a la intervención sin control por nuestra parte, sino que además las generaciones futuras vean en peligro su calidad vida y su propio sentido de dignidad por hechos de los cuales ni siquiera pueden ser considerados responsables.

Con esto se deja atrás el último de los elementos vinculados a los derechos humanos con ascendencia religiosa y se torna hacia una nueva mirada a la situación de la humanidad respecto a su entorno, ya no en tanto propiedad de la especie, o en consideración a sus atributos, sino como medio de aseguramiento de la existencia de la misma en las mejores condiciones posibles.

En tales circunstancias entonces la idea de dignidad humana no sólo debe comportar la noción de mutuo respeto sino, además, el sentido de responsabilidad con el medio ambiente, prescindiendo de esa idea de superioridad natural del ser humano y sustituyéndola más por la de una especie gestora y administradora (más no propietaria) de unos bienes que debe legar en mejores condiciones de las que lo recibió. No se trata de algo menor, obviamente, pero la evolución de los derechos humanos obliga a esta connotación, sin la cual todos los demás derechos resultan amenazados.

Haciendo entonces una composición de los elementos mencionados anteriormente, la dignidad humana puede considerarse como el respeto recíproco a la existencia del ser humano, fundando en su autonomía esencial y en la asunción responsable de la conservación armónica del medio ambiente.

*Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial sobre la democracia. Teoría de la coherencia funcional**

Asdrúbal Aguiar

*Abogado y Doctor en Derecho
Ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Profesor Titular (Catedrático) de Derecho internacional y
Derechos humanos en la UCAB
y en las Universidades argentinas del Salvador y de Buenos Aires
Profesor Visitante del Miami Dade College
Miembro de la Real Academia Hispanoamericana de Ciencias,
Artes y Letras de España*

Resumen: *La democracia es el contexto necesario, en cuyo defecto mal puede predicarse el respeto y la garantía de los derechos humanos. Todo escrutinio sobre la violación de estos desde la perspectiva de la Convención Americana de Derechos Humanos reclama, así, de una premisa, a saber, la evaluación del marco político institucional dentro del que aquella haya ocurrido. De allí la probable agravación de los efectos que puedan colegirse al momento de ser declarada la responsabilidad internacional de alguno de los Estados parte por hechos internacionalmente ilícitos contrarios a la Convención. Es lo que puede denominarse el control democrático de convencionalidad y que han de ejercer en línea bidireccional sean los jueces nacionales como los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el plano supranacional. Pero cabe, además, otro control, el de convencionalidad de la democracia cuando se relaciona la violación de los derechos reconocidos por la propia Convención y/o se fijan sus límites respectivos con iguales violaciones de los elementos esenciales y componentes fundamentales de la misma democracia, acudiéndose para ello a las previsiones de la Carta Democrática Interamericana e invocando el artículo 29 sobre las reglas para su interpretación.*

Palabras Clave: *Control de convencionalidad. Diálogo jurisprudencial. Democracia. Derechos Humanos. Convención Americana. Carta Democrática Interamericana. Reglas del control. Hermenéutica. Efecto útil. Agotamiento de recursos internos. Efecto útil. Pro Homine et Libertatis. Control democrático de convencionalidad. Control de convencionalidad y diálogo sobre la democracia. Balancing test. Teoría de la coherencia funcional.*

* El texto original del presente artículo, luego revisado, ampliado y actualizado, contiene nuestra participación en las VII Jornadas Colombo Venezolanas de Justicia Constitucional, realizadas el 1 y 2 de marzo de 2016, celebradas en la Universidad Católica Andrés Bello, de Caracas, bajo los auspicios de la Fundación Konrad Adenauer. Sucesivamente sirvió de base para nuestras lecciones en el Diplomado Internacional en Derechos Humanos y Control de Convencionalidad, organizado por la Universidad Católica Santa María La Antigua, en ciudad de Panamá, durante los días 13 y 14, 20 y 21 de septiembre de 2019.

Abstract: *Democracy is the necessary context in whose absence the respect and guarantee of human rights can hardly be preached. All scrutiny of the violation of these from the perspective of the American Convention on Human Rights thus demands a premise, namely, the evaluation of the institutional political framework within which it has occurred. Hence the probable aggravation of the effects that may be inferred when the international responsibility of any of the States parties for internationally wrongful acts contrary to the Convention is declared. It is what can be called the democratic control of conventionality and that national judges such as those of the Inter-American Court of Human Rights at the supranational level must exercise in a bidirectional line. But there is also another control, that of the conventionality of democracy when the violation of the rights recognized by the Convention itself is related and / or its respective limits are set with the same violations of the essential elements and fundamental components of the same democracy, resorting to the provisions of the Inter-American Democratic Charter and invoking Article 29 on the rules for its interpretation.*

Key words: *Conventionality control. Jurisprudential dialogue. Democracy. Human rights. American Convention. Inter-American Democratic Charter. Control rules. Hermeneutics. Useful effect. Exhaustion of internal resources. Useful effect. Pro Homine et Libertatis. Democratic control of conventionality. Control of conventionality and dialogue on democracy. Balancing test. Functional coherence theory.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

PRECISIONES CONCEPTUALES

CONTROL Y DIÁLOGO SOBRE LA DEMOCRACIA

TEORÍA DE LA COHERENCIA FUNCIONAL

INTRODUCCIÓN

La cuestión del llamado control de convencionalidad, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la que a su vez elaboran los tribunales constitucionales domésticos y del diálogo sostenido entre aquella y estos, como de las elaboraciones de la doctrina, revela un avance teórico y práctico encomiables. Ello es así más allá de que la situación de los derechos humanos y de la democracia en las Américas –en los planos de su respeto por los Estados y la tutela interamericana efectiva– no sea la más prometedora.

Su esbozo pionero lo hace el juez Sergio García Ramírez con el propósito de perfilar mejor, con sus debidos cuidados, la naturaleza del citado órgano jurisdiccional encargado de la protección regional internacional de derechos humanos. Lo hace así con vistas a que la misma Corte, al juzgar el comportamiento de los Estados parte a propósito de las violaciones de derechos humanos que le sean atribuidas, tenga conciencia de su papel y del contenido imperativo de la Convención Americana de Derechos Humanos que la crea; sea por hacer parte ésta del orden público internacional como por integrar, a su vez, el denominado bloque de la constitucionalidad en las jurisdicciones internas. Y como lo dice la misma Corte en repetidas oportunidades, ello en modo alguno la erige como cuarta instancia sobre la pirámide judicial de los Estados pues su jurisdicción es más compleja.

No por azar, la Corte ha dicho claramente que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin (Corte IDH, *Caso de Cabrera García y Montiel Flores*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225)

La Corte no tutela así un sistema paralelo o meramente sobrepuesto al de los Estados o en competencia con los mismos, sino que, forjado sobre la soberanía concurrente de éstos ancla la normativa interamericana sobre derechos humanos en los principios del citado orden público para fisurar o modelar con sus postulados y al mismo tiempo tanto al orden internacional en su base contractualista clásica como a los ordenamientos internos de los propios Estados.

García Ramírez, en efecto, se propone lo que antes y en su momento también hacen la misma Corte y el hoy fallecido juez Rodolfo Piza Escalante al referirse al rol de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que al igual la Corte es órgano competente para conocer del cumplimiento por los Estados de los términos de la Convención.

A propósito del *Caso de Viviana Gallardo* (Corte IDH, Decisión de 13 de noviembre de 1981, Voto, párr. 4) y al tratar sobre el derecho de toda persona de llevar un caso ante la Comisión, sea o no sea una víctima, indica Piza, salvando su voto y a la vez en criterio que acoge la Corte, que “este esquema es importante para comprender la estructura de la jurisdicción [interamericana] ... aun cuando lo haya sido [en su invocación] por la Comisión Interamericana, la cual nunca tiene el rol de parte sustancial, actora ni demandada, sino siempre la de parte *sui generis*, puramente procesal, auxiliar de la justicia, a la manera de un «ministerio público» del sistema” de protección de derechos humanos.

García Ramírez, en el *Caso de los Trabajadores cesados del Congreso peruano* (Corte IDH, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Voto, párr. 4), afirma que: “En otras ocasiones he cotejado la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Estas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación”.

Sin mengua de que en esas ocasiones no se le califica como tal a dicho instituto –control de convencionalidad– el mismo juez Piza, describiendo luego la actividad jurisdiccional de la Corte en la *Opinión Consultiva sobre la Constitución Política de Costa Rica*, observa que: “No ha de sustituirse a las autoridades nacionales competentes, con olvido del carácter subsidiario del mecanismo internacional de garantía colectiva instaurado por el Convenio. Las autoridades nacionales siguen siendo libres de elegir las medidas que estimen apropiadas en las materias regidas por el Convenio”. Y a renglón seguido agrega lo que importa, a saber, que “el control del Tribunal no se refiere sino a la conformidad de estas medidas con las exigencias del Convenio” (Corte IDH, OC-4/1984, párr. 10).

En uno u otro caso, lo importante a destacar reside en la precisión del pleno de la Corte en cuanto a que, el juez nacional, “al elegir las medidas” que refiere Piza ha de hacerlo ajustado al *corpus iuris interamericano*.

Se hace presente, ahora sí y en consecuencia, la cuestión del control de convencionalidad que han de realizar tanto la Corte sea en propiedad y a propósito de los casos contenciosos que conoce, sea de manera preventiva y como orientación al emanar sus opiniones consultivas¹ como los jueces nacionales y que, al no representar la actuación de dicha Corte una

¹ “El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo”. Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Hu-

corrección piramidal o de instancia sobre lo decidido en el plano doméstico por los Estados parte de la Convención, provoca, mejor aún, el llamado «diálogo jurisprudencial» entre jurisdicciones –la internacional o convencional, anclada en los tratados de derechos humanos, con las domésticas o constitucionales y viceversa– a objeto de lograr no sólo la plenitud de la propia Convención Americana sino una decisión que responda a lo que señala el artículo 29 de ésta sobre su interpretación, es decir, que

- 1) No sea limitativa de los derechos humanos, sino en la medida convencionalmente aceptada;
- 2) no sea excluyente de otros derechos que la Convención no contempla, pero sí la Constitución o leyes del respectivo Estado;
- (3) sea reconocedora de todo derecho que no estando contemplado normativamente pueda aceptarse conforme a los criterios de inherencia a lo humano, derivado de la democracia, o contemplado en las declaraciones internacionales sobre derechos humanos por entenderse como interpretaciones auténticas de la Convención.

El diálogo jurisprudencial, resultado de los controles de convencionalidad interamericano y nacionales, en efecto y por lo visto, representa un eslabón apropiado, una sede privilegiada para la resolución de los grandes problemas que plantean como desafíos el respeto a la dignidad humana y su prelación ontológica frente a lo normativo, la renovación de la experiencia democrática en medio de un ambiente de desencanto, y un régimen apropiado de garantías jurídicas susceptible de darle gobernabilidad a las fuerzas disolventes de lo social y de lo político-territorial que, con velocidad inusitada, pugnan en los espacios transnacionales y buscan relativizar al hombre y su existencia.

PRECISIONES CONCEPTUALES

Carlos Ayala Corao, quien estudia la cuestión a profundidad pone de relieve el significado teleológico del citado control y el diálogo que éste procura, afirma que su resultado es “un enriquecimiento mutuo en la construcción de soluciones equivalentes [entre distintas jurisdicciones] acordes a los principios del derecho democrático”. Lo que, al paso y como lo señala el autor, permite la forja y hace evidente “una nueva concepción democrática de la soberanía, que podemos denominar una *soberanía de los derechos*, la cual limita al poder de los Estados desde una doble fuente: la constitucional y la internacional, como objeto y propósito de proteger universalmente a la persona humana”.²

Se ha de tener presente, en tal orden, que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como integrantes del aparato u órganos del Estado también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124).

De modo que el control de convencionalidad, entonces, es la herramienta que concreta el cumplimiento por el Estado de sus obligaciones internacionales en el plano del Derecho interno. Como lo aclara Claudio Nash³, es la concreción de una garantía hermenéutica, es

manos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Párr. 26.

² Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 7 y 18.

³ Corte IDH, Control de convencionalidad, Cuadernillo de Jurisprudencia N°7, San José de Costa Rica, 2019, p. 4.

decir, que los derechos humanos internacionalmente consagrados sean conformes en sus núcleos y alcances –amplio goce y límites restrictivos– con las obligaciones de respeto y garantía asumidas por cada Estado, según las previsiones de la Convención Americana y las interpretaciones auténticas que de estos realizan sus órganos de aplicación, la Comisión y la Corte Interamericanas.

a) *Reglas del control de convencionalidad y sus efectos*

No basta, por ende, que el Estado, al cumplir sus obligaciones de respeto y garantía adecuada, desaplique o expulse las leyes inconformes o dicte las necesarias, pues al cabo lo que importa es que sus órganos, dentro del marco de sus competencias, apliquen “las normas de origen interno de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente”.⁴

Las reglas de la Corte, respecto de la obligación de cada Estado parte de “adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el artículo 2 de la misma” y que ha de cumplir de buena fe (*pacta sunt servanda*), garantizando que sus respectivas actuaciones tengan efectos reales (*effet utile*), señalan que se trata de “un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional de los Estados” (Corte IDH, *Caso Herzog y otros Vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de marzo de 2018, párrs. 311 y 312).

A renglón seguido precisan que:

(a) No basta que el Estado inaplique una norma contraria a la obligación internacional asumida, sino que media “una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente” (*Caso Almonacid*, cit., párr. 121). De modo que, sin más, el Estado ha de “dejar sin efecto disposiciones legales contrarias a la Convención” (Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2018. Párr. 64);

(b) ha de adecuar la legislación interna “dentro de un plazo razonable, [y] ... de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia” (Corte IDH, *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 121);

(d) y cuando no se hace necesaria la modificación legislativa para la adecuación a las obligaciones internacionales, ha de interpretar el Estado sus propias normas de modo coherente con “los principios establecidos por la jurisprudencia del tribunal” (Corte IDH, *Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de febrero de 2019, párr. 130) y según la Convención (eficacia interpretativa):

“Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención” (Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Párr., 338).

Advierte la Corte, en subsidio,

⁴ *Loc.cit.*

“la relevancia de la debida interpretación de la legislación y aplicación del control de convencionalidad, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y estándares internacionales aplicables” (Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Párr. 211).

La Convención, una vez integrada al bloque de la constitucionalidad por sus Estados parte⁵ es un estatuto que rige las obligaciones de éstos en el campo de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción. Su violación, por ende, de no producirse el debido y oportuno restablecimiento del orden convencional vulnerado, ni otorgarse, cuando proceden, las reparaciones a las víctimas por comportamiento imputables a los Estados, éstos comprometen su responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos, conforme al artículo 63,1 en concordancia con los artículos 1 y 2 *ejusdem* que fijan –los últimos– las obligaciones de respeto y de garantía de los derechos humanos reconocidos.

[C]onforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquel”, recuerda la Corte, antes de agregar, por consiguiente, que:

“estima de necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos (Corte IDH. *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Párr. 58).

Es consciente, por lo antes dicho, que todos a uno, los Estados parte de la Convención quedan atados en el ejercicio de sus competencias dispuestas por el Derecho interno al cumplimiento de las obligaciones que la misma establece y al efecto hace “primar [dicho] control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial” (Corte IDH, *Caso Gelman*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239). De suyo, no impone un modelo de control específico, concentrado o difuso, judicial, legislativo o ejecutivo, sino que reclama de su existencia, la del control de convencionalidad, al recordar, v.gr. que: “si bien... reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales [se refiere a los Tribunales Constitucionales], la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 124).

Las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos han de entenderse, en suma, en su fuerza prescriptiva o normativa y no como programas o aspiraciones. Por lo mismo, receptadas como sean tales obligaciones dentro del ordenamiento jurídico interno, quien ejerce el control de constitucionalidad –declara la conformidad de las normas y

⁵ Ayala, *op.cit.*, 90.

acaso las adecua en su interpretación o las expulsa por inconstitucionales— ha de cumplimentar a la vez o a renglón seguido el debido control de convencionalidad (Corte IDH, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párrs. 77 y 78).

“En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones” (Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128). “Es necesario, que las interpretaciones constitucionales y legislativas... se adecúen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”, sostiene la misma Corte Interamericana de un modo preciso (*Caso Radilla Pacheco*, cit., párrs. 114 y 115).

b) *La tarea hermenéutica*

En su tarea hermenéutica y de adecuación del derecho interno al derecho internacional de derechos humanos, a través del control de convencionalidad, los órganos del Estado competentes han de ser conscientes de lo advertido por la Corte, en cuanto a que “varios tribunales nacionales de la más alta jerarquía han entendido que la jurisprudencia internacional es fuente de derecho, si bien con distintos alcances, y han utilizado los *obiter dicta* y/o las *ratio decidendi* de dicha jurisprudencia para fundamentar o guiar sus decisiones e interpretaciones” (*Caso Gelman*, cit., párr. 86). La prevención no es ociosa, por cuanto si bien es cierto que la jurisprudencia que resulta de la función contenciosa de la Corte obliga de manera directa y estricta a los Estados parte llamados a estrados, evadir su doctrina otro Estado parte que ha de aplicar la Convención alegando no sentirse vinculado por la misma, le expone a un comportamiento que puede ser constitutivo de su responsabilidad internacional por hecho internacionalmente ilícito.

Ha declarado la Corte, ante hipótesis como la señalada, que si bien “el Estado ha reconocido ante esta instancia internacional que una interpretación diferente de la figura de la prescripción en acciones civiles de reparación en casos de crímenes de lesa humanidad constituye una violación de derechos reconocidos en la Convención... [1]a consecuencia necesaria de la posición del Estado es que interpretaciones judiciales actuales o futuras inconsecuentes con ese criterio serían contrarias a la Convención y, por ende, comprometerían la responsabilidad del Estado” (Corte IDH. Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2018. Párr. 133).

Es conteste la misma en cuanto a que en la aplicación que hacen los jueces nacionales de las normas de la Convención Americana, ellos las interpretan o adecuan a concretos supuestos de hecho guiándose por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Se trata de un camino que se recorre en doble vía, de manera dinámica y bajo el criterio de la subsidiariedad, según lo describe la Corte Interamericana con amplitud y lo destaca Ayala Corao:

“[E]n el sistema interamericano, existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico; en otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas ade-

cuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados” (*Caso Colindres Schonenberg*, cit., párr. 75).

Finalmente, el modelo del juicio de convencionalidad como *baremo de compatibilidad y de cumplimiento* por cada Estado parte y por su iniciativa, responde a claros principios que se desprenden del Derecho internacional y enuncia la propia Corte:

“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de *ejercer ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en *el marco de sus respectivas competencias* y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia *deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana*, intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH, *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de octubre de 2015, párr. 307; Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de octubre de 2015, párr. 346; Corte IDH, *Caso Órdenes Guerra y otros Vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2018, párr. 135).

Ayala Corao, innovando, analiza luego dicha cuestión del control de convencionalidad desde la perspectiva de su fruto, es decir, del mencionado diálogo jurisprudencial que, como experiencia es el relevante para el propósito que interesa y es susceptible de provocar la relación de la jurisdicción interamericana con los jueces nacionales en el campo de los derechos humanos y de la democracia como su odre, propiciando sus revalorizaciones.

Ello implica para cada juez la posibilidad de transitar – lo recuerda Ayala – por el camino de distintas técnicas, como: “la interpretación conforme, la interpretación vinculante, la interpretación orientadora, la norma interpretada, la cosa juzgada internacional, la interpretación vinculante y el bloque de la constitucionalidad”.⁶ Y agrega, para sintetizar lo conceptual y luego de referirse a los fundamentos jurídicos y la naturaleza del control de convencionalidad como al contenido de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, que:

“El control de convencionalidad consiste entonces en una obligación que corresponde a todos los órganos del poder público del Estado, tanto a nivel nacional como en sus niveles inferiores de distribución político territorial (estados, provincias, regiones, municipios u otros), con independencia de la responsabilidad internacional del Estado nacional”, según el tenor del artículo 28 *ejusdem*. Y “de allí que todos los actos y actividades del Estado estén sometidos a este control, comenzando con la propia Constitución y las leyes, los actos administrativos, las sentencias y en general, todos los demás actos estatales”.⁷

c) *La bidireccionalidad del diálogo, supuesto del agotamiento de los recursos internos*

Esa tarea del control de convencionalidad, según el acertado criterio del autor, no se detiene en las paredes de la oficina de cada juez o que, acaso, pueda ser de interés para fines jurídicos comparatistas. El diálogo entre jurisdicciones que se suscita como “control de la arbitrariedad judicial” supone una exigente labor consciente y de razonamiento que –al anclar las normas y la doctrina internacionales dentro de los espacios constitucionales domésticos– busca influenciar, en reciprocidad y bidireccionalidad, el accionar de las otras jurisdicciones;

⁶ Ayala, *op.cit.*, p. 114.

⁷ *Ídem*, p. 119.

ello, con vistas a una progresiva homologación de las distintas jurisprudencias.⁸ Se trata, por referirse a un control sobre el cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, de una cuestión muy sensible, quizás la vertebral, dentro de la experiencia democrática; lo que no la hace ajena a las mismas tensiones y conflictos propios de la democracia. Por ende, de hace pertinente, dado el caso, la preocupación que la misma Corte Interamericana hace presente en uno de sus fallos y a cuyo tenor “resulta preocupante la intimidación y presión que podrían enfrentar los operadores de justicia que, desde sus respectivas competencias, pretendan efectuar un control de convencionalidad” (Corte IDH, *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal, Caso Molina Theissen y otros 12 Casos Guatemaltecos Vs. Guatemala*, Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de marzo de 2019, párr. 45).

El diálogo jurisprudencial que provoca el control de convencionalidad y se plantea entre los órganos principales de la Convención Americana y los Estados parte, ocurre por vía de un desdoblamiento funcional y de modo particular con los jueces nacionales, obligados estos a la realización de los términos de aquella en lo atinente a la tutela judicial efectiva que cristaliza como derecho el artículo 25 (Protección Judicial) convencional; pero hace posible también, a fin de cuentas, la igual realización del principio de agotamiento de los recursos internos del Estado como condición para que tenga lugar la actuación de los órganos de la señalada Convención, poniendo en marcha el estatuto sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

Hoy, favorecido ese diálogo por las facilidades del mundo digital y los reclamos por una mejor calidad en las democracias y la democratización de los espacios globales, al término se espera que ocurra una convergencia progresiva, escalonada, y multidireccional, de similar ida y de vuelta entre las jurisdicciones varias a que dé lugar la forja progresiva de un derecho común universal, anclado en la ética de la persona humana. Su fundamento, lo precisa Ayala, ha de ser entonces la misma democracia, sus valores, a saber, los que se desprenden de “los atributos esenciales de la dignidad de la persona humana”.⁹

CONTROL Y DIÁLOGO SOBRE LA DEMOCRACIA

En mi libro sobre *Calidad de la democracia y expansión de los derechos humanos*, re-fiero que más allá del accionar político que sigue en pie para el sostenimiento de la libertad, la vigencia del estado de Derecho, y la garantía de los derechos fundamentales de la persona humana, el verdadero desafío o reclamo actual y que parece avanzar es el de la reinención de la democracia; como si se tratase, incluso, de algo inédito –especie de utopía– para las generaciones del presente y con vistas al porvenir.

Dado ello me pregunto y he preguntado si ¿se trata, acaso, de una apuesta o, mejor un planteamiento que, de entrada, no descarta, sino que obliga a poner sobre la mesa de la crítica abierta al dogma de las formas y contenidos de la democracia tal y como se las entiende a lo largo de la modernidad y pide verificar sus consistencias con las realidades distintas, sobrevenidas, que muestra el siglo en curso y son propias a lo inevitable?¹⁰

⁸ *Ibid*, p. 23.

⁹ *Íb.*, p. 219.

¹⁰ Aguiar, Asdrúbal, *Calidad de la democracia y expansión de los derechos humanos*, Miami, Miami Dade College / Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2018, p. 21.

No dudo en señalar que a través del diálogo jurisprudencial que auspicia el control de convencionalidad, cuando menos a la luz de la Convención Americana y, por aplicación de esta, los términos de la Carta Democrática Interamericana, guiada la actividad judicial por el principio de la progresividad acaso puedan encontrarse las respuestas necesarias en jurisprudencia que ya se nos muestra en escorzo.

Dos vías particulares y a la vez estrechamente vinculadas son susceptibles de hacer caminos y realizar el propósito anterior: una es el control de convencionalidad de la democracia y, la otra, el control de convencionalidad democrática.

a) *Control de convencionalidad de la democracia*

Destaca como novedad la aplicación que de los términos de la Carta Democrática Interamericana viene haciendo la Corte Interamericana en virtud de distintos casos sometidos a su conocimiento y a objeto de darle contenido al ordinal d) del artículo 29 de la Convención, a cuyo tenor “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ... excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales –a la sazón la Carta Democrática Interamericana– de la misma naturaleza”.

La Declaración de Santiago de Chile, adoptada por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la OEA, en la misma oportunidad en que nace la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y tiene como su primer presidente al eximio escritor y exmandatario venezolano Rómulo Gallegos, define una pauta sustantiva sobre la democracia que debe considerarse doctrina pionera en el hemisferio occidental y ha de ser ponderada por los operadores jurídicos.

La democracia, como sistema o régimen y como derecho que cabe a los gobiernos asegurarlos, se entiende, tal y como reza la Declaración, como sujeción a la ley mediante la independencia de los poderes y la fiscalización de los actos del gobierno por órganos jurisdiccionales del Estado; surgimiento de los gobiernos mediante elecciones libres; incompatibilidad con el ejercicio de la democracia o el ejercicio del poder sin plazo determinado o con manifiesto propósito de perpetuación; deber de los gobiernos de sostener un régimen de libertad individual y justicia social fundado en el respeto a los derechos humanos; protección judicial eficaz de los derechos humanos; contrariedad con el orden democrático de la proscripción política y sistemática; ejercicio de la libertad de prensa, información y expresión en tanto que condición esencial para la existencia del mismo sistema democrático; en fin, desarrollo de estructuras económicas que aseguren condiciones justas y humanas de vida para los pueblos.

En tal orden, progresivamente se forja en las Américas un verdadero modelo jurídico de seguridad colectiva de la democracia –primero de orden jurisdiccional y en adición de carácter político y diplomático, ajeno a la fuerza o, mejor aún, fundado en la fuerza del Derecho, garantista de los derechos de la persona humana– que encuentra sus manifestaciones más actuales en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Carta Democrática Interamericana (2001).

Aquella, de modo preciso señala en su Preámbulo que los derechos humanos valen y tienen entidad más allá de los Estados parte y sus gobiernos y que su respeto y garantía sólo es posible dentro del cuadro de las instituciones democráticas. Y en sus artículos 29.c y 32.2 dispone que los derechos humanos han de interpretarse –para determinar sus núcleos péticos y posibles límites o deberes– a la luz de lo que es inherente a la forma democrática representativa de gobierno y conforme a las justas exigencias del bien común en una democracia.

De acuerdo a sus disposiciones convencionales y mediante el asentimiento soberano de los Estados parte en la Convención, éstos, al efecto, le confían a los órganos convencionales

de interpretación y aplicación –la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos– la competencia de velar, subsidiariamente, por el derecho a la democracia –léase, *in totus*, el derecho a los derechos humanos y sus garantías– una vez como es vulnerado por los propios órganos de los Estados o cuando éstos se muestran incapaces de proveer a su adecuada tutela, declarándolos al efecto internacionalmente responsables por hechos internacionalmente ilícitos.

La Carta Democrática Interamericana, adoptada como resolución y mediante consenso por los Estados miembros de la OEA, preterida por los gobiernos quienes ahora la incumplen o la desconocen, pero que la usan para sancionar a sus “enemigos ideológicos”, es la obra de una larga maduración sobre los predicados de la misma democracia según el entendimiento que de ella tienen la doctrina política y judicial regional más autorizadas. Se trata, como lo precisan las reglas del Derecho y la jurisprudencia internacionales constantes¹¹, de un instrumento jurídicamente vinculante por ser interpretación auténtica sea de la Carta de la misma OEA o Pacto de Bogotá, sea de la citada Convención Americana.

La Carta Democrática, no muy distante del ideal democrático que prende durante la empresa constitucional pionera y de emancipación americanas, mirándose en su precedente –la citada Declaración de Santiago– discierne entre la democracia de origen, atada a elementos esenciales, y la democracia de ejercicio, que predica la efectividad de su ejercicio y como derecho humano de las personas y los pueblos. Por lo demás, encomienda a los órganos políticos de la OEA: su Asamblea General, el Consejo Permanente, y/o el Secretario General, el despliegue de acciones de intensidad diversa y creciente –dentro de las que predominan las gestiones diplomáticas y los buenos oficios– hasta alcanzar sea el fortalecimiento y preservación de la democracia, sea su normalización institucional, o bien su restablecimiento en los Estados donde se haya visto vulnerada.

Es un dato de la realidad que, a lo largo de la última década del siglo pasado y las casi dos décadas del corriente, la democracia vive otra crisis profunda como lo he mencionado y parece reclamar de otras “normas institucionales y constitucionales” propias a la globalización¹², pero esta vez, según algunos, dentro de la misma democracia y, según otros, fuera de ella, manipulando sus formas o vaciándolas de contenido.

No por azar, el citado ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y jurista mexicano, Sergio García Ramírez, en sus aportes postreros a la doctrina del Alto Tribunal de las Américas previene sobre lo que observa preocupado y a la espera de que lleguen a consolidarse pronto los paradigmas constitucionales y democráticos del porvenir. Habla sobre las nuevas formas de autoritarismo presentes en la región y al efecto dice que “para favorecer sus excesos, las tiranías clásicas que abrumaron a muchos países de nuestro hemisferio invocaron motivos de seguridad nacional, soberanía, paz pública. Con ese razonamiento escribieron su capítulo en la historia... Otras formas de autoritarismo, más de esta hora, invocan la seguridad pública, la lucha contra la delincuencia (o la pobreza, cabe añadirlo), para imponer restricciones a los derechos y justificar el menoscabo de la libertad. Con un discurso sesgado, atribuyen la inseguridad a las garantías constitucionales y, en suma, al propio Estado de Derecho, a la democracia y a la libertad” (Corte IDH, *Caso Escher y otros*, Sentencia de 6 de julio de 2009, Voto, párr.13), concluye.

¹¹ Véase, Aguiar, Asdrúbal, *Digesto de la democracia (Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1987-2014)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014.

¹² Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pp. 93-94; *idem*, *Principia iuris: Teoría del Derecho y de la democracia*, vol. 2: *Teoría de la democracia*, Editorial Trotta, 2011.

Pues bien, a partir de 2008 hasta el presente, en ejercicio de su control de convencionalidad y atendiendo a la democracia y sus instituciones, en casos emblemáticos –Corte IDH, *Anzualdo Castro* (Sentencia de 22 de septiembre de 2009), *Manuel Cepeda Vargas* (Sentencia de 26 de mayo de 2010), y *Gelman* (Sentencia de 24 de febrero de 2011)– el criterio de los jueces se expresa alrededor de los derechos propios al juego democrático que no pueden enervar los Estados parte ni sus correspondientes órganos de Justicia, citando al efecto que ante los derechos políticos, la libertad de expresión y el derecho de asociación, se “hace necesario analizarlos en su conjunto”; acerca del límite de las mayorías en la democracia arguye lo esencial, a saber que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas”; sobre las nuevas formas de autoritarismo y el sobreviniente “derecho penal del enemigo”, a lo ya dicho supra por el juez García Ramírez añade que el último –de espaldas a la democracia– se viene construyendo “para sancionar, con disposiciones especiales, a los adversarios”; y analizando el rol de la oposición democrática, precisa la Corte que sin ella “no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad” libre y por ende “debe ser garantizada por los Estados”.

El principio democrático de la división de poderes, en lo particular el de la independencia de la judicatura, son abordados por la Corte a partir de 1997 a fin de situarles, al primero, como característica del Estado democrático, y al segundo, como uno de los objetivos de la referida separación o especialización en las funciones del Estado y como garantía que beneficia a la persona humana y sus derechos. Seguidamente, ajusta lo esencial en cuanto al último, a saber, que “el ejercicio autónomo [de los jueces, como parte del derecho al debido proceso] debe ser garantizado por el Estado, sea en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, sea en conexión con su vertiente individual, cabe decir, con relación a la persona del juez”, como lo prescribe en el *Caso Reverón Trujillo* (Corte IDH, Sentencia de 30 de junio de 2009, párr. 67).

Empero, nos interesa subrayar, más allá de lo indicado, que en paralelo a la conducta omisiva de los órganos políticos de la OEA y la prosternación que los gobiernos de los Estados parte en la Convención hacen de la Carta Democrática Interamericana –invocándola retóricamente y declarándola incluso ineficaz o acaso inútil arguyéndose casi siempre el principio de la No intervención– lo cierto es que, en sede jurisdiccional, a partir de los recientes *Casos de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional vs. Ecuador* (Corte IDH, Sentencias de 23 de agosto de 2013 y 28 de agosto de 2013, respectivamente), avanza la Corte a profundidad sobre la cuestión democrática y su control de convencionalidad, apelando normativamente a la Carta mencionada.

Señala textualmente, ante “el cese masivo de jueces, particularmente de Altas Cortes” que “constituye no solo “un atentado contra la independencia judicial sino también contra el orden democrático”, provocando su “desestabilización” (*Tribunal Constitucional, cit.*, párrs. 170 y 178); a cuyo efecto, de modo innovador le da carácter operativo y vinculante a la Carta Democrática. Entiende, por lo mismo, que ha lugar a una “violación multi frontal” de la Convención Americana, sea a las normas que consagran derechos, sea al contexto democrático que las encierra, tal y como lo precisa el voto concurrente del juez Eduardo Ferrer McGregor P. (*Ídem, Voto*, párr. 68).

La enseñanza no se hace esperar. Al tratarse del control de convencionalidad que ejercen los jueces nacionales, parece llegada la hora de que al balancear la aplicación de sus leyes y hacer valer los contenidos de la Convención Americana por virtud de la misma y en los supuestos en que proceda, asuman la obligación de invocar, interpretar y aplicar con criterio de progresividad las normas de la Carta Democrática, por fundada en el emergente derecho

humano a la democracia; de proveer a su desarrollo doctrinario por vía del mismo diálogo jurisprudencial, y de constatar su eventual violación por los demás órganos del Estado sobre cuyos actos o comportamientos se pronuncien, a tenor de lo dispuesto en el literal d), artículo 29: “Ninguna disposición en la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ... excluir o limitar el efecto que puedan producir... otros actos internacionales de la misma naturaleza [que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre]. Es lo que cabe describir, apropiadamente, como el control de convencionalidad de la democracia.

No por azar, el antes citado juez afirma en el *Caso de Cabrera García y Montiel Flores* (*cit.*, párr. 88), que: “En definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad” es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” –entre los jueces nacionales y los interamericanos–, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas”.

b) *Control democrático de convencionalidad*

En el mismo sentido, como reverso, sin incurrir en una perogrullada adquiere pertinencia institucional el control democrático de convencionalidad, sea por la Corte, sea por los jueces nacionales, como una suerte de mandato que se deriva de la misma Convención y, aquí sí, en forma directa.

La cuestión la plantea, por vez primera, el Juez De Rouaix Rengifo, en 1999, dentro del *Caso Castillo Petrucci* (Corte IDH, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Voto), al destacar que “el tema de la vinculación de la protección de los derechos humanos a un contexto político e institucional democrático tendría... que ser objeto de desarrollo jurisprudencial antes de que pudieran emitirse condenas específicas de violación de la Convención Americana”.

Para ello se funda en las citadas previsiones convencionales que atan a toda la Convención desde su Preámbulo, fijan el marco para su interpretación, y marcan el contenido y límite de los derechos humanos reconocidos y mudados en deberes, remitiendo a las justas exigencias de la democracia.

A partir de allí, tema que apenas señalo de pasadas en estas páginas, he afirmado el carácter transversal del derecho humano a la democracia –identificado por la doctrina como parte de los que integran las nuevas generaciones de derechos– e integrador del plexo de todos los derechos que los Estados se obligan a respetar y garantizar convencionalmente a fin de asegurar el principio de la dignidad humana.

Textualmente, tanto en mi discurso de ingreso a la Academia de Buenos Aires en 2007¹³ como en mi libro citado a pie de página sobre *El derecho a la democracia* (2008), afirmo que “la democracia, desde su dimensión normativa internacional tamiza –como hermenéutica– las competencias constitucionales y organizativas de los Estados y de sus gobiernos. Empero, más allá de expresarse como modelo formal del gobierno representativo, según la Carta De-

¹³ Aguiar, Asdrúbal, *El derecho a la democracia en la jurisprudencia interamericana*. Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *La Ley*, 2007 (Luego inserto en los Anales, Año LI, Segunda Época, Número 44, 2006); *idem*, *El derecho a la democracia*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2008.

mocrática Interamericana y las líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana, es ahora y en lo adelante, conceptualmente, un verdadero derecho humano transversal: derecho humano de base que determina el contexto en defecto del cual los mismos derechos humanos carecen de sentido o lo pierden [o ven vaciados sus núcleos pétreos]; y ajusta determinándolo, por ende, el sentido último de la organización constitucional y del funcionamiento mismo de la democracia como garantías de éstos”.

Este asunto o cuestión que hoy interpela, a modo de conclusión, no es sólo el deber que invoca De Rouaix por parte de quienes tienen la obligación de realizar el control de convencionalidad, sea en el ámbito interamericano, sea en el doméstico, sino la significación que tiene dicho ejercicio de constatación fáctica y hermenéutica por sus consecuencias directas, según lo dicho. Ello es así tanto para el desarrollo de una doctrina más actual sobre la cuestión de la tríada Democracia/Estado de Derecho/ Derechos Humanos, como en el ámbito específico de la responsabilidad de los Estados y la comunidad internacional en su conjunto.

Como lo sabemos, el artículo 63 de la Convención dispone que: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte –léase también el juez nacional– dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”. En la práctica demanda esto no sólo la restitución formal del derecho enervado por parte del Estado concernido, sino, a la luz de la reflexión anterior, la creación por éste y como exigencia de la comunidad internacional de un contexto democrático e institucional apropiado que haga posible tal restitución por ser el reflejo de la dignidad humana vulnerada.

Además, como la norma convencional mencionada, de seguidas prevé que ha de disponerse “asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”, viene de suyo que tales consecuencias e indemnizaciones pueden agravarse si las violaciones constatadas son la obra de los comportamientos claramente antidemocráticos del Estado parte, entre otros, a manera de ejemplo, de violaciones sistemáticas o generalizadas de derechos humanos como política oficial. Lo que de suyo no significa, en modo alguno que constatada la aparente solidez democrática de un Estado pueda colegirse que, por lo mismo y sin más se le ha de presumir como que respeta y garantiza los derechos humanos. La Corte Interamericana aclara, por ende, que tales parámetros –democracia, derechos humanos, estado de derecho– se retroalimentan, incluso como límites al poder de las mayorías en la democracia:

“La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”[...]” (*Caso Gelman*, cit., párr. 239)

Concluyo este apartado, entonces, haciendo presente una consideración de Whitehead que comparto a cabalidad y sirve para el ejercicio del control judicial en materia de derechos humanos:

“La democratización debe entenderse como un proceso de final abierto. La democracia es «esencialmente discutible» no sólo porque nuestros valores puedan diferir, o porque nuestros conceptos políticos puedan carecer de validación lógica o empírica final, sino también porque nuestra cognición política es en sí misma crítica y reflexiva”.¹⁴

García Ramírez nos recuerda, en suma, que “conviene redefinir el quehacer de los Estados en esta hora, que es tiempo de tensiones; redefinir para progresar, no para regresar. Cabría reflexionar sobre su estrategia en el proceso, si se conviene en que el gran propósito del Estado democrático es la protección de los derechos humanos” (Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-20/2009*, Voto, párr. 74), finaliza.

TEORÍA DE LA COHERENCIA FUNCIONAL

Si damos cuenta de la actual estructura funcional del sistema internacional en el ámbito de los derechos humanos, la Convención Americana –de la misma forma en que se lo plantea el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional– apela al criterio de la subsidiariedad de la jurisdicción internacional de derechos humanos con relación a los ordenamientos nacionales; de donde la retroalimentación en doble vía que sugiere el diálogo jurisprudencial entre jurisdicciones tiene un límite, a saber, el adecuado cumplimiento o no por el Estado parte de sus obligaciones convencionales y su valoración a la luz del principio *pro homine et libertatis*.

Cabe observar, a todo evento, que al afirmarse la primacía de los tratados de derechos humanos o al hablarse, mejor aún, de “la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos” y de “una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad”, una lectura apresurada de esos términos, así como los refiere Víctor Bazán¹⁵, podría sugerir equivocadamente una suerte de resurrección, para los fines del diálogo jurisprudencial en cuestión, de las viejas tesis dualistas que demandan la coordinación o concertación entre ambas esferas del Derecho a objeto de hacerlas eficaces y haciendo privar a todo evento la actividad jurídica nacional, como punto de anclaje y de devolución del Derecho internacional.

Y si nos seguimos por lo que también plantea la Corte Interamericana al referirse al diálogo jurisprudencial, en cuanto al deber por parte del juez nacional de realizar los términos de la Convención a la luz del citado “corpus iuris” y de las interpretaciones auténticas que hace la primera –como lo confirma ella en el *Caso Almonacid Arellano* (cit. supra)– puede reducirse el planteamiento a la mera reafirmación de la tesis monista con primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno de los Estados¹⁶, tal y como lo confirma la misma Corte: “La afirmación anterior no implica que los sistemas de enjuiciamiento penal por jurados queden al arbitrio del diseño estatal o que la legislación interna tenga preeminencia sobre

¹⁴ Whitehead, Laurence, *Democratización, teoría y experiencia*, FCE, México, 2011, p. 35, apud. Aguiar, *Calidad de la democracia ...*, op. cit., p. 220.

¹⁵ Bazán, Víctor y Nash, Claudio (Editores), *Justicia constitucional y derechos fundamentales: El control de convencionalidad*, KAS/Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2011, p. 19.

¹⁶ “El poder judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”, reza el fallo citado (Parr.124).

los requerimientos convencionales, sino que el diseño de los ordenamientos procesales debe responder a los postulados de garantía que exige la Convención Americana” (Corte IDH, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 225); lo que al cabo también desfigura el sentido funcional y teleológico del citado diálogo jurisprudencial con vistas a lo esencial: ganar la batalla de los derechos humanos –como lo plantea García Ramírez– “en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional”.¹⁷

Incluso podría pensarse, a la luz del señalado diálogo y el planteamiento anterior de la complementariedad del sistema interamericano, que asimismo –su postulación genérica– puede entenderse como la postergación de la fuerza del monismo con primacía del Derecho internacional, esbozado por Hans Kelsen para dar cuenta del orden público internacional mínimo que ata las competencias de los Estados y les exige, junto a otros deberes u obligaciones de *ius cogens*, el respeto y la garantía universal de los derechos de la persona humana en el plano de su jurisdicción interna; lo que le resta sentido o utilidad al diálogo jurisprudencial comentado.

No se olvide que la Cámara de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en decisión de 2 de octubre de 1995, en el *Affaire Tadic* declara que: “*Ce serait une parodie du droit et une trahison du besoin universal de justice que le concept de souveraineté de l’Etat puisse être soulevé avec succès à l’encontre des droits de l’homme* [par. 58]”.¹⁸

En consecuencia, cabe tener muy presente que la tesis dualista supuso en su momento, la ausencia de posibles conflictos entre el Derecho internacional y el Derecho interno, debido a tener ambos ordenamientos objetos distintos, y dado que la misma, una vez transformada la norma internacional en interna se integra jerárquica y ordenadamente dentro de la pirámide normativa nacional. Por consiguiente, las normas internas no pueden ser para las normas internacionales otra cosa que simples hechos y viceversa.

La evolución de la comunidad internacional actual marca, antes bien, una tendencia irrefrenable hacia el solapamiento de ambas realidades: la interna y la internacional, confundándose sus espacios sin perjuicio del criterio –todavía en vigor, pero relativo– que predica el carácter meramente fáctico acusado por el Derecho interno en su evaluación desde el ángulo del Derecho internacional (*Caso de los Intereses alemanes en la Alta Silesia-Polonesa*, CPJI, 1926), según lo dicho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho, es verdad, que las circunstancias del Derecho interno representan para el Derecho internacional de los Derechos Humanos meros hechos o supuestos fácticos, sujetos a su ponderación o significación jurídica por la norma internacional correspondiente (Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-13*, párr. 34). En extremos opuestos, ora reenvía no pocas veces al propio Derecho interno del Estado para alcanzar la efectividad de sus mandatos judiciales interamericanos (Corte IDH, *Caso El Caracazo*, Reparaciones, Sentencia de 29 de agosto de 2002, párr. 143,1), ora, excepcionalmente, se ha atrevido a pronunciarse sobre la nulidad de actos del Derecho interno (Corte IDH, *Caso Castillo Petrucci*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 226,13).

El monismo, por su lado, sostiene la imposibilidad de tal controversia intra normativa al suponer la ya mencionada unidad de todo el sistema jurídico: interno e internacional y la fácil

¹⁷ Corte IDH, *Caso Trabajadores cesados del Congreso*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Voto, párr. 11.

¹⁸ Aguiar, Asdrúbal, *Código de derecho internacional*, UCAB, Caracas, 2009, p. 382.

resolución de sus eventuales disparidades por medio de la jerarquización de las normas en orden a sus mayores o menores proximidades a la norma fundamental, hipotética o de base. De allí que, en su versión monista, con primacía del Derecho internacional, al Derecho internacional se le considera haciendo parte, sin más, del Derecho interno del Estado.

La realidad constitucional comparada demuestra, a su vez, que si bien la tendencia doctrinal y la práctica contemporánea dominantes son contestes y predicen el indicado principio de primacía del Derecho internacional, no por ello los Estados han dejado de condicionar la efectividad de sus relaciones jurídicas dentro de la comunidad internacional a ciertas exigencias que han impuesto, en suma, una relación “funcional” y coherente (principio de la coherencia funcional) entre ambos ordenamientos, que hace lugar a distintas soluciones o alternativas.

No se olvide, en este orden, lo que *mutatis mutandi* precisa Nguyen Quoc Dinh en su obra revisada (*Droit international public*, Paris, LGDJ, 1999): La primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno, salvo excepciones (propias del Derecho comunitario y próximas al Derecho internacional de los derechos humanos en su progresividad) no ha llegado hasta el punto en que el primero pueda declarar la nulidad de las normas nacionales de los Estados que le contradigan: sólo se contenta, por ahora, con reclamar del Estado cuyo ordenamiento interno no haya sido objeto de adaptación al Derecho internacional o cuando sus órganos no aplican o desaplican la normativa internacional que les obliga, su responsabilidad por hecho internacionalmente ilícito; exigiéndole, en consecuencia, reparar los daños causados por la acción u omisión que le sea imputable desde el punto de vista internacional.

Por consiguiente, cuando el Estado aplica dentro de su jurisdicción su propio Derecho en defecto y en contraposición del Derecho internacional, quizás y según lo que disponga su Constitución procede legalmente a la luz de la perspectiva jurídica interna, en tanto que, desde la perspectiva internacional no procedería ilegalmente sino ilícitamente; dado que la normatividad interna, según lo apuntado, tiene para el Derecho internacional la condición de simple hecho y sólo eso.

La enseñanza, en conclusión, otra vez no se hace esperar.

Así como la tesis dualista y monista fueron el producto necesario de una conciliación histórica y son propias a su tiempo, e igualmente, tanto como la tesis pragmática o ecléctica advierte la necesidad de promover la primacía del Derecho internacional asegurándole a los Estados un espacio de maniobra y reclamando de éstos, en contraprestación, coherencia en la actividad jurídica y en sus comportamientos, no parece exagerado postular la insuficiencia de tales tesis para la adecuada comprensión de la realidad internacional hoy en curso (*Globalización sin gobernabilidad vs. ingobernabilidad y crisis del Estado-Nación*) y para la fidelidad de las descripciones normativas que le tengan por objeto.

De allí que, dejando atrás el clásico debate sobre las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno de los Estados, en mi *Código de Derecho Internacional* (Caracas, UCAB, 2ª. Edición, 2009) propongo, siguiendo la inspiración del internacionalista hispano González Campos –relativa a la denominada coherencia extrínseca “entre el mismo orden internacional y los distintos derechos internos de los Estados”¹⁹– y como interpretación y actualización de las relaciones entre ambos ordenamientos en el ámbito de los derechos humanos, un planteamiento que mejor se adecúa a los dictados de la Convención Americana.

¹⁹ *Ídem*, p. 144.

Su preámbulo precisa –lo hecho dicha supra– que es su propósito “consolidar... dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Y su artículo 29, en sus ordinales b) y c) prescribe una expansión de tales derechos, en doble vía, en el plano internacional, acudiendo al principio de los llamados “derechos inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno”, y en el plano del Derecho interno –con fuerza convencional– “cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes” u otros tratados de los que es parte el Estado concernido.

Más allá del Estado y de su acusado avance hacia una “desestructuración” y sean cuales fueren las falencias de la emergente tendencia hacia lo mundial global, lo constante ahora como antes sigue siendo la presencia del hombre como fin y sujeto del orden, el reclamo del respeto a su dignidad como tal, y la diversificación racional de las formas sociales subsidiarias que este crea y recrea como Ser uno y único, para su encuentro con los otros en el ámbito de las carencias y su final fusión en la idea del género humano o la Humanidad.

Traducido o descrito este paradigma en términos normativos, significa no otra cosa que la cristalización del principio ordenador *pro homine et libertatis* ya mencionado. De modo que, sometidas a tensión las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno del Estado a un proceso de reconstrucción por obra del tiempo nuevo, la coherencia funcional como principio habría de significar, cuando menos y en un primer trazado, el reconocimiento de ciertos datos objetivos:

1. La norma internacional nace de un acto concursal de voluntades soberanas, tanto como la norma nacional deriva de un acto de soberanía; de donde, siendo el Estado autor y descriptor de ambos repartos de conducta, su comportamiento ha de ser congruente en una y otra esfera de la actividad normativa.
2. La insuficiencia institucional del orden internacional contemporáneo impone su desdoblamiento funcional a manos del Estado, vale decir, el reenvío necesario de las normas de aquel hacia las normas del Derecho interno para que las primeras puedan realizarse cabalmente.
3. Dado el papel funcional y estratégico del orden del Estado para los fines internacionales, el orden internacional ha de operar con relación al mismo según el criterio de la subsidiariedad, y cuando se le sobrepone por razones atinentes al orden público internacional debe preservarlo de los riesgos de su vaciamiento.
4. La validez e imperio del orden público internacional reclama de su delimitación estricta y de su realización por el Estado conforme a los medios de que éste dispone.
5. El Estado, en su labor exegética y operacional para la integración, relación, coordinación o sincronía entre las normas internacionales e internas ha de guiarse por la regla de la buena fe (*pacta sunt servanda*), mediante un traslado de conceptos desde el orden internacional hacia el orden interno en el que medie la sana crítica con vistas al objeto cierto de las normas relacionadas (*Effet utile*).
6. En todo caso, ante situaciones de duda provocadas por la relación necesaria entre las normas internacionales y los predicados del Derecho interno, como de la eventual oposición –tratándose de la protección y garantía supranacional de los derechos humanos– entre derechos que merecen igual tuición, de manera razonada el juez nacional ha de apelar al método del *balancing test*: optando por la solución que menos afecte el núcleo pétreo de ambos derechos en oposición aparente, en hipótesis concretas, atendiendo a la justas exigencias del bien común en una sociedad democrática, y con vistas, por encima de todo, al principio ordenador *pro homine et libertatis*.

La Corte Interamericana dice Eureka al Derecho Humano al agua potable

Victor Rafael Hernández-Mendible*

*Director del Centro de Estudios de Regulación Económica
de la Universidad Monteávila (Venezuela)*

Resumen: *Este trabajo tiene por objeto mostrar la evolución internacional del derecho humano al agua potable, a partir de las declaraciones en cumbres internacionales, pasando por las convenciones sobre derechos humanos, hasta las recientes resoluciones de las organizaciones internacionales del sistema universal y los aportes del sistema interamericano de derechos humanos, que permiten considerar su potencial incorporación en los ordenamientos constitucionales de América Latina.*

Palabras Clave: *Derechos Humanos – sistema – universal – interamericano – derechos humanos.*

Abstract: *This paper aims to show the international evolution of the human right to drinking water, from declarations at international summits, through conventions on human rights, to the recent resolutions from international organizations of the universal system and the contributions of the Inter-American system of human rights, that allow us to consider its potential incorporation in the Latin America Constitutions.*

Key words: *Human Rights – system – universal – Inter-American – human rights.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE
- III. LOS APORTES INSTITUCIONALES DEL SISTEMA CONVENCIONAL INTERAMERICANO
- IV. CONSIDERACIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

La evolución de la declaración de agua potable y el saneamiento como un nuevo derecho humano ha transitado un camino largo y lento, hasta lograr un reconocimiento como dos derechos diferentes pero complementarios. Fue así como a partir de la inicial ausencia de mención expresa en los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, que integran el sistema universal o el sistema interamericano de derechos humanos, se comienza a trabajar para su reconocimiento en distintos foros internacionales, entre los que se destacarán

* Director del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila y profesor de la Maestría en Derecho en la Universidad del Rosario. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica; fundador del Instituto Internacional de Derecho Administrativo, de la Red Internacional de Bienes Públicos y Presidente de la Red Iberoamericana de Derecho de la Energía. www.hernandezmendible.com

aquellos que resultan más relevantes –en especial en época de paz–, para alcanzar el referido reconocimiento, sin perjuicio de aceptar que existen instrumentos y declaraciones globales y regionales, que han sido utilizadas para tratar de inferir los mencionados derechos.

En lo que va del presente siglo, las Naciones Unidas ha realizado un esfuerzo permanente que tiene como punto de partida la Declaración de los Objetivos de Desarrollo del Milenio¹, en los que se establecieron metas específicas en lo que respecta al acceso al agua para el año 2015.

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas con fundamento en el Informe sobre el desarrollo de los recursos hídricos, proclamó el período de 2005 a 2015², como la Década o Decenio Internacional para la acción “El agua, fuente de vida”, que dio inicio el día 22 de marzo de 2005, con el Día Mundial del Agua.

Luego se produjeron varios momentos importantes en la transformación internacional del ordenamiento jurídico del agua –y concretamente del agua potable y el saneamiento–, uno de cuyos hitos lo constituye el primer reconocimiento expreso como derecho humano en el año 2010³.

Finalizada la década anteriormente referida y el período de cumplimiento de las metas y compromisos para alcanzar los Objetivos del Desarrollo del Milenio, se produjeron dos declaraciones de trascendental importancia, como lo constituyen la formulación de los Objetivos del Desarrollo Sostenible⁴, que fijan metas a cumplir para el año 2030, a lo que se suman las Directrices sobre los derechos de los consumidores⁵, ambas decisiones adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas en el año 2015.

De esta sucinta panorámica se puede apreciar que en menos de 20 años, no ha sido poco lo que ha ocurrido en lo atinente al reconocimiento del agua potable –y el saneamiento– como derecho humano en el contexto jurídico internacional, lo que lleva a estudiar los textos convencionales y a efectuar algunas reflexiones de interés frente a los retos que se tienen en la Agenda 2030.

Todo lo anterior es consecuencia directa del progreso científico y tecnológico, que se orienta a brindar una mejor calidad de vida a las personas y a garantizar plenamente su dignidad, lo que ha generado que hayan adquirido mayor relevancia los derechos inherentes a las personas y que se haya evolucionado hacia su formal reconocimiento y efectividad, a través de protección material.

Dos ejemplos a título enunciativo pueden servir de demostración y están íntimamente relacionados. Estos son la iniciativa de promover el derecho humano a la energía⁶ y el dere-

¹ O.N.U., <http://www.un.org/es/millenniumgoals/>

² O.N.U., <http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/a-58-217-spanish.pdf>.

³ O.N.U., http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S

⁴ O.N.U., Objetivos del Desarrollo Sostenible, <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>

⁵ O.N.U., Directrices de Protección del Consumidor, http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d186_es.pdf

⁶ Hernández-Mendible, Víctor R., “La energía como derecho humano y su ejercicio ante el cambio climático”, *Energía Eléctrica. Regulación de fuentes convencionales, renovables y sostenibles*, Centro de Estudios de Regulación Económica-Universidad Monteávila, Caracas, 2016, pp. 199-219.

cho humano al agua potable⁷, cuyo reconocimiento formal y expreso por parte de las organizaciones internacionales y por los Estados nacionales es la consecuencia de una confluencia de circunstancias políticas, jurídicas, económicas, sociales, ambientales y culturales a nivel mundial.

A los fines de este trabajo, interesa centrar el estudio de los antecedentes internacionales a nivel global y regional, que sirven de referencia al reconocimiento convencional del derecho humano al agua potable y de la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que van a tener una particular proyección en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Ello así, a los fines de una mayor claridad en la exposición de las ideas, el presente trabajo se dividirá de la siguiente manera: El surgimiento y evolución internacional del derecho humano al agua potable (II); los aportes institucionales del sistema convencional interamericano (III); y las consideraciones finales (IV).

II. EL SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE

La propuesta de declaración de agua potable como un nuevo derecho humano ha transitado un camino largo y lento. De la inicial ausencia de mención expresa en los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, se comienza a trabajar para su reconocimiento en distintos foros internacionales.

La primera aproximación a esta declaración formal se produjo en la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas sobre el Agua, de Mar de Plata, oportunidad en que se estableció el Plan de Acción, en la que se señaló⁸:

Todos los pueblos, cualquiera que sea su estado de desarrollo y sus condiciones sociales y económicas, tienen el derecho de disponer de agua potable en cantidad y calidad suficiente para sus necesidades básicas. Es de reconocimiento universal que la disponibilidad de dicho elemento por parte del hombre es imprescindible para la vida y para su desarrollo integral como individuo o como integrante del cuerpo social.

Fue hace cuarenta años cuando se planteaba por vez primera en una conferencia gubernamental, aunque sin carácter vinculante, la posibilidad de reconocer como derecho de los pueblos, es decir, como un derecho colectivo, el disponer o acceder al agua potable en cantidad suficiente y calidad aptas para satisfacer las necesidades básicas, por tratarse de un recurso imprescindible para la vida de las personas, para lograr su desarrollo integralmente considerado, es decir, individual y dentro del grupo social al que pertenecen, en fin, para realizarse dignamente como persona.

Dos años más tarde, se aprobó por la Organización de las Naciones Unidas la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁹, en cuyo artículo 12.2.h) se señala:

⁷ Hernández-Mendible, Víctor R., "El agua como derecho humano y como servicio público", *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de Regulación de los servicios públicos en Iberoamérica. Balance y Perspectivas*, Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), Instituto de Regulación & Finanzas, Universidad ESAN, ARA Editores, Lima, 2010, pp. 892-896.

⁸ ONU, *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua*, del 14 al 25 de marzo de 1977, documento E/CONF.70/29, 67.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

H) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

Como se puede inferir de la lectura de la convención internacional, se brinda una especial protección a la mujer que habita en las zonas rurales y a los fines de garantizar las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, se impone a los Estados la obligación de asegurar el derecho a disfrutar de condiciones de vida adecuadas, que comprenden el acceso a los servicios sanitarios y el abastecimiento de agua, en dichas zonas rurales.

Posteriormente, se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰, que dispone en el artículo 24.2.c), algunas de las actuaciones que deben realizar los Estados, para garantizar el derecho a la salud de los niños:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente.

Este texto que tiene como finalidad garantizar el derecho humano a la salud, impone la obligación a los Estados de adoptar las medidas adecuadas, para que los niños reciban el suministro de agua potable salubre.

Tres años después, tuvo lugar la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (CIAMA), que produjo la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible¹¹, como antesala a la Cumbre de La Tierra. Esta declaración reconoce cuatro grandes principios:

1. El agua es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente.

2. El aprovechamiento y gestión del agua debe inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles.

3. La mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua.

⁹ ONU, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, adoptada mediante la Resolución 34/180, 18 de diciembre de 1979, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

¹⁰ ONU, Asamblea General, *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, Resolución 44/25, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

¹¹ Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (CIAMA), de 26 a 31 de enero de 1992, <http://www.wmo.int/pages/prog/hwrrp/documents/espanol/icwedecs.html>

4. El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos, a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico.

De este último principio se infiere la necesidad de reconocimiento del derecho fundamental de toda persona, a tener acceso al agua pura a un precio asequible. Se destaca el hecho de que la ignorancia del valor económico del agua ha fomentado el derroche y su utilización con efectos perjudiciales para el ambiente.

Por ello se propone una gestión del agua como un bien económico, que constituye un mecanismo para lograr el aprovechamiento eficaz y equitativo, así como favorecer la conservación y la protección de los recursos hídricos.

Estos principios sirvieron de preámbulo para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que produjo la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo¹², pero en ninguno de sus 27 puntos se efectúa consideración específica sobre el derecho humano al agua.

No obstante, el Programa de la Agenda XXI, en el capítulo 18, se refiere a la “Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce” y en concreto se fomenta que¹³:

18.76 Todos los Estados, según la capacidad y los recursos de que dispongan y mediante la cooperación bilateral o multilateral, incluidas, según proceda, las Naciones Unidas y otras organizaciones competentes, podrían llevar a cabo las actividades siguientes:

a) Abastecimiento de agua y saneamiento para los pobres de las zonas rurales que carezcan de estos servicios:

iv) Promover el acceso de la comunidad a la propiedad de los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento y a los derechos sobre ellos.

Sin proponer el reconocimiento formal del agua potable y el saneamiento como derechos humanos, se advierte la importancia de que los Estados protejan y garanticen el suministro de los “servicios” —es la palabra que se emplea expresamente— de agua y saneamiento, en virtud de la importancia que tienen para el desarrollo de la persona humana.

La Declaración de los Objetivos del Milenio por la Organización de las Naciones Unidas, efectuada en Nueva York, —que será analizada en el subepígrafe siguiente— constituyó el marco de preparación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Río+10 de Johannesburgo, que dio origen a la Declaración sobre Desarrollo Sostenible en 2002¹⁴, en la que se expresa que la contaminación del agua priva a millones de seres humanos de una vida digna (punto 13) y al formular los compromisos con el desarrollo sostenible se menciona que:

18. Nos felicitamos de que la Cumbre de Johannesburgo haya centrado la atención en la universalidad de la dignidad humana y estamos resueltos, no sólo mediante la adopción de deci-

¹² ONU, Asamblea General, *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, de 3 al 14 de junio de 1992, <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>

¹³ ONU, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Desarrollo Sostenible, *Programa de la Agenda XXI*, <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter18.htm>

¹⁴ ONU, Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, *Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible*, de 2 al 4 de septiembre de 2002, http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp_PD.htm

siones sobre objetivos y calendarios sino también mediante asociaciones de colaboración, a aumentar rápidamente el acceso a los servicios básicos, como el suministro de agua potable, el saneamiento, una vivienda adecuada, la energía, la atención de la salud, la seguridad alimentaria y la protección de la biodiversidad.

Se asume el compromiso de colaborar para incrementar el acceso a los “servicios básicos” y en concreto a los servicios de suministro de agua potable y saneamiento.

En las declaraciones antes mencionadas se hace referencia al agua como bien, recurso y como servicio básico, pero no se efectúa una mención a su consideración como derecho humano.

En ese mismo año 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, efectúa una interpretación de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que no contienen referencia alguna al derecho al agua y deduce la existencia de este derecho en la Observación General N° 15¹⁵. Se trata de un documento muy bien estructurado, que aporta ideas para diversos debates interdisciplinarios y para avanzar decididamente en el reconocimiento formal y expreso del derecho humano de acceso al agua.

En tal sentido, la Observación comienza por afirmar que “El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud” agregando además que “El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”.

A partir de estas premisas, se reconoce que este consiste en “... el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica”.

En razón de ello el Comité confirma lo asentado en su Observación general N° 3 (1990), respecto a que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto.

Coherente con esta idea, el Comité procede a identificar las que considera serían algunas de las obligaciones básicas de los Estados, en relación con el derecho al agua y que tienen efecto inmediato, destacando las siguientes:

- a) La garantía de acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico, así como para prevenir las enfermedades;
- b) El aseguramiento del derecho de acceso al agua y a las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial, a los grupos vulnerables o marginados;
- c) La garantía de acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua, para evitar unos tiempos de espera irracionales y que se encuentren a una distancia proporcional del hogar;
- d) La garantía de que no se vea amenazada la seguridad personal, cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua;

¹⁵ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General Número 15, “El derecho al agua”*, Documento E/C.12/2002/11, aprobado entre el 11 y 29 de noviembre de 2002, http://www.solidaritat.ub.edu/observatori/general/docugral/ONU_comentariogeneralagua.pdf

- e) La garantía de una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;
- f) La adopción y la aplicación de una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población. La estrategia y el plan deberán ser elaborados y revisados periódicamente, en el marco de un proceso participativo y transparente; debiendo elaborarse métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados. El proceso mediante el cual se conciben la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán tener en consideración a todos los grupos vulnerables o marginados;
- g) La vigilancia del grado de satisfacción o no, del derecho al agua;
- h) La puesta en marcha de programas de aguas destinados a sectores concretos y de costos relativamente bajos, para proteger a los grupos vulnerables y marginados;
- i) La adopción de medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular, velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.

En esta ruta de pronunciamientos encaminados al reconocimiento del derecho humano al agua potable, la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad¹⁶, en cuyo artículo 28.2.a) se establece que:

2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:

- a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles, para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad.

En este texto se ratifica la concepción del agua potable como servicio, en lugar que de derecho humano, reconociéndose que se trata de un servicio al que tienen derecho todas las personas, sin discriminación, por lo que debe incluirse a los niños, los adolescentes, los solicitantes de asilo, los desplazados, los refugiados, los migrantes, los habitantes de pueblos indígenas, los integrantes de comunidades aborígenes, aquellos que tengan alguna discapacidad y los prisioneros, tanto en época de paz como de guerra, conforme a los estándares del derecho internacional humanitario¹⁷.

Cuatro años más tarde, la Organización de las Naciones Unidas produce una formulación más resuelta con base en las propuestas que le habían venido realizando distintos sectores académicos, científicos y no gubernamentales de la sociedad internacional. Es así como el día 28 de julio de 2010¹⁸, se pronuncia sobre el derecho humano que motiva este epígrafe, en los siguientes términos:

- 1. *Reconoce* que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos;

¹⁶ ONU, Asamblea General, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 13 de diciembre de 2006, <http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>

¹⁷ Rodríguez, Gloria Amparo *et al.*, *Protección Jurídica del Agua en Colombia*, Universidad del Rosario-Editorial Ibañez, Bogotá, 2011, pp. 120-125.

¹⁸ ONU, *El derecho humano al agua y el saneamiento*, 28 de julio de 2010, Resolución A/RES/64/292.

2. *Exhorta* a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacional, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento.

El reconocimiento se circunscribe al derecho al agua para uso humano –y al saneamiento– aquella apta para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas –aprovechamiento personal y doméstico–, lo que no incluye el agua que las personas puedan utilizar para otros fines.

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible de 2012, que produjo la Declaración de Río+20, titulada “El Futuro que Queremos”¹⁹, se realiza una discreta referencia al tema, en los términos siguientes:

121. Reafirmamos nuestros compromisos relativos al derecho humano al agua potable y el saneamiento, que ha de hacerse efectivo gradualmente en beneficio de nuestra población, respetando plenamente nuestra soberanía nacional. Resaltamos también nuestro compromiso con el Decenio Internacional para la Acción “El agua, fuente de vida”, 2005-2015.

Al siguiente año se aprobó la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia de 2013²⁰, cuyo artículo 4 establece que:

Los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de racismo, discriminación racial y formas conexas de intolerancia, incluyendo:

xiv. La restricción o limitación basada en algunos de los criterios enunciados en el artículo 1.1 de esta Convención, del derecho de todas las personas a acceder o usar sosteniblemente el agua, los recursos naturales, los ecosistemas, la biodiversidad y los servicios ecológicos que forman parte del patrimonio natural de cada Estado, protegido por los instrumentos internacionales pertinentes y por su propia legislación nacional.

En este texto se reconoce el derecho de las personas de acceso y uso sostenible del agua, pero esta es considerada como un recurso –no como un derecho humano–, que se tiene la posibilidad de aprovechar de conformidad con lo que establecen los instrumentos internacionales y lo que dispone la legislación nacional.

La declaración formulada por las Naciones Unidas en 2010 tuvo una nueva edición en 2013 –aumentada y mejorada–, cuando la Organización de Naciones Unidas, renovó el pronunciamiento sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, en los siguientes términos²¹:

Reconociendo la importancia de disponer del igual acceso al agua potable y el saneamiento como componente esencial de la realización de todos los derechos humanos,

1. Reafirma el reconocimiento de que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial, para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos;

¹⁹ ONU, *Declaración de Río+20, el Futuro que Queremos*, <https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1-spanish.pdf>

²⁰ OEA, *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia*, 15 de junio de 2013, http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp

²¹ ONU, Asamblea General, *El derecho humano al agua y el saneamiento*, 18 de diciembre de 2013, Resolución A/RES/68/157, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/68/157>

2. Reconoce la necesidad de dar la debida consideración al derecho humano al agua potable y el saneamiento en la elaboración de la agenda para el desarrollo después de 2015, en particular al definir metas, objetivos e indicadores concretos, teniendo en cuenta un enfoque que apoye la promoción y protección de los derechos humanos;
3. Acoge con beneplácito la prórroga concedida por el Consejo de Derechos Humanos, al mandato de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento;
4. Acoge con beneplácito también la labor de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento, y toma nota con reconocimiento en particular de sus informes y sus contribuciones a la determinación de la agenda para el desarrollo después de 2015 y a la eliminación progresiva de las desigualdades del acceso al agua potable y el saneamiento;
5. Toma nota de la recomendación que figura en el informe del Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentes sobre la Agenda para el Desarrollo después de 2015, encargado por el Secretario General, en el que el Grupo incluye el agua y el saneamiento entre los objetivos ilustrativos de la agenda para el desarrollo después de 2015, y toma nota también del informe del Secretario General titulado “Una vida digna para todos: acelerar el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y promover la agenda de las Naciones Unidas para el desarrollo después de 2015”, en el que el Secretario General reconoció el derecho humano al agua potable y el saneamiento como uno de los cimientos de una vida digna;
6. Exhorta a los Estados a que:
 - a) Garanticen la realización progresiva del derecho humano al agua potable y el saneamiento;
 - b) Vigilen de continuo y analicen periódicamente el estado de realización del derecho humano al agua potable;
 - c) Den la debida consideración al derecho humano al agua potable y el saneamiento y a los principios de igualdad y no discriminación en la elaboración de la agenda para el desarrollo después de 2015;
 - d) Garanticen la realización progresiva del derecho humano al agua potable y el saneamiento para todos de manera no discriminatoria, eliminando al mismo tiempo las desigualdades de acceso, por parte de entre otros, quienes pertenecen a grupos vulnerables y marginados, por motivos de raza, sexo, edad, discapacidad, origen étnico, cultura, religión y origen nacional o social o por cualquier otro motivo, y con miras a eliminar progresivamente las desigualdades basadas en factores como la disparidad entre las zonas rurales y urbanas, la residencia en barrios marginales, el nivel de ingresos y otros factores pertinentes;
 - e) Consulten con las comunidades sobre soluciones adecuadas para asegurar el acceso sostenible al agua potable y el saneamiento;
 - f) Dispongan mecanismos eficaces de rendición de cuentas para todos los proveedores de servicios de agua potable y saneamiento a fin de que respeten los derechos humanos y no provoquen violaciones o abusos de esos derechos;
7. Invita a las organizaciones regionales e internacionales a que complementen los esfuerzos de los Estados, dirigidos a lograr una realización progresiva del derecho humano al agua potable y el saneamiento;
8. Alienta a los Estados Miembros a que intensifiquen las alianzas mundiales para el desarrollo, como medio para alcanzar y mantener las metas de los Objetivos de Desarrollo del Milenio en materia de agua y saneamiento;
9. Reafirma que los Estados son los principales responsables de garantizar la plena realización de todos los derechos humanos y de tratar de adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas;

cas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente la plena realización del derecho al agua potable y el saneamiento por todos los medios apropiados, incluida en particular, la adopción de medidas legislativas;

10. Subraya la importante función de la cooperación internacional y la asistencia técnica que proporcionan los Estados, los organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y los asociados internacionales y para el desarrollo, así como los organismos donantes, en particular en lo que se refiere al logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio pertinentes en los plazos previstos, e insta a los asociados para el desarrollo a que adopten un enfoque basado en los derechos humanos, al elaborar y poner en marcha programas de desarrollo en apoyo de iniciativas y planes de acción nacionales relacionados con el derecho al agua potable y el saneamiento;

11. Decide seguir examinando la cuestión en su septuagésimo período de sesiones.

Esta declaración ratificatoria viene a consolidar –se advierte que no está expresamente codificado²²– dentro del derecho internacional general²³ y más concretamente del derecho internacional de los derechos humanos, la tendencia hacia el formal reconocimiento en una convención o protocolo, de la existencia de un nuevo derecho humano como lo constituye el derecho al agua potable y saneamiento, no obstante, el reto no consiste en admitir su existencia de manera expresa, clara e indubitable, sino en garantizar su efectivo ejercicio a todas las personas, conforme a los atributos que integran la esencia del derecho, para que el mismo pueda ser considerado como tal²⁴.

Más recientemente, se aprobó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en 2015²⁵, que contiene dos disposiciones en las que se efectúa una mención al agua potable y saneamiento, como un servicio público básico. El artículo 12 expresamente dispone:

La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía.

En tanto el artículo 25.b) de la Convención, estableció:

La persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, a tal fin los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas:

a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza.

b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros.

²² Rodríguez, Gloria Amparo *et al*, *Protección Jurídica del Agua en Colombia*, Universidad del Rosario-Editorial Ibañez, Bogotá, 2011, p. 129.

²³ Thielbörger, Pierre, *The Right to Water. The Multi-Level Governance of a Unique Human Right*, Springer-Verlag, Heidelberg, 2014, pp. 84-88.

²⁴ Hernández-Mendible, Víctor R., El agua como derecho humano y como servicio público, *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de Regulación de los servicios públicos en Iberoamérica. Balance y Perspectivas*, Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), Instituto de Regulación & Finanzas, Universidad ESAN, ARA Editores, Lima, 2010, pp. 892-896.

²⁵ OEA, Asamblea General, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, 5 de junio de 2015, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf

Finalmente, la Organización de las Naciones Unidas en 2015, dentro del contexto de interdependencia de los derechos humanos, se pronunció reconociendo que el agua potable y el saneamiento constituyen dos derechos humanos diferenciados, que integran el derecho a un nivel de vida adecuado, esenciales para el pleno disfrute del derecho humano a la vida y de los demás derechos humanos²⁶. En este sentido expresamente señaló:

1. Afirma que los derechos humanos al agua potable y el saneamiento como componentes del derecho a un nivel de vida adecuado, son esenciales para el pleno disfrute del derecho a la vida y de todos los derechos humanos;
2. Reconoce que, en virtud del derecho humano al agua potable, toda persona, sin discriminación, tiene derecho a agua suficiente, salubre, aceptable y físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico, y que en virtud del derecho humano al saneamiento, toda persona sin discriminación tiene derecho al acceso, desde el punto de vista físico y económico, en todas las esferas de la vida, a un saneamiento que sea salubre, higiénico, seguro, social y culturalmente aceptable, y que proporcione intimidad y garantice la dignidad, al tiempo que reafirma que ambos derechos son componentes del derecho a un nivel de vida adecuado;
3. Acoge con beneplácito el sexto Objetivo de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, relativo a garantizar la disponibilidad y gestión sostenible del agua y el saneamiento para todas las personas, y que incluye dimensiones importantes en relación con los derechos humanos al agua potable y el saneamiento.

El catálogo de conferencias y textos antes referidos –que se iniciaron hace ocho lustros–, generados dentro del sistema universal y el sistema interamericano de derechos humanos, concluyen por reconocer la naturaleza del agua potable y saneamiento tanto como derechos humanos diferenciados, aunque asociados; así como en su condición de servicio público, lo que se viene a relacionar con los Objetivos del Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030.

III. LOS APORTES INSTITUCIONALES DEL SISTEMA CONVENCIONAL INTER-AMERICANO

En aplicación del *corpus iuris* de la convencionalidad interamericana sobre derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto varios casos, en los cuales ha fijado criterio sobre el agua y su vinculación con los derechos humanos.

Luce pertinente mencionar, que el derecho al agua potable se ubica dentro de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, a los que se refiere el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al analizar esta norma, la Corte Interamericana ha expresado que estos derechos tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, se debe medir, –en el criterio de este Tribunal–, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho específico en particular sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social y no en función de las circunstancias de un limitado grupo de personas, no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente²⁷.

Conforme a este criterio, se procederá a estudiar las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana, con relación al agua potable.

²⁶ ONU, Asamblea General, *Los derechos humanos al agua potable y el saneamiento*, 17 de diciembre de 2015, Resolución A/RES/70/157, <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/169>

²⁷ Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 28 de febrero de 2003, serie C N° 98, párr. 147.

Al analizar el primer caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionado con el agua potable, esta impone entre otras obligaciones al Estado, el desarrollo del “sistema de alcantarillado y suministro de agua potable”, a las comunidades integradas en su mayoría por indígenas²⁸.

Posteriormente, en la segunda decisión en que aborda el asunto, comienza por recordar que conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, un instrumento convencional no debe interpretarse solamente considerando los acuerdos o dispositivos relacionados con este, sino dentro del sistema en el cual se inscribe²⁹, lo que lleva a utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, “tales como el Convenio N° 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”³⁰ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todo ello orientado a establecer si el Estado había cumplido con sus obligaciones internacionales, con las comunidades indígenas que pretendían ser reconocidas como víctimas de violación de sus derechos humanos. Es así como concretamente en lo atinente al acceso al agua señala³¹:

Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.

Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia.

Cabe destacar que el denominado diálogo entre organizaciones de derechos humanos no se circunscribe a los tribunales internacionales³² o incluso a estos con las altas cortes nacionales, sino que se proyecta a los Comités del sistema universal de derechos humanos, que en este caso, sirven de referencia para justificar los argumentos de la sentencia de la Corte Interamericana en lo concerniente al acceso al agua para el consumo humano.

Al juzgar lo ocurrido conforme a tales criterios, la Corte Interamericana concluye afirmando que³³:

²⁸ Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, Reparaciones, sentencia 19 de noviembre de 2004, serie C N° 116, párr. 110.

²⁹ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 17 de junio de 2005, serie C N° 125, párr. 126.

³⁰ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 17 de junio de 2005, serie C N° 125, párr. 127.

³¹ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 17 de junio de 2005, serie C N° 125, párr. 167.

³² Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012).

³³ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 17 de junio de 2005, serie C N° 125, párr. 168.

En el capítulo anterior, este Tribunal estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades. A esto se suma que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias que permitan asegurar a los miembros de la Comunidad Yakye Axa, durante el período que han permanecido sin territorio, las condiciones de vida compatibles con su dignidad, a pesar de que el 23 de junio de 1999 el Presidente del Paraguay emitió el Decreto N° 3.789 que declaró en estado de emergencia a la Comunidad (...).

Por tanto, habiéndose lesionado el derecho de propiedad, se afectó el derecho a la vida digna y se impidió entre otros, el uso y disfrute de los recursos naturales para la obtención de agua limpia. A lo que se suma la precariedad en que podrían verse involucradas las personas de edad avanzada, por lo que advierte³⁴:

En lo que se refiere a la especial consideración que merecen las personas de edad avanzada, es importante que el Estado adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando el derecho a una alimentación adecuada, acceso a agua limpia y a atención de salud (...).

La decisión reitera la importancia de la necesidad que el Estado adopte las medidas idóneas, adecuadas y eficaces para la protección de los derechos humanos y en especial, aquellas que garanticen el acceso al agua limpia.

En este orden de ideas, la Corte Interamericana³⁵ sostiene que no existe controversia entre las partes respecto a que las condiciones en las que viven los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa son inadecuadas para una existencia digna, ni respecto a la realidad e inminencia del peligro que tales condiciones representan para su vida, siendo realmente lo controvertido, la determinación de si el Estado es responsable de que las presuntas víctimas estén en esas condiciones y si éste ha adoptado las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de las potenciales víctimas.

Luego de analizado el caso llega a la conclusión que “el Estado no adoptó las medidas necesarias para que los miembros de la Comunidad dejen el costado de la ruta y, por ende, las condiciones inadecuadas que ponían y ponen en peligro su derecho a la vida”. En razón de ello condena al Estado y entre otros aspectos dispone como formas de reparación que:

... considera procedente, en equidad, ordenar al Estado la creación de un fondo de desarrollo comunitario en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad, de conformidad con el párrafo 207 de esta Sentencia. El Estado deberá destinar la cantidad de US \$1.000.000,00 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América), para tal fondo, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria, en beneficio de los miembros de la Comunidad.

³⁴ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 17 de junio de 2005, serie C N° 125, párr. 175.

³⁵ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, serie C N° 146, párr. 166.

Estos proyectos deberán ser determinados por un comité de implementación, que se describe a continuación, y deberán ser completados en un plazo de dos años, contados a partir de la entrega de las tierras a los miembros de la Comunidad indígena³⁶.

Resulta interesante destacar que en el texto transcrito, la Corte Interamericana reduce el margen nacional de apreciación, mediante una orden destinada a tener repercusión pública general, disponiendo la creación de un fondo que entre otros fines, se orientará a financiar los proyectos de suministros de agua potable a la comunidad.

Teniendo en cuenta que el Estado ha manifestado su voluntad de establecer un puesto de salud, así como la provisión de agua potable, la Corte Interamericana dispone: "... que mientras los miembros de la Comunidad se encuentren sin tierras, el Estado deberá adoptar de manera inmediata, regular y permanente, las siguientes medidas: a) suministro de agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad; ... d) creación de letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado en los asentamientos de la Comunidad, ..." ³⁷ y concluye que "mientras los miembros de la Comunidad indígena Sawhoyamaya se encuentren sin tierras, el Estado deberá suministrarles los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia, en los términos del párrafo 230 de la presente Sentencia" ³⁸.

En otra sentencia posterior, la Corte Interamericana al analizar el aprovechamiento de los recursos naturales dentro de las zonas donde habitan comunidades indígenas, efectúa la siguiente consideración³⁹:

El agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y, por lo tanto, de sus miembros....

En la misma línea argumentativa anterior, la Corte Interamericana ha vuelto a pronunciarse sobre el tema del acceso y calidad de las aguas, afirmando lo siguiente⁴⁰:

La Corte observa que el agua suministrada por el Estado durante los meses de mayo a agosto de 2009 no supera más de 2.17 litros por persona al día. Al respecto, de acuerdo a los estándares internacionales la mayoría de las personas requiere mínimo de 7.5 litros por persona por día para satisfacer el conjunto de las necesidades básicas, que incluye alimentación e higiene. Además, según los estándares internacionales el agua debe ser de una calidad que represente un nivel tolerable de riesgo. Bajo los estándares indicados, el Estado no ha demostrado que esté brindando agua en cantidad suficiente para garantizar un abastecimiento para los mínimos requerimientos. Es más, el Estado no ha remitido prueba actualizada sobre el suministro de agua durante el año 2010, ni tampoco ha demostrado que los miembros de la Comunidad tengan acceso a fuentes seguras de agua en el asentamiento "25 de Febrero" donde se encuentran radicados actualmente.

³⁶ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, serie C N° 146, párr. 224.

³⁷ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, serie C N° 146, párr. 230.

³⁸ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, serie C N° 146, resolutive párr. 9

³⁹ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C N° 172, párr. 126.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C N° 224, párr. 195.

Esta decisión es de trascendental relevancia para la configuración del derecho humano al agua potable, pues la Corte Interamericana asume como válidos los siguientes estándares mínimos internacionales:

1. El acceso a las fuentes seguras de agua.
2. La cantidad debe ser mínimo de 7.5 litros por persona diario.
3. La calidad debe representar un nivel tolerable de riesgo.
4. Ella debe ser suficiente y adecuada para satisfacer las necesidades básicas de alimentación e higiene.

Luego la Corte Interamericana avanza en su línea argumentativa sobre la garantía del acceso al agua potable, señalando:

... la Corte dispone que Guatemala deberá implementar en dicho lugar, previa consulta con las víctimas o sus representantes, e independientemente de las demás obras públicas que estén previstas en el presupuesto nacional para la colonia Pacux o para la región en que se encuentra, las siguientes medidas: a) el fortalecimiento del centro de salud de Pacux mediante la dotación de recursos humanos permanentes y calificados en materia de atención a la salud física, psicológica y odontológica, medicamentos y ambulancias equipadas; b) el diseño e implementación de programas de seguridad alimenticia y nutricional; c) la mejora de calles y avenidas dentro de la Colonia; d) *la implementación de un sistema de alcantarillado, tratamiento de aguas negras o residuales y abastecimiento de agua potable*, y e) la reconstrucción o mejora de las escuelas de nivel primario en la Colonia de Pacux y el establecimiento de un programa de educación a nivel secundario bilingüe en español y en maya achí. El Estado debe implementar dichos programas referidos dentro de un plazo de cinco años, contado a partir de la notificación de esta Sentencia. Finalmente, en el plazo de un año, a partir de la notificación de este Fallo, el Estado deberá garantizar la provisión de energía eléctrica a los habitantes de la colonia Pacux a precios asequibles.

La evolución jurisprudencial alcanza su cenit en 2020, cuando por primera vez la Corte reconoce expresamente el derecho humano al agua⁴¹ y admite que este se puede proteger directamente en aplicación del artículo 26 de la Convención Americana, así como de la lectura e interpretación concordada con la Carta de la OEA⁴².

En esta ocasión la Corte hace suyo el concepto del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales de la ONU, en el que se expresa que el “*derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico*”⁴³ y agrega que tal derecho comprende el consumo, el sa-

⁴¹ Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de febrero de 2020, serie C N° 400, párr. 222.

⁴² Hernández-Mendible, Víctor R., “Notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública* N° 212, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 292. En el caso europeo, también se analizó por primera vez la protección que podría brindarse al derecho de acceso al agua, en aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Hudorovič y otros c. Eslovenia*, sentencia de 10 de marzo de 2020, negó esa posibilidad con fundamento en la norma mencionada. Cfr. Bouazza Ariño, Omar, “Notas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública* N° 212, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 262.

⁴³ Comité DESC, *Observación General 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2003, E/C.12/2002/11, párr. 2.

neamiento, la colada, la preparación de alimentos, la higiene personal y la doméstica, tanto de las personas individuales como de los grupos en situación de vulnerabilidad o especiales, que requieren recursos de agua adicionales pero necesarios, en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo⁴⁴.

El derecho humano al agua implica obligaciones de ejecución progresiva y también otras que son inmediatas, que permitan garantizarlo sin discriminación y adoptar las medidas para lograr su plena realización.

Dentro de las obligaciones estatales que comprende asegurar el ejercicio del derecho se encuentra brindar protección frente a las actuaciones de los particulares, es decir, que se impida a terceros menoscabar el disfrute del derecho al agua y garantizar el acceso a un mínimo esencial, en especial en los casos de personas o grupos de personas vulnerables, que no están en condiciones de acceder por sí mismos al agua.

Al considerar los grupos de personas especiales, se incluyen los pueblos indígenas, por lo que el acceso al agua en sus tierras debe ser protegido de toda contaminación o amenaza ilícita, debe garantizarse la disponibilidad y el acceso al agua, incluso a las comunidades nómadas en los lugares de acampada tradicionales.

Como se puede apreciar, la Corte Interamericana pasa de interrelacionar el agua como una garantía de los derechos humanos a una vida digna, a la salud, la alimentación, la educación, la igualdad, la propiedad y la identidad cultural de las comunidades indígenas⁴⁵; a establecer jurisprudencialmente los estándares de accesibilidad, cantidad y calidad, asequibilidad económica del agua para el consumo humano, lo que sirve de referencia para la conformación del núcleo esencial del derecho humano autónomo al agua potable.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe anual de 2015⁴⁶ efectúa las siguientes conclusiones:

1. El *corpus iuris* de la convencionalidad del sistema interamericano de derechos humanos reconoce la obligación de los Estados, de respetar y garantizar el acceso al agua salubre, en calidad y cantidad suficiente, como condición para la satisfacción de otros derechos humanos, como lo son el derecho a la vida, a la integridad personal, a la salud y además con respecto a los pueblos indígenas, el derecho a la propiedad.

2. Aunque el derecho al agua no se encuentra reconocido como derecho autónomo, dentro del sistema interamericano se ha avanzado resueltamente en la protección del acceso al agua, como una garantía ineludible para la satisfacción de otros derechos.

⁴⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), *Medio Ambiente y Derechos Humanos*, de 15 de noviembre de 2017, serie A N° 23, párr. 111; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C N° 214, párr. 195.

⁴⁵ Corte IDH, *Caso Masacre de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 4 de septiembre de 2012, serie C N° 250, párr. 284.

⁴⁶ Corte IDH, Informe Anual 2015 (Capítulo IV-A), *Acceso al agua en las américas una aproximación al derecho humano al agua en el sistema interamericano*, 2015, pp. 481-528.

3. El informe advierte sobre las principales barreras que dificultan el acceso al agua en el continente y además deja constancia del impacto negativo que generan las industrias extractivas y otros proyectos de desarrollo, para el acceso al agua, así como la contaminación de las fuentes hídricas, la existencia de actos de hostigamiento a los defensores de derechos humanos y ambientales. Destaca como la falta de acceso al agua potable afecta a las personas y grupos que viven en situación de pobreza y en áreas rurales, y como los cortes de suministro de agua potable afectan a personas que viven en situación de pobreza y en especial en pobreza extrema.

4. Se ratifica el compromiso de colaborar con los Estados en la búsqueda de soluciones a los problemas, para garantizar el acceso al agua en el continente.

Lo anterior conduce a que la Comisión Interamericana realice las siguientes recomendaciones⁴⁷:

1. El diseño, la implementación y la aplicación efectiva de un marco normativo adecuado para garantizar el acceso al agua apta para el consumo humano, en cantidad suficiente y sin discriminación en el territorio de cada Estado, en particular, con respecto a las personas y grupos históricamente discriminados, a los niños, los adolescentes, las mujeres, las personas con discapacidad y las personas adultas mayores.

2. En lo atinente a las personas en situación de pobreza y pobreza extrema que no puedan cubrir los costos relacionados al suministro de agua potable, se deben instrumentar mecanismos que garanticen el acceso a las cantidades mínimas de agua potable, de conformidad a los estándares internacionales.

3. La prevención, la mitigación y la suspensión de los impactos negativos sobre los derechos humanos y en particular a todos los obstáculos al acceso al agua de las personas, los grupos y las colectividades afectadas por actividades de extracción, desarrollo e inversión.

4. La consulta a los pueblos y las comunidades de forma previa, adecuada, efectiva y con plena sujeción a los estándares internacionales aplicables a la materia, en los supuestos que se proyecten realizar algunas actividades de extracción de recursos naturales, en tierras y territorios indígenas o planes de inversión o desarrollo de cualquier otra índole, que impliquen potenciales afectaciones a su territorio, en particular, con respecto a posibles restricciones al acceso al agua, en calidad y cantidad adecuada para una vida digna.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La precedente exposición lleva a señalar que existe una diáfana y paulatina evolución que alcanza más de cuatro décadas, respecto al progresivo reconocimiento internacional del derecho humano al agua potable.

Las propuestas que se han formulado por organizaciones gubernamentales a nivel internacional, sobre el derecho humano al agua potable –y el saneamiento– plantean la necesidad de revisar las legislaciones nacionales y efectuar los ajustes que sean pertinentes para garantizar el efectivo ejercicio y disfrute al derecho humano, lo que implica que el acceso al agua sea de calidad, segura para la vida y la salud, en cantidad suficiente para satisfacer las necesidades básicas y a precio asequible, garantizando así un nivel de vida digna.

Cumplir los objetivos y metas formuladas, así como los retos asumidos conlleva a redefinir los marcos institucionales, respecto a quienes diseñan las políticas públicas, quienes las

⁴⁷ Corte IDH, Informe Anual 2015, p. 528.

ejecutan, la determinación precisa de aquellos que deben garantizar el acceso y disfrute del derecho humano al agua potable⁴⁸ y de los responsables de la prestación del servicio público básico⁴⁹.

Se trata de que los Estados canalicen todos los esfuerzos posibles para además de mejorar el actual modelo institucional, en lo concerniente al respeto, protección y disfrute se garanticen las condiciones que permitan satisfacer las necesidades de demanda actual y futura de la población⁵⁰, que se traduzca en un acceso eficaz a los recursos hídricos y un suministro eficiente, regular, seguro y de calidad⁵¹, a precio asequible, orientado a superar la pobreza hídrica, especialmente en la población que habita tanto en las zonas urbanas y rurales de menores ingresos como aquella que tiene necesidades especiales.

Por ello se requiere un modelo de gestión sostenible que garantice la gobernanza y el acceso universal y equitativo al derecho humano al agua potable⁵² –y al saneamiento e higiene adecuados–, dentro del contexto *Ius Commune Americano*, que se viene proyectando en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Únicamente en el supuesto que ello no logre a nivel nacional, se abre la posibilidad de acudir a las instancias interamericanas y será en este escenario en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos podrá ratificar su posición sobre este derecho humano y su justiciabilidad directa, en aplicación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus recientes decisiones sobre la norma⁵³.

⁴⁸ Hernández-Mendible, Víctor R., El agua como derecho humano y como servicio público, *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de Regulación de los servicios públicos en Iberoamérica. Balance y Perspectivas*, Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), Instituto de Regulación & Finanzas, Universidad ESAN, ARA Editores, Lima, 2010, pp. 892-896.

⁴⁹ Artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

⁵⁰ Hernández-Mendible, Víctor R., (Coord.), El servicio público domiciliario de agua potable y saneamiento, *Los Servicios Públicos Domiciliarios*, Editorial Jurídica Venezolana, FUNEDA y Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila, Caracas, 2012, pp. 43-74.

⁵¹ Hernández-Mendible, Víctor R., y Villegas Moreno, José Luis, “Ley de Calidad de las Aguas y del Aire”, (Coord. Fernando López Ramón), *Observatorio de Políticas Ambientales 2016*, Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental, Madrid, 2016, pp. 248-269.

⁵² El papa Francisco señaló que “... cada Estado está llamado a concretar, también con instrumentos jurídicos, cuanto indicado por las Resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas desde 2010 sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento”, *Discurso del Santo padre Francisco, a los participantes en el seminario “derecho humano al agua”, organizado por la pontificia academia de las ciencias*, de 24 de febrero de 2017, http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2017/february/documents/papa-francesco_20170224_workshop-acqua.html

⁵³ Corte IDH, *Caso Lagos del Campo vs. Perú*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2017, serie C N° 340; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, *Medio Ambiente y Derechos Humanos*, de 15 de noviembre de 2017, serie A N° 23; Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú vs. Perú*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de noviembre de 2017, serie C N° 344; Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de febrero de 2020, serie C N° 400.

*Bases para el estudio de la codificación durante el guzmancismo**

José Ignacio Hernández G.

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

“Os entrego la República en perfecta paz. Os presento un Código Civil, un Código Penal y un Código Mercantil que organizan vuestra vida civil. Os presento un Código Militar adaptando la carrera y el servicio a las instituciones republicanas y liberales que nos rigen. Os presento un Código de Hacienda que organiza el servicio público, que reglamenta la recaudación e inversión de la renta, y que hace imposible el fraude tanto en la una como en la otra...”

Mensaje del General Antonio Guzmán Blanco al Congreso Constitucional de 1873¹

Resumen: *El proceso de codificación adelantado en 1873 puede ser explicado a partir de tres causas: (i) la influencia que sobre el Derecho venezolano ejerció el proceso de codificación francés, como ejemplo del uso racional de la Ley para la cohesión nacional y el incremento de la seguridad jurídica; (ii) la necesidad de unificar y esclarecer el ordenamiento jurídico venezolano, dentro de las reformas adelantadas por Guzmán Blanco para la institucionalización del país y, más en concreto (iii) la utilidad de los Códigos para crear condiciones propicias al desarrollo de actividades económicas, objetivo central del programa de Guzmán Blanco*

Palabras Clave: *Codificación, Antonio Guzmán Blanco, Código Civil, Código de Comercio, Código Penal.*

Abstract: *The codification process conducted in 1873 under the government of Antonio Guzmán Blanco, could be explained by three causes: (i) the influence of the French codification process in the Venezuelan Law, as an example of the rational use of the Law to promote social cohesion and increase the legal certainty; (ii) the necessity to unify and clarify the Venezuelan legal order, within the reforms conducted by Guzmán Blanco aimed to create national institutions, and particularly, (iii) the use of the Codes to promote Development, a basic objective of Guzmán's policies.*

Key words: *Codification, Antonio Guzmán Blanco, Civil Code, Commerce Code, Criminal Code.*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

I. EL CONCEPTO DE CÓDIGO EN LA NUEVA FUNDAMENTACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO Y SU RECEPCIÓN EN VENEZUELA

* Texto de la conferencia leída en el simposio organizado por la Academia Nacional de la Historia *Tiempo de Ideas, Proyectos y Debates. Venezuela en la Época Guzmancista*, el 8 de noviembre de 2016.

¹ Tomado de Mensajes Presidenciales, Tomo I, 1870-1875, Caracas, 1970, p. 343.

1. *El concepto de Reino de la Ley en Francia y su recepción últimos –matizada últimos– en Venezuela.* 2. *El proceso de codificación en Francia bajo el influjo de Napoleón Bonaparte.*

II. OBJETIVOS, ALCANCE Y LEGADO DEL PROCESO DE CODIFICACIÓN DE 1873

1. *Las condiciones previas al proceso de codificación de 1873: fragmentación jurídica del Estado.* 2. *El proceso de codificación dentro del programa liberal comenzado a ejecutarse a partir de 1870.* 3. *Principales características del proceso de codificación de Guzmán Blanco. Sus rasgos originales.* 4. *El legado del proceso de codificación de 1873.*

INTRODUCCIÓN

El proceso de codificación adelantado en 1873 puede ser explicado a partir de tres causas: (i) la influencia que sobre el Derecho venezolano ejerció el proceso de codificación francés, como ejemplo del uso racional de la Ley para la cohesión nacional y el incremento de la seguridad jurídica; (ii) la necesidad de unificar y esclarecer el ordenamiento jurídico venezolano, dentro de las reformas adelantadas por Guzmán Blanco para la institucionalización del país y, más en concreto (iii) la utilidad de los Códigos para crear condiciones propicias al desarrollo de actividades económicas, objetivo central del programa de Guzmán Blanco.

Desde esta perspectiva, la codificación de 1873 es parte de un largo proceso que se inicia con los primeros actos jurídicos de nuestra independencia, orientados a alcanzar lo que podría denominarse la “independencia jurídica” de la naciente República, esto es, lograr la creación de un Derecho propio, rompiendo de esa manera con la aplicación del Derecho español. Muestra de ello es la decisión adoptada por el Congreso de 1811, el 9 de marzo de ese año, de nombrar una Comisión para que formase “*un Código Civil y Criminal, que tuviese por principal objeto la simplicidad y brevedad de los juicios, y la recta y segura administración de justicia*”².

Esta idea quedó reflejada en el artículo 228 de la Constitución de 1811. Mientras se verifica la composición de un Código Civil y Criminal –dispuso esa norma– “*adaptable a la forma de gobierno establecida en Venezuela*”, se declara en vigor “*el Código que hasta aquí nos ha regido en todas las materias y puntos que, directa o indirectamente, no se opongan a lo establecido en esta Constitución*”³. Dos conclusiones se extraen de esa norma. La primera, que se asumió como objetivo la promulgación de Códigos que se adaptasen a “*la forma de gobierno establecida en Venezuela*”, esto es, al modelo republicano asumido en esa Constitución. La segunda conclusión es que se entendió que, hasta tanto ese objetivo no se lograra, era necesario mantener en vigor el Derecho español. En este último sentido, el Congreso de 1838 dictó una Ley –de 3 de mayo– con el propósito de aclarar “*el orden en la observancia de las leyes*”. Tal Ley ratificó la vigencia supletoria del Derecho español⁴.

² Tomado de Carrillo Batalla, Tomás Enrique, *Historia de la legislación venezolana, Tomo II*, Serie Estudios, Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, Caracas, 1985, p. 117.

³ Una norma similar puede encontrarse en el artículo 188 de la Constitución de 1821. Puede verse en general a Garrido Rovira, Juan, *Independencia, Derecho Nacional y Derecho Español*, Universidad Monteávila, Caracas, 2011, pp. 40 y ss.

⁴ Vigencia supletoria, pues en el primer lugar del orden jerárquico establecido se incluyó a las Leyes dictadas por el Poder Legislativo. La referencia al Derecho español, en el segundo orden jerárquico, incluyó a “*las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808*”. En el tercer orden se incluyó a las leyes de la Nueva Recopilación de Indias, y en los órdenes sucesivos, a las leyes de la Nueva Recopilación de Castilla y las leyes de las Siete Partidas. Cfr.: *Ley de 3 de mayo de 1838 sobre el orden en la observancia de las Leyes, adicional al Código de Procedimiento de 19 de mayo de 1936* (Documento N° 351, en *Leyes y Decretos de Venezuela 1830-1840*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Ca-

La coexistencia del Derecho venezolano y el Derecho imperante durante la colonia ocasionó, según ha sido señalado, una suerte de caos legislativo⁵. De allí que la propuesta de sancionar *Códigos* obedecía, en parte, a la necesidad de aclarar las fuentes del ordenamiento jurídico venezolano, rompiendo de esa manera con toda dependencia al ordenamiento español. Pero ese objetivo no se alcanzaría, simplemente, con dictar *Códigos* y *Leyes* venezolanas. Era necesario, además, que esos *Códigos* y *Leyes* se ajustasen a la forma republicana asumida por el Estado, tomando en cuenta, igualmente, las características propias de nuestro país⁶.

La necesidad de dictar *Códigos* acordes a “*la forma de gobierno establecida en Venezuela*”, en nuestra opinión, encuadra con el concepto de Ley manejado en el Derecho Público que comenzó a construirse en Venezuela a partir de 1810. De esa manera, la Ley fue concebida no solo como la manifestación de la voluntad general derivada del sistema representativo. Además, la Ley fue considerada como un acto necesario para moderar el concepto de libertad, en lo que Miguel José Sanz llamó el “suave yugo de las Leyes”. El concepto de libertad asumido en el Derecho Público que comenzó a formarse en 1810 no partió de la *libertad en ausencia de Ley*, sino de la *libertad bajo la Ley*⁷.

Con lo cual, el concepto de “*Código*” al cual se refirió la Constitución de 1811, debe ser tomado en sentido similar al que esa expresión tuvo en Francia. Así, el *Código* no es solo una simple compilación de *Leyes*, como ya existía, por lo demás, en el Derecho español, a través de las *Recopilaciones*. Junto a ello, el *Código* es también, fundamentalmente, un instrumento orientado a afirmar el rol de la Ley como instrumento de moderación del ejercicio de la libertad, esto es, un instrumento de ordenación jurídica destinado a crear condiciones adecuadas para el ordenado ejercicio de la libertad⁸.

racas, 1982, pp. 482 y ss.). Puede verse a Garrido Rovira, Juan, *Independencia, Derecho Nacional y Derecho Español*, cit., p. 62.

⁵ La preocupación central era —escribe Carillo Batalla— “tratar de poner orden en la multiplicidad de leyes existentes dentro del sistema jurídico”. *Cfr.*: Historia de la legislación venezolana, Tomo II, p. 121.

⁶ Este fue un aspecto en el cual insistió Simón Bolívar, como puede comprobarse en el discurso de Angustura de 1819, en el cual Bolívar aludió a la conveniencia de dictar “*un Código de Leyes venezolanas*”. (Academia Nacional de la Historia, consultado en: <http://www.anhvenezuela.org/pdf/textos%20historicos/010039.pdf>) [Consulta 15-11-16].

⁷ Sobre la referencia al concepto de Ley en Sanz, nos hemos referido antes en Hernández G., José Ignacio, “Miguel José Sanz, la Academia de Derecho Público y Español y el concepto de Ley. Breves reflexiones en el centenario de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales”, en *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su Fundación. Tomo I*, Colección Centenario, Caracas, 2015, pp. 97 y ss. La *Constitución de la Provincia de Mérida*, de 31 de julio de 1811 es un buen ejemplo para comprender el concepto de libertad asumido desde la Ley. Así, la libertad es la “*la facultad que tiene el hombre de hacer todo lo que no está prohibido por la Ley natural, divina o humana y no debe confundirse con la licencia o libertinaje*”. Tal concepto es complementado por el artículo 9, que instituye la obligación de todo ciudadano de “*vivir sujeto a las Leyes*”. Puede consultarse el texto en *Las Constituciones Provinciales*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959. Véase nuestro análisis acerca del concepto de Ley en el nuevo Derecho Público formado a partir de 1811, en Hernández G., José Ignacio, “La Constitución de 1811 y la República liberal autocrática. Apuntes sobre las bases constitucionales del liberalismo criollo”, en Casal, Jesús María y Cuevas, María Gabriela, (ed.) *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy, Tomo II*, Caracas, Fundación Konrad Adenauer-Universidad Católica Andrés Bello, 2013, pp. 67 y ss.

⁸ En la primera parte de este estudio ahondamos en esta premisa.

Ello permite explicar el ímpetu del proceso de codificación iniciado entre nosotros, como vimos, en 1811, pero retomado con insistencia, y resultados más bien escasos, a partir de 1830. En efecto, desde 1830 hasta 1861 pueden contabilizarse, cuando menos, siete intentos por promulgar Códigos nacionales, a través de Comisiones creadas a tales efectos. Dejando a salvo las diferencias de cada uno de esos procesos, todos ellos tenían un punto en común: el Código era valorado como una herramienta necesaria para poner fin al caos legislativo, asegurando así un ejercicio efectivo de la libertad⁹.

En 1862 el proceso de codificación logró, finalmente, el resultado esperado: ese año son promulgados los Códigos de Comercio, Civil, Penal, Procesal Civil y Procesal Criminal¹⁰. La codificación de 1862, como explica Elena Plaza, debe ser valorada dentro de los objetivos centrales del régimen de José Antonio Páez (1861-1863). La intención final era “*contar con una legislación nacional*” que permitiese “*uniformar la legislación para facilitar la administración de la justicia*”¹¹. Aquí el concepto de Código enlaza con un específico propósito, inherente a la finalidad última de fundar un ordenamiento jurídico propio: unificar la legislación nacional, en un proceso de centralización necesario para el debido funcionamiento de la República. Un objetivo, se advierte, que era facilitado bajo las condiciones autocráticas del régimen de Páez¹².

Como es sabido, este proceso de centralización, por medio de instituciones, no logró entonces su objetivo¹³. A partir de 1870¹⁴ se iniciaría una nueva etapa en la cual volvieron a

⁹ El primer intento se inició el 14 de octubre de 1830, con la creación de Comisiones Codificadoras por el Congreso Constituyente. Esfuerzos similares fueron repetidos en 1835, 1839, 1840, 1853, 1857 y 1860. De toda esta época, el mayor logro, sin duda, lo representó el Código de Procedimiento en materia civil, de 1836, conocido como Código Aranda. Un pormenorizado relato de estos esfuerzos puede leerse en Zuloaga, Nicomedes, “Códigos y Leyes”, en *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal N° 4*, Caracas, 1954, pp. 25 y ss. Puede verse igualmente a Parra Aranguren, Gonzalo, *Nuevos antecedentes sobre la codificación civil venezolana (1810-1862)*, Caracas, 1974, pp. 9 y ss. Igualmente, *vid.* Carrillo Batalla, Tomás Enrique, *Historia de la legislación venezolana, Tomo II, cit.*, pp. 117 y ss., y Garrido Rovira, Juan, *Independencia, Derecho Nacional y Derecho Español, cit.*, pp. 214 y ss.

¹⁰ Ese proceso fue resultado la Resolución de 1 de octubre de 1862, que no aparece publicada en la colección de *Leyes y Decretos de Venezuela 1861-1870*. Su texto puede consultarse en Parra Aranguren, Gonzalo, *Nuevos antecedentes sobre la codificación civil venezolana (1810-1862)*, *cit.* Tal artículo fue también publicado como estudio introductorio de *La Codificación de Páez*, Fuentes para la Historia Republicana de Venezuela-Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1974. En esa obra pueden consultarse los Códigos de Páez. En la colección *Leyes y Decretos de Venezuela* se advierte que esos Códigos no fueron comunicados para su ejecución, o sea, que más allá de su publicación, no se fueron efectivamente aplicados. Puede verse en tal sentido, la nota que aparece junto a los datos de publicación de esos Códigos, en los números 1.321, 1.324, 1.332 y 1.340, de la citada colección *Leyes y Decretos de Venezuela*.

¹¹ Plaza, Elena, *El último régimen del General José Antonio Páez (1861-1862)*, Ediciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, p. 200.

¹² Véase sobre esto a Straka, Tomás, *Venezuela 1861-1936. La era de los gendarmes*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2013, p. 31.

¹³ Los Códigos de Páez, salvo el de Comercio, fueron dejados sin efecto en agosto de 1863 por Falcón (Decreto de 8 de agosto de 1.863, Documento N° 1.357, en *Leyes y Decretos de Venezuela. 1861-1870, cit.*, pp. 267 y ss.). *Cfr.*: Carrillo Batalla, Tomás Enrique, *Historia de la legislación venezolana, Tomo II, cit.*, p. 129. El Código de Comercio de 1862 sería expresamente derogado por el Código dictado por Guzmán en 1873.

crearse condiciones propias para la codificación. Así, en 1872 se dicta un nuevo Decreto que organiza las Comisiones Codificadoras¹⁵, las cuales logran terminar su trabajo en 1873, con la aprobación de siete Códigos: Civil, Mercantil, Penal, Procedimiento Civil, Procedimiento Criminal, Militar y Hacienda¹⁶.

Para poder analizar debidamente este proceso de codificación, y de acuerdo con los antecedentes que han sido resumidos, el presente ensayo analiza, en una *primera parte*, el concepto de Código bajo los principios del Estado de Derecho de impronta francesa, según su influencia en el Derecho venezolano. La *segunda* parte analiza los objetivos, alcances y legado del proceso de codificación de 1873, dentro del análisis jurídico general de las reformas iniciadas por Antonio Guzmán Blanco en 1870.

I. EL CONCEPTO DE CÓDIGO EN LA NUEVA FUNDAMENTACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO Y SU RECEPCIÓN EN VENEZUELA

Como explicábamos en la introducción, el proceso de codificación adelantado en 1873 refleja el concepto de Ley asumido entre nosotros a partir de 1810, no solo como expresión de la voluntad general –aspecto en el cual, como se verá, hubo una importante matización, resultado de la conformación de la *República Liberal Autocrática*– sino muy en especial, como instrumento para garantizar el orden y la efectiva vigencia de la Ley. De allí que es importante rescatar el genuino concepto de Código, tal y como se le entendió con ocasión a la conformación del Código Civil en Francia, de 1804, denominado “Código Napoleónico”.

1. *El concepto de Reino de la Ley en Francia y su recepción –matizada– en Venezuela*

No exageramos al señalar que uno de los grandes aportes jurídicos de la Revolución Francesa fue el concepto de “Ley”. La propia palabra fue objeto de un cambio de concepto, a fin de adoptar el lenguaje a la idea de libertad general del ciudadano como derecho subjetivo que se antepone al Estado. Ello se basó en el concepto del *origen popular de la soberanía* y la idea de la *voluntad general* como expresión de los representantes electos por la soberanía popular. Ello lo resumió magníficamente el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

“La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente, o por sus representantes, a su formación (...)”

¹⁴ Luego de 1863 continuó el proceso codificador, con nuevos intentos en 1867 y 1868. De hecho, en 1867 se llegó a dictar un nuevo Código Civil (véase el Decreto de Codificación de 11 de agosto de 1863, Documento N° 1.358, así como el Código Civil de 21 de mayo de 1867, Documento N° 1.595, ambos en *Leyes y Decretos de Venezuela. 1861-1870*, cit., p. 267 y 602 y ss., respectivamente). Por Decreto de 27 de abril de 1870 de Antonio Guzmán Blanco (Documento N° 1.714, en *Leyes y Decretos de Venezuela. 1870-1873*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1983, p. 1 y ss.), quedó sin efecto la legislación dictada desde el 28 de junio de 1968. *Cfr.*: Carrillo Batalla, Tomás Enrique, *Historia de la legislación venezolana, Tomo II*, cit., pp. 130 y ss. Por ello, se preservó la vigencia del Código Civil de 1867, el cual fue derogado en 1873. Es importante advertir que a diferencia del Código Civil de 1862 y del Código Civil de 1873, el Código Civil de 1867 fue dictado por el Congreso.

¹⁵ Decreto de 9 de septiembre de 1872, creando una comisión general para redactar los Códigos, en *Leyes y Decretos de Venezuela. 1870-1873*, cit., p. 149.

¹⁶ Carrillo Batalla, Tomás Enrique, *Historia de la legislación venezolana, Tomo II*, cit., p. 130. El texto de los Códigos de Guzmán puede consultarse en *Leyes y Decretos de Venezuela 1870-1873*, cit.

No solo se definió a la Ley desde el concepto de voluntad general. Además, la Ley fue concebida como un resultado de la libertad general del ciudadano. Ello, en un doble sentido: la Ley es expresión de la libertad general expresada por medio de la voluntad general; además, la libertad sigue siempre a la suerte de las Leyes, según la frase de Rousseau¹⁷. De allí la expresión “*Reino de la Ley*”, esto es, la primacía de la Ley en el nuevo ordenamiento jurídico surgido luego de la Revolución. En palabras de Eduardo García de Enterría¹⁸:

“La Ley pasa así al lugar central del sistema. No solo es, según vimos, el punto de articulación de las libertades de los ciudadanos, libertades iguales y recíprocas, y llamadas, por tanto, a una coexistencia obligada; pasa a ser también el instrumento a través del cual impera el único poder legítimo en una sociedad de hombres libres, la voluntad general, actuando por medio de determinaciones generales, impersonales y abstractas”.

Este concepto de Ley fue asumido en Venezuela en el nuevo Derecho Público que comenzó a formarse a partir de 1810. De esa manera, tanto la *Junta Suprema* como el *Congreso* produjeron una serie de actos jurídicos basados en el concepto de soberanía popular y representación, y por ende, en el concepto de Ley como expresión de la voluntad general, y como límite al Poder.

En cuanto a los actos jurídicos de la *Junta Suprema*, basta con citar al *Reglamento de elecciones y reunión de diputados de 1810*, obra de Juan Germán Roscio, como se infiere de la nota contenida en la *Gazeta de Caracas* de 2 de junio de 1810¹⁹. La base jurídica de esta nueva concepción del Derecho público es el origen popular de la soberanía y la reivindicación de la representación legítima desconocida por el “Gobierno actual”. Por ello, la representación popular desemboca, en el *Reglamento*, en la afirmación del principio de legalidad, a partir del concepto de Ley como expresión de la soberanía popular, enlazado con la igualdad. De acuerdo con el *Reglamento*:

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

El concepto de Ley como expresión de la soberanía popular cobrará plena vigencia a partir del 10 de julio de 1811, cuando el Congreso reconoció expresamente que las Leyes y Decretos por el dictados, lo serían “*a nombre y por la autoridad del pueblo soberano de Venezuela, a quien representa*”²⁰. La Constitución de 1811, pariendo de estos principios, reconoció en su artículo 144 que la soberanía es el “*supremo poder de reglar o dirigir equitativamente los intereses de la comunidad*”, y ella reside en la “*masa general de los habitantes*”, ejerciéndose por medio de sus representantes (pero nunca por un individuo, como acota

¹⁷ Como lo resumió Rousseau: “*en una palabra, la libertad sigue siempre la suerte leyes, ella reina o perece en ella...*”. Por ello, Rousseau se encargó de enfatizar la diferencia entre la libertad y la independencia. El resumen de esta idea es que el efectivo ejercicio de la libertad requiere la obediencia de todos a la Ley. *Cfr: Lettres écrites de la montagne*, Segunda Parte, Ámsterdam, 1764, pp. 46 y ss.

¹⁸ García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos*, Civitas, Madrid, 2001, p. 129.

¹⁹ Juan Germán Roscio. *Escritos representativos*, Edición conmemorativa del sesquicentenario de la Batalla de Carabobo, Caracas, 1971, pp. 9 y ss. Seguimos aquí lo expuesto en Hernández G., José Ignacio, “el 19 de abril de 1810 y la creación de un nuevo Derecho Público para la libertad”, en *La crisis del mundo hispánico y sus implicaciones*, Universidad Metropolitana-Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2011, pp. 97 y ss.

²⁰ “(...) *promulgándose las leyes y decretos del Congreso a nombre y por la autoridad del pueblo soberano de Venezuela, a quien representa*”. *Vid. Libros de Actas del Supremo Congreso de Venezuela*, Academia Nacional de la Historia, 1959, p. 209.

el artículo 145). De esa manera, “*la ley es la expresión libre de la voluntad general o de la mayoría de los ciudadanos*”, y debe proteger “*la libertad pública e individual contra toda opresión o violencia*”, con lo cual, la tiranía es definida en referencia a los actos ejercidos contra cualquier persona “*fuera de los casos y contra las formas que la Ley determina*”²¹.

Pero supondría una simplificación indebida concluir que el concepto de Ley asumido en Venezuela fue, sin más, producto del concepto de Ley derivado de la Revolución Francesa. Aun cuando se trata de un tema cuya completa exposición escaparía de los límites de este ensayo, interesa apuntar dos grandes diferencias.

.- La primera diferencia pasa por recordar –Carrera Damas– que la Independencia no debe valorarse como un proceso de abrupta ruptura con el Antiguo Régimen, sino más bien como un proceso caracterizado por signos de ruptura y continuidad²². Ello implicó que, en la naciente República, el orden colonial perduró en parte, pero no solo en lo jurídico, como veremos, sino también lo social. El esfuerzo por implantar un modelo republicano en una sociedad colonial y, por ende, desigual²³, llevó a matizar alguno de los principios republicanos, ante el temor de los excesos de libertad. Recuérdese, citando de nuevo a Carrera, que una de las preocupaciones básicas de los venezolanos de entonces era preservar la estructura interna del orden colonial, lo que implicó matizar el concepto de voluntad general dentro del régimen censitario adoptado. Con lo cual, como fue reconocido en la Constitución de 1811, la Ley no era la expresión de la voluntad general entendida como la expresión colectiva del pueblo, sino más bien, de la “mayoría” de los ciudadanos.

.- La segunda diferencia, que calificamos de esencial, tiene que ver con el influjo de la Revolución de Estados Unidos de Norteamérica²⁴. En tal sentido, hemos venido defendiendo la tesis según la cual, y sin negar la impronta de la Revolución Francesa, las bases del nuevo Derecho Público que comenzó a formarse en Venezuela a partir de 1810 encuentran, en Estados Unidos de Norteamérica, una influencia determinante y decisiva. Por ello, en nuestra interpretación, el nuevo Derecho Público no partió como en Francia de *legicentrismo*, pues el centro del ordenamiento jurídico lo conformó la Constitución, no la Ley²⁵.

Así, y como habíamos adelantado en la introducción, el concepto de Ley fue asumido en Venezuela a partir de su necesaria compatibilidad con la Constitución, concebida como la Ley suprema. Así quedó establecido en la Constitución de 1811. En ese Texto, como vimos, la libertad es concebida dentro de los límites a la Ley, reconociéndose que “*no se puede impedir lo que no está prohibido por la Ley y ninguno podrá ser obligado a hacer lo que ella no prescribe*”. Por consiguiente, la Ley es vinculante –artículo 227– salvo cuando vaya con-

²¹ El texto se toma de Brewer-Carías, Allan R., *Las Constituciones de Venezuela, Tomo I*, Caracas, 2008, pp. 555 y ss.

²² Carrera Damas, Germán, *De la abolición de la monarquía hacia la instauración de la República*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2009, pp. 9 y ss. Más recientemente, del autor, véase *La independencia cuestionada*, Editorial Alfa, Caracas, 2016, pp. 31 y ss. Allí Carrera alude a la “abolición selectiva de la monarquía”.

²³ Soriano de García-Pelayo, Graciela, *Venezuela 1810-1830. Aspectos desatendidos de dos décadas*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2003, pp. 34 y ss.

²⁴ Brewer-Carías, Allan R., *Reflexiones sobre la revolución americana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 25 y ss.

²⁵ Hernández G., José Ignacio, “La Constitución de 1811 y la República liberal autocrática. Apuntes sobre las bases constitucionales del liberalismo criollo”, *cit.*

tra el tenor de la Constitución²⁶. Con ello, asumimos en Venezuela los principios básicos del Derecho Público formado en la Revolución de Estados Unidos de Norteamérica, inspirados a su vez en la Antigua Constitución Británica, y por ello, en el pensamiento de Locke²⁷.

Por lo anterior, como puede leerse en Roscio y en Yanes, la obediencia a la Ley fue concebida como una obediencia racional. La obediencia ciega a la Ley conduce a la tiranía, según podemos leer en el Capítulo XXIX de *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*²⁸. Pues “*la ley que carece de esa bondad intrínseca no tiene jurisdicción en el fuero interno ni merece denominarse Ley*”. Así, “*una obediencia ciega, una obediencia oscura, bien presto abriría el camino a la tiranía y destruiría la libertad*”. Yanes, por su parte, recordó en el Capítulo I su *Manual Político del Venezolano*²⁹ que “*si las leyes no se cimientan en la justicia y la equidad, lejos de ser el fundamento de la libertad, ellas serán el apoyo y sostén de las más dura y odiosa tiranía, pues no hay tiranía más detestable que la que se ejerce a la sombra de la ley y so color de justicia*”.

En resumen, desde 1810 Venezuela comienza a adoptar el concepto de “Reino de la Ley”, como este fue concebido en Francia. Empero, junto a ello, la construcción del modelo republicano, para enfatizar el concepto de *Ley de libertad*, condicionó la validez de la Ley –y la propia obediencia a esta– a su adecuación a la Constitución, lo que demuestra un influjo determinante de la Revolución de Estados Unidos de Norteamérica y de la Antigua Constitución Británica. Todo ello, como se verá, determinó el concepto de *Código* asumido entre nosotros.

2. *El proceso de codificación en Francia bajo el influjo de Napoleón Bonaparte*

Sobre este concepto de Ley derivado de la Revolución Francesa se estructurará, algunos años más tarde, el proceso de codificación de Napoleón, que entre 1804 y 1810 produjo cinco Códigos: Civil, Comercio, Penal, Procedimiento Civil y Procedimiento Criminal³⁰. Interesa destacar, de este proceso de codificación, cuatro aspectos principales:

.- Lo *primero* que debe señalarse es la propia transformación que operará en el lenguaje jurídico. La palabra “Código” no es, en absoluto, creación del régimen napoleónico. Antes por el contrario, en la historia del Derecho se encuentran antecedentes tan remotos como el *Código Hamurabi*. Es también referencia común, y más cercana en cuanto a su concepto, el

²⁶ Tovar Tamayo, Orlando, *La jurisdicción constitucional*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1983, pp. 84 y ss.

²⁷ La Revolución de Estados Unidos de Norteamérica ha sido interpretada como parte de un conflicto constitucional, ante el alegato de las Colonias de acuerdo con el cual, y conforme a la Antigua Constitución Británica, el Parlamento no podía imponer tributos en la Colonia, en tanto sus habitantes no eran representados por el Parlamento. Esto llevó a asumir, como en el Reino Unido, el concepto de Constitución como norma suprema, que prevalece contra toda Ley que sea contraria a esta. Puede verse entre otros a Greene, Jack, *The constitutional origins of the American Revolution*, Cambridge, New York, 2011, pp. 67 y ss. Para el estudio de los debates durante esa independencia, vid. Bailyn, Bernard, *The ideological origins of the American Revolution*, The Belknap Press of Harvard University Press, London, 1992, pp. 94 y ss.

²⁸ Hemos manejado la edición de la Biblioteca Ayacucho, Caracas, 1996.

²⁹ Manejamos la edición Yanes de la Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1959.

³⁰ Tal y como resume Eduardo García de Enterría: “*Napoleón se esfuerza por crear esa zona de libertad civil de los modernos, con la que intenta compensar la falta de democracia ante un autoritarismo, produciendo un enorme impulso en la sociedad francesa...*”. Cfr.: *La lengua de los derechos*, cit., p. 186.

Corpus Iuris Civilis, recopilación del Derecho Romano promovida por Justiniano³¹. La codificación de Napoleón parte de la idea romana de un “Código” como ordenación sistemática de normas. Pero las normas que son ordenadas –he allí la principal diferencia– parten del concepto revolucionario de Ley, antes señalado. Con lo cual, la codificación napoleónica enraizó el llamado legicentrismo, esto es, la estructuración del ordenamiento jurídico a partir del nuevo concepto de Ley entendida como Ley de libertad. De esa manera, la lectura de los seis primeros artículos del Código Civil de 1804 resume toda la teoría revolucionaria de la Ley y por ende, del legicentrismo³².

.- Lo *segundo* que debe destacarse, es que este proceso de codificación se esforzó por refinar el lenguaje de la norma jurídica, empleando para ello un lenguaje claro, sencillo y directo. Ello evidencia la conexión entre el concepto de Ley y el orden: para asegurar la libertad dentro de la Ley, es preciso que el ciudadano conozca la Ley, a fin de asegurar la efectividad del adagio conforme al cual *la ignorancia de la Ley no excusa su incumpliendo*.

Así, tal y como ha sido destacado entre nosotros, “*el proceso de codificación en que se traduce el Código Napoleón reconoce la necesidad de establecer unas reglas de juego claras. La exigencia de seguridad y estabilidad, entendida como la posibilidad de prever la conducta de los demás individuos en una sociedad determinada, es una de las ideas centrales del Código Napoleón...*”³³.

.- El *tercer* aspecto a resaltar es que la compilación presente en la codificación se basó en la necesidad de unificar el disperso Derecho francés, con lo cual, la codificación debe entenderse como parte de un proceso más amplio, de centralización de instituciones para la cohesión del Estado³⁴.

³¹ El rey Hammurabi (1.782 a.C.) promovió la recopilación de las tradiciones de la civilización babilónica. La recopilación de ese Código no era sistemática, o sea, no se basó en una ordenación racional de las normas jurídicas, sino más bien en la simple recopilación de un conjunto de normas en áreas dispersas propias de lo que hoy día se conoce como Derecho Penal y Derecho Civil. El concepto de Código, a partir de ese antecedente, evolucionará hasta la idea promovida por el emperador bizantino Justiniano (527 d.C.) quien en su intento por reconstruir el Imperio Romano, ordenó la recopilación sistemática del Derecho Romano, luego conocida como *Corpus Iuris Civilis*. No se trató simplemente de la recopilación de normas jurídicas, sino de algo más elaborado: la ordenación racional y sistemática del Derecho. En realidad, el *Corpus Iuris Civilis* se encargó de sistematizar todo el Derecho, y no solo las normas jurídicas. De allí su clásica división en cuatro partes: las *Instituciones*, que eran la sistematización del Derecho en una obra de enseñanza; el *Digesto*, o colección de jurisprudencia; el *Codex* o Código, que sí coincide con el concepto estricto de sistematización de normas jurídicas, y las *Novellae leges*, o compilación de normas posteriores al *Codex*. Puede entonces afirmarse que el concepto de Código como compilación ordenada y sistemática de normas, alcanza con Justiniano su mejor expresión. *Cfr.*: Bernad Mainar, Rafael, *Manual de historia del Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2013, pp. 33 y ss. 129 y ss.

³² Lo que llevó a la idea según la cual, la codificación *refundaría* el ordenamiento jurídico, desplazando completamente al antiguo Derecho. Tal pretensión fue luego corregida, al entenderse que, más allá de la novedad del proceso, los Códigos eran parte de una evolución histórica. *Cfr.*: Josserand, Luis, *Derecho Civil. Tomo I. Volumen I*, Bosch y Cia., Barcelona, 1950, p. 35.

³³ Lupini, Luciano y Vidal, Irene, “La influencia del Código Napoleón en la Codificación Civil y en la doctrina venezolana”, en *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, p. 50.

³⁴ Véase en general a Bernad Mainar, Rafael, *Manual de historia del Derecho*, *cit.*, pp. 199 y ss. Véase igualmente a Bello Lozano, Humberto, *Historia de las fuentes e instituciones jurídicas venezolanas*, Caracas, 1966, pp. 436 y ss.

.- El *cuarto* y último aspecto, es que la codificación napoleónica, al partir del concepto revolucionario de Ley, también se basó en los pilares jurídicos del nuevo Derecho derivado de la Revolución, como son la libertad y la propiedad. De allí que el Código Civil de 1804 partiese del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes, como expresión de la libertad, la propiedad y la familia³⁵. El Código de Comercio, de 1807, se basó en la libertad de industria y comercio, derecho derivado de la libertad general y de la propiedad³⁶.

De esa manera, el concepto de Código formado en el proceso de codificación napoleónico, debe ser asumido a partir de estos cuatro componentes: (i) el Código deriva del concepto revolucionario de Ley, como una Ley de libertad; (ii) el Código comprende la sistematización ordenada, en lenguaje claro y sencillo, de las Leyes, promoviendo de esa manera el orden y la seguridad jurídica; (iii) el Código se basa, además, en la necesidad de unificar el ordenamiento jurídico, como parte de un proceso más complejo de centralización unitaria del Estado, garantizando de esa manera la igualdad ante la Ley y (iv) el Código de basa en los pilares del nuevo Derecho surgido de la Revolución, como son la libertad general, la propiedad, la autonomía de la voluntad, la familia y la libertad de empresa.

El proceso desarrollado con Napoleón modificó, así, el concepto de *Código*. Como vimos, antes de la codificación napoleónica, el concepto de Código era, en cierto modo, equiparable al de recopilación de Leyes o normas más o menos dispersas. La codificación napoleónica modificó ese concepto pues, además de su valor de sistematización, el Código se concibió como pieza central del ordenamiento jurídico de acuerdo con los cuatro componentes antes indicados. Es importante mantener esta diferencia, al momento de identificar cuándo un Código responde a la idea de sistematización o, por el contrario, se trata más bien de un Código basado en los cuatro componentes citados. Por ejemplo, al margen de los intentos codificadores iniciados en Venezuela en 1830, fueron dictados varios “Códigos”, como es el caso del Código de de Imprenta de 1839 y el Código de Hacienda de 1867, que no eran más que la recopilación de diversas Leyes³⁷.

II. OBJETIVOS, ALCANCE Y LEGADO DEL PROCESO DE CODIFICACIÓN DE 1873

El proceso de codificación alcanzado en 1873 –con los antecedentes a los cuales hemos hecho referencia en la introducción– aparece sin duda influenciado por la codificación napoleónica y, por ende, por el concepto de Ley fundada en la libertad general del ciudadano,

³⁵ Jesús, Alfredo de O., “Notas generales sobre el bicentenario del Código Civil francés y el proceso de codificación, decodificación y eventual recodificación de su Derecho Civil”, en *El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI*, cit., p. 27

³⁶ Morles Hernández, Alfredo, “Discurso en el acto solemne de conmemoración del Bicentenario del Código de Comercio francés en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales celebrado el 18 de septiembre de 2007”, en *Bicentenario del Código de Comercio Francés*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008, pp. 11 y ss. Lo propio cabe afirmar del Código Penal, que sistematizó las garantías de los ciudadanos derivadas de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y los Códigos de procedimiento, basados en los nuevos derechos asociados al derecho al debido proceso y la defensa.

³⁷ Estos Códigos eran, en realidad, recopilaciones de Leyes, cada una de las cuales mantenía su propio articulado. El Código de Imprenta de 27 de abril de 1839, correspondiente a los Documentos N° 371 al 375, se toma de *Leyes y Decretos de Venezuela. 1830-1840*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1982, pp. 513 y ss. El Código de Hacienda de 26 de mayo de 1867, se toma de *Leyes y Decretos de Venezuela. 1861-1870*, cit., pp. 748 y ss. Tal Código fue reformado por Guzmán en 1873.

como acabamos de estudiar en la sección anterior. De allí la siguiente afirmación de Alfredo Morles Hernández³⁸:

“El Código Civil y el Código de Comercio inician, desde el punto de vista jurídico, la transformación de la sociedad colonial venezolana (una sociedad de vasallos y esclavos) en una sociedad republicana (una sociedad libre)”.

Pero es preciso analizar la codificación de 1873, también, desde otras perspectivas, según anticipamos en la introducción. Así, no se trató solo de un proceso orientado a estructurar el ordenamiento jurídico venezolano en torno a principios como la libertad general, la autonomía de la voluntad, la propiedad privada, la familia y la libertad de empresa. Además de ello, esa codificación pretendió crear un ordenamiento jurídico unitario, como parte del propósito perseguido por Antonio Guzmán Blanco –y antes, por José Antonio Páez– de unificar al fragmentado Estado venezolano en torno a instituciones centrales. Dentro de esas instituciones centrales, los Códigos de 1873 forman, a no dudarlo, una pieza esencial.

1. *Las condiciones previas al proceso de codificación de 1873: fragmentación jurídica del Estado*

Retomada la senda republicana en 1830, y desde una perspectiva jurídica, los venezolanos de entonces se enfrentaron al reto de construir, en la práctica, la República Liberal proyectada desde 1811. Por ello, a partir de 1830 se inicia un importante proceso de institucionalización del Estado, esto es, de construcción efectiva del andamiaje jurídico necesario para garantizar la existencia real –y no meramente formal– de la República³⁹. La aspiración era, en palabras de Juan Vicente González⁴⁰, lograr la consolidación del orden público, es decir, “*la existencia de instituciones, leyes y de una administración eficiente*”.

Uno de los aspectos necesarios para garantizar la existencia de instituciones era, precisamente, crear el ordenamiento jurídico venezolano, superando la dependencia al ordenamiento español. Como explicamos en la introducción, se ha señalado que la vigencia supletoria del ordenamiento español afectaba no solo la seguridad jurídica, sino que derivaba en una contradicción, ante la necesidad de aplicar el ordenamiento del Antiguo Régimen bajo los nuevos principios republicanos. Es ilustrativo, en este sentido, lo señalado en la edición del jueves 3 de junio de 1824 de *El Observador Caraqueño*:

³⁸ Morles Hernández, Alfredo, “Discurso en el acto solemne de conmemoración del Bicentenario del Código de Comercio francés en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales celebrado el 18 de septiembre de 2007”, *cit.*, p. 13.

³⁹ Siguiendo a Elena Plaza, puede señalarse que entre 1830 y 1846, la organización del Estado venezolano se pensó desde el Estado de Derecho, entiéndase, desde la República Liberal. De acuerdo con la autora, “*el esfuerzo político fundamental de las administraciones que asumieron la dirección de la República de Venezuela entre 1830 y 1846 estuvo dirigido a crear un Estado de Derecho, republicano y venezolano. Se buscó conjugar el objetivo político inicial de nuestra Independencia, es decir, la creación de un Estado venezolano independiente de la monarquía española ubicado en el territorio ocupado por la antigua Capitanía General de Venezuela, con la visión de los poderes públicos propia de las élites que habían asumido la separación de la República de Colombia y la ruptura definitiva con el Libertador Simón Bolívar*”. Cfr.: Plaza, Elena, *El patriotismo ilustrado, o la organización del Estado en Venezuela. 1830-1847*, Universidad Central de Venezuela, 2007, p. 1.

⁴⁰ *Pensamiento Político Venezolano del Siglo XIX. N° 3. La doctrina conservadora. Juan Vicente González, Tomo II*, Caracas, 1961, pp. 37 y ss.

“Parece que no se ha fijado bastante la consideración en las funestas consecuencias que pueden seguirse a las libertades públicas y particulares de ese recurso a las leyes de una monarquía vieja y despótica en una república moderna y liberal”⁴¹.

Debe advertirse que el Derecho Español aplicable a Venezuela, luego de 1830, conocía del método de la *recopilación sistemática de las Leyes*, como de manera particular sucedía especialmente con la *Nueva Recopilación de Indias* y la *Nueva Recopilación de Castilla*⁴². De allí la siguiente opinión de Caracciolo Parra Pérez⁴³:

“Mucho mal se ha dicho de la legislación española, en general por quienes no la conocen. En realidad, ningún pueblo –fuera de Roma– presenta un monumento jurídico comparable al que levantaron los legalistas españoles, a partir de Alfonso el Sabio y aun de los soberanos visigodos”

La difusión de ese movimiento recopilador en Venezuela se dio, principalmente, por medio de diversas publicaciones. Como señala Juan Garrido Rovira, se prestó especial interés en Venezuela a los estudios sistemáticos del Derecho Español, como es el caso de la *Ilustración al Derecho Real de España*, de Juan de Sala, del cual se anunció una edición en Venezuela el 16 diciembre 1810⁴⁴. Sin embargo, es importante recordar que los estudios universitarios en Venezuela no prestaron importancia inicial a la enseñanza del Derecho Español, todo lo cual dificultaba la difusión del Derecho aplicable en la entonces Provincia de Venezuela y luego, en la República independiente⁴⁵.

En todo caso, y más allá de la valoración que pudo haberse tenido acerca del Derecho español, lo cierto es que la tendencia entre nosotros, desde 1811, fue la de sustituir ese Derecho por un Derecho Nacional, objetivo retomado a partir de 1830. En nuestra opinión, esta decisión puede interpretarse desde tres posibles causas:

⁴¹ Correspondiente al N° 23, página 4. Tomado de *El Observador Caraqueño. Caracas, 1824-1825 (reproducción facsimilar)*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1982. Los comentarios pueden verse en Garrido Rovira, Juan, *Independencia, Derecho Nacional y Derecho Español*, cit., pp. 56 y ss.

⁴² En el siglo XVI comenzó en España el movimiento recopilador, consistente en reunir, de manera simplificada y ordenada, el Derecho real, que comenzó a expandirse desde el siglo XV. Cfr. Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 263 y ss.

⁴³ *El régimen español en Venezuela. Caracciolo Para Pérez. Obras Completas*, Academia Nacional de la Historia-Fundación Bancaribe, Caracas, 2015, p. 287.

⁴⁴ Garrido Rovira, Juan, *Independencia, Derecho Nacional y Derecho Español*, cit., pp. 64 y ss. En cuanto a la obra de Juan de Sala, vid. pp. 122 y ss. La obra de Sala fue escrita con el deliberado propósito de simplificar el estudio y difusión del Derecho español, siguiendo a tales efectos el modelo de las recopilaciones del Derecho Romano. Puede verse en este sentido la “Presentación” en el Tomo I de la tercera edición de *Ilustración del Derecho Real de España*, Madrid, 1832, pp. III-IV. Una iniciativa más que relevante fue la emprendida en Venezuela por Pedro del Castillo, quien se dio a la tarea de recopilar la legislación vigente, de manera alfabética. El resultado fue el *Teatro de la legislación colombiana y venezolana vigente* (Valencia, Imprenta del Teatro de la Legislación, 1852). El autor justificó tal obra señalando que “en el laberinto de nuestra legislación, ella contiene en forma de diccionario y bajo un plan fácil y sencillo, al alcance de todos, cuanto desearse pueda de lo puramente nacional” (p. V). El propio Antonio Leocadio Guzmán emprendió, también, una labor de recopilación del Derecho venezolano. Cfr.: Parra Aranguren, Gonzalo, “Los antecedentes de la Codificación Civil y el Derecho Internacional Privado Venezolano (1810-1862)”, *Separata de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello* N° 2, Caracas, 1966, pp. 78 y ss.

⁴⁵ Para paliar esta debilidad se impulsó en 1790 la creación de la *Academia de Derecho Público y Español*, de cual Miguel José Sanz fue Presidente.

.- En *primer* lugar, encontramos la influencia del proceso de codificación napoleónico, como la mejor expresión de la idea del “Reino de la Ley”. La codificación se orientó, así, a garantizar la efectiva vigencia de la libertad general, la propiedad privada, la autonomía de la voluntad, la familia y la libertad de de industria y comercio, por medio de la codificación del Derecho Civil, Comercial y Penal, con su correspondiente codificación procesal.

.- En *segundo* lugar, la codificación respondió a la necesidad de promulgar las Leyes venezolanas como expresión del principio de representación popular.

.- Finalmente, y en *tercer* lugar, la codificación, a través de la construcción del Derecho Venezolano, sirvió como elemento de cohesión social⁴⁶.

Tal y como señalamos en la introducción, la codificación fue un cometido asumido tempranamente –1810– y luego ratificado a partir de 1830. De esos primeros intentos, incluso, resultó lo que puede considerarse el primer Código Venezolano, dictado en 1836: el Código de Procedimiento Judicial o Código Aranda⁴⁷.

En estos iniciales intentos codificadores se insistía en justificar tal proceso en el desorden o “caos” derivados de la vigencia de un disperso Derecho español, inadecuado a nuestras bases republicanas⁴⁸. El panorama fue resumido por Baralt de la siguiente manera⁴⁹:

“La copiosa legislación que quiso Colombia adoptar a pueblos entre sí tan diversos, había sido sobre manera embrollada por los decretos especiales con que esperó el Libertador remediar sus inconvenientes. Tras la confusión de las reglas vino el abuso de las interpretaciones arbitrarias (...) Habíase introducido la práctica de derogarlas en parte y dejarlas en parte vigentes, originándose de aquí tal incertidumbre, desconcierto y enredo, que ni el juez podía estar seguro de fallar en virtud de la Ley, ni el letrado de pedir lo que ella le acordaba. No estaba el mal solamente en la multiplicidad de las disposiciones y en su forma irregular; sino que inspiradas unas por el espíritu republicano que animó a los congresos de Colombia, y decretadas otras según el de la dictadura...”

⁴⁶ La “reinstitutionalización social” se expresó en un conjunto de Leyes dictadas para organizar a la República Liberal, que tomaron en cuenta la necesaria continuidad con el orden jurídico español, pero a la vez, la ruptura con el Antiguo Régimen para la promulgación de Leyes modernas que organizaran la hacienda pública y promoviesen la realización de actividades económicas, en especial, a través de la promulgación de Códigos. *Cfr.*: Chiossone, Tulio, *Formación jurídica de Venezuela en la Colonia y la República*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980, pp. 167 y ss. En general, hemos seguido a Plaza, Elena, *El patriotismo ilustrado, o la organización del Estado en Venezuela. 1830-1847*, cit., pp. 67 y ss.

⁴⁷ Tal Código fue obra del Licenciado Francisco Aranda, y de allí que haya sido conocido como “Código Aranda”. *Cfr.*: Parra Aranguren, Gonzalo, *Nuevos antecedentes sobre la codificación civil venezolana (1810-1862)*, cit., pp. 29 y ss. El Código, dictado por el Congreso el 19 de mayo de 1836, corresponde a los Documentos N° 236-277, tomado de *Leyes y Decretos de Venezuela. 1861-1870*, cit., pp. 310 y ss. Se trató, en realidad, de la recopilación de diversas Leyes, cada una de las cuales preservó su propio articulado.

⁴⁸ La revisión de los primeros intentos codificadores permite demostrar cómo recurrentemente se justificó la codificación en el desorden jurídico imperante, en lo que Parra Aranguren ha calificado como “verdadero caos”. Así, la codificación entre nosotros se justificó en la necesidad de aclarar las Leyes que debían aplicar los Tribunales, ante el “*cúmulo de leyes, heterogéneas en su origen e incompatibles para su aplicación*”. En 1834, Diego Bautista Urbaneja aludió al “*desorden*” del “*cuerpo de la legislación*”. Expresiones similares pueden encontrarse en las justificadas dadas al disperso proceso de codificación en Venezuela. *Cfr.*: Parra Aranguren, Gonzalo, *Nuevos antecedentes sobre la codificación civil venezolana (1810-1862)*, cit., pp. 20 y ss.

⁴⁹ *Resumen de la historia de Venezuela desde el año de 1797 hasta el de 1830*. Tomo Segundo, Imprenta de H. Fournier y Cía., París, 1841, p. 319.

Caracciolo Parra Pérez parte de una visión un tanto distinta⁵⁰:

“Los próceres de la Independencia, seducidos por la claridad, lógica y método del Código Napoleón, novedad para la época, repudiarán las leyes castellanas calificándolas de caóticas. El caos legislativo no existía solamente en las colonias, sino también en la metrópoli, donde, según vieja y cuerda costumbre, se legislaba a medida de las necesidades, sin preocuparse de sistemas teóricos”.

Por su parte, Rogelio Pérez Perdomo ha cuestionado que la sustitución del Derecho español haya sido una necesidad verdadera, tomando en cuenta que el Derecho español era poco conocido en Venezuela, con lo cual, “*no era necesario sustituir algo que no se usaba. En la práctica, lo desplazado por la codificación, aunque de una manera más lenta que lo que puede suponer un jurista moderno, fueron las obras usuales que efectivamente fueron sustituidas por los códigos y los comentarios a los códigos*”⁵¹.

Lo cierto es que, especialmente a partir de 1830, el proceso de codificación fue asumido como un cometido fundamental para la cohesión social o institucional de Venezuela, orientado a adecuar nuestro Derecho a los principios republicanos, remediando la “*confusión y el desorden de las Leyes*”⁵². Ello no quiere decir, se advierte, que el nuevo Derecho Venezolano fue formado a partir de una total ruptura con el Derecho Español, pues en la formación de nuestros Códigos pudo apreciarse la influencia de ese Derecho Español⁵³.

Estos intentos solo lograron su objetivo, según hemos visto, en 1862, cuando se promulgan –de manera unitaria– los primeros Códigos venezolanos, dentro del régimen autocrático de Páez⁵⁴. Que se haya tratado de un régimen dictatorial no debe llamar la atención. Por el contrario, el mando autocrático impuso las condiciones mínimas de estabilidad y orden para acometer, felizmente, el proceso codificador en 1862⁵⁵.

⁵⁰ *El régimen español en Venezuela*. Caracciolo Parra Pérez. Obras Completas, *cit.*, p. 287.

⁵¹ *Justicia e injusticias en Venezuela. Estudio de Historia Social del Derecho*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 2011, pp. 82-83.

⁵² De acuerdo a lo decidido por el Congreso Nacional el 7 de abril de 1835 (Documento N° 188, *Leyes y Decretos de Venezuela. 1830-1840*, *cit.*, pp. 219 y ss.). *Cfr.*: Morles Hernández, Alfredo, *Historia del Derecho Mercantil Venezolano*, Universidad Monteávila-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015, pp. 145 y ss.

⁵³ Como sucedió, por ejemplo, con la codificación procesal, en la cual se aprecia la influencia de las Leyes Paridas (Garrido Rovira, Juan, *Independencia, Derecho Nacional y Derecho Español*, *cit.*, p. 132) o la codificación mercantil, influenciada por las Ordenanzas de Bilbao (*Cfr.*: Morles Hernández, Alfredo, *Historia del Derecho Mercantil Venezolano*, *cit.* p. 152). Un ejemplo de la influencia y conocimiento del Derecho español, lo podemos encontrar en la obra *Código de Procedimiento Ilustrado*, de Pedro del Castillo y Julián Viso (Imprenta Nueva, Valencia, 1851). Se trató de un Proyecto de Código –de los varios en los que Julián Viso participaría– y en el cual se citan fuentes del Derecho español.

⁵⁴ Plaza, Elena, *El último régimen del General José Antonio Páez (1861-1862)*, *cit.*, pp. 200 y ss.

⁵⁵ Parra Aranguren, Gonzalo (*Nuevos antecedentes sobre la codificación civil venezolana (1810-1862)*, *cit.*, p. 72) cita en tal sentido a Luis Sanojo, quien opinó que el hecho de que los Códigos no pasaran por el Poder Legislativo facilitó su aprobación. Véase también, entre otros, a Guardia, Amelia, “La codificación civil de Páez”, en *Politeia*, V. 29, N° 36, Caracas, 2006, tomado de: <http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-97572006000100007&lng=es&nrm=iso>. [Consulta 04-11-2016].

El desplazamiento de Páez del poder y la Guerra Federal, afectaron nuevamente la estabilidad institucional en Venezuela⁵⁶, con lo que –salvo la aislada excepción de un nuevo Código Civil– el proceso codificador quedó en suspenso hasta 1870⁵⁷. Entonces, Antonio Guzmán Blanco retomaría el objetivo de instaurar las instituciones necesarias para la efectiva implantación de la República Liberal, dentro las cuales la codificación jugó un papel fundamental.

2. *El proceso de codificación dentro del programa liberal comenzado a ejecutarse a partir de 1870*

Hacia la década de los cincuenta del siglo XIX, el principal esfuerzo se había orientado a la construcción efectiva de la República fundada en los principios liberales asumidos desde 1810. La desintegración política y social de Venezuela, sin embargo, y la existencia de conflictos latentes, no resueltos por la Guerra de la Independencia, habían obstaculizado ese objetivo. La propuesta de Antonio Leocadio Guzmán de 1840 al crear al Partido Liberal pondrá énfasis en las debilidades de ese proyecto, y en especial, su arraigado personalismo. A partir de allí el calificativo “liberal” quedó dominado por Antonio Leocadio Guzmán y luego por Antonio Guzmán Blanco, en la construcción y puesta en marcha del “programa liberal”⁵⁸. Ese programa liberal asumirá plenamente los postulados formales de la República Liberal ideada desde 1810, pero realizará la necesidad de una acción administrativa decidida como instrumento de transformación del orden social venezolano. Así, para Carrera Damas, el triunfo de la Revolución de Abril de 1870 y la entrada al poder de Antonio Guzmán Blanco, fue el punto decisivo para la formulación de este proyecto nacional basado en la República Liberal, como lo pone en evidencia el Decreto de la instrucción pública, gratuita y obligatoria, entre otros⁵⁹.

La codificación encuadraba con este programa liberal y modernizador. Como ha apuntado Pérez Perdomo, “*el reclamo de la necesidad de los códigos debe ser entendido más bien como una necesidad de modernizar*”⁶⁰. De esa manera, la promulgación de Códigos basados en la ordenación sistemática de Leyes liberales era un componente fundamental de la República Liberal. De otro lado, los Códigos, como legislación nacional y unitaria, eran un factor decisivo en el proceso de centralización institucional del poder, elemento fundamental dentro de la propuesta de Guzmán Blanco⁶¹.

⁵⁶ Cfr.: Carrillo Batalla, Tomás Enrique, *Historia de la legislación venezolana, Tomo II*, cit., pp. 130 y ss.

⁵⁷ Pérez Perdomo, Rogelio, *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el Siglo XIX venezolano*, Monteávila, Caracas, 1978, p. 75.

⁵⁸ Es importante destacar que estos postulados no son, en absoluto, novedades de la Venezuela de 1830, pues se trata de principios implícitos desde 1810. Que el partido liberal haya pretendido dotar a estos postulados de cierta novedad, no deja de ser resultado de una “manipulación” política de la realidad. Se sigue aquí a Straka, *Instauración de la República liberal autocrática. Claves para su interpretación*, Fundación Rómulo Betancourt, Caracas, 2010, pp. 7 y ss.

⁵⁹ Carrera Damas, Germán, *Formulación definitiva del proyecto nacional: 1870-1900*, Serie Cuatro Repúblicas, Cuadernos Lagoven, Caracas, 1988, p. 10).

⁶⁰ *Justicia e injusticias en Venezuela. Estudio de Historia Social del Derecho*, cit., p. 83. Continúa el autor: “*los códigos eran lo nuevo en Europa y promulgando nuestros propios códigos nacionales nos poníamos a todo con los progresos de Europa*”.

⁶¹ Carrera Damas, Germán, *Formulación definitiva del proyecto nacional: 1870-1900*, cit., p. 34.

Con la cual, la codificación, en este período, debe valorarse dentro de lo que Inés Quintero denomina “*el largo y accidentado proceso de configuración de un Estado nacional liberal*”⁶².

La importancia de la Ley dentro de este proyecto, y a la vez, la necesidad de matizar la vigencia de la Ley, quedan resumidas en estas palabras de Guzmán Blanco de 1867. Decía Guzmán que la:

“política de la Revolución no es, ni la legalidad ni la dictadura, sino la ley hasta donde sea posible y el prestigio personal hasta donde lo hagan indispensable la frágil y complicada existencia que atravesamos”⁶³.

Fue en este contexto que Guzmán comenzó una importante labor de codificación en 1872, la cual estructura lo que Pérez Perdomo denomina un “Estado moderno” defensor de una “*política liberal, de respeto a la propiedad y libertad de contratos*”⁶⁴. Por lo tanto, el proceso de codificación de 1873 debe valorarse dentro de este intento modernizador, de dotar a Venezuela de instituciones jurídicas liberales y centrales, pero que a la vez permitiesen el manejo del “prestigio personal” allí donde este sea indispensable.

Así quedó expuesto en el Decreto de 9 de septiembre de 1872, en el cual, según vimos, se designó la Comisión General para la redacción de los Códigos⁶⁵. En sus *considerando* se señala, en sintonía con las justificaciones dadas a los anteriores Decretos que crearon comisiones de codificación, lo siguiente:

“Que es ya de imperiosa necesidad el arreglo de la legislación en sus diferentes ramos, con el fin de uniformarla y adoptarla a nuestras instituciones y al progreso y civilización de nuestra época”.

En tal Decreto, dictado en invocación de “*las facultades*” conferidas por “*el Congreso de Plenipotenciarios de los Estados reunidos en Valencia el 12 de julio de 1870*”, se designó una Comisión General de Códigos, compuesta –según el artículo 1– por el Dr. Diego B. Barrios; Dr. José Reyes; Dr. Ramón Feo; Lcdo. Manuel Cárdenas Delgado; Dr. Juan Pablo Rijas Paúl; Lcdo. Cecilio Acosta; General Felipe Estéves e Isaac J. Pardo⁶⁶.

⁶² Quintero, Inés, “El sistema político guzmancista (tensiones entre el caudillismo y el poder central”, publicado originalmente en *Antonio Guzmán Blanco y su época* (Monteávila, Caracas, 1994), tomado de Quintero, Inés, *El ocaso de una stirpe*, Editorial Alfa, Caracas, 2006, pp. 11 y ss., luego ampliado en *Los tiempos envolventes del Guzmancismo*, Fundación John Boulton-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2011, pp. 11 y ss.

⁶³ *Pensamiento político venezolano del Siglo XIX. Liberales y Conservadores. Textos Doctrinales*. Tomo I, N° 10, Caracas, 1961, pp. 427-428. Véase en general sobre ello a Rivas, Elide, Antonio Guzmán Blanco y la realización constitucional de su régimen, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2010, pp. 111 y ss.

⁶⁴ Pérez Perdomo, Rogelio, *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el Siglo XIX venezolano*, cit., p. 8

⁶⁵ Documento 1.764, Leyes y Decretos de Venezuela 1870-1873, cit., p. 149.

⁶⁶ La Comisión se dividió en cuatro secciones, para la reforma del Código Civil (compuesta por Barrios, Reyes y Feo); para la revisión del Código de Comercio (Cadenas Delgado y Pardo); para la formación del Código Penal (Rojas Paúl y Acosta) y para el Código Militar (Estéves). Cada sección se encargaría del respectivo Código de Procedimiento. Finalmente, se previó que “las secciones se constituirán en comisión general para la armonía de sus trabajos”.

Sobresale en el *considerando* del Decreto de 1872, la conexión entre la codificación y los principios de *progreso y civilización*⁶⁷. El programa de Guzmán Blanco comprendió que la organización central del Estado venezolano como Estado de Derecho, era condición para promover el desarrollo económico, desde la labor de fomento del Estado⁶⁸. Por ello, la centralización del Estado y la superación del “caos legal” imperante, como propósitos inmediatos de la codificación, quedaron condicionados por la necesidad de promover el progreso y la civilización. La relación luce clara: idea de progreso, en Guzmán Blanco, estuvo vinculada con la promoción de la inversión privada –de capital extranjero– todo lo cual requería construir un marco institucional propicio para el desarrollo económico. La codificación apuntaba, precisamente, a ese objetivo⁶⁹.

Ahora bien, la labor de la Comisión fue ciertamente breve y eficiente: poco más de siete meses fueron necesarios para que los Códigos fuesen promulgados por Guzmán –mediante Decreto– el 20 de febrero de 1873⁷⁰. Con ello –al igual que en 1862– se sacrificó el principio representativo, pues la codificación no fue resultado del Poder Legislativo, expresión de la

⁶⁷ En cuanto al significado del “progreso” y la “civilización” en los tiempos de Guzmán Blanco, véase a González Deluca, María Elena, “La economía de la época”, y Straka, Tomás, “Características de un modelo civilizador. Idearios e ilusiones del Guzmancismo”, en *Los tiempos envolventes del guzmancismo*, cit., pp. 37 y ss. y 105 y ss. Guzmán tuvo la convicción de la necesidad de fortalecer al Estado y, con ello, a la Administración, como condición necesaria para el progreso y la “civilización”.

⁶⁸ Explica Diego Bautista Urbaneja que Guzmán Blanco procuró crear un orden político establece, como instrumento del adelanto económico (*La idea política de Venezuela: 1830-1870*, Fundación Manuel García Pelayo, Caracas, 2004, pp. 83 y ss.).

⁶⁹ González Deluca, María Elena, *Negocios y política en tiempos de Guzmán Blanco*, Comisión de Estudios Postgrado-Facultad de Humanidades y Educación-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2001, pp. 13 y ss.

⁷⁰ La relación es la siguiente: (i) Decreto de 20 de febrero de 1873, contentivo del *Código Civil*, el cual entró en vigor el 27 de abril de ese año. De manera expresa, ratifica la derogatoria del Código de 1867 (Documento N° 1823, *Leyes y Decretos de Venezuela 1870-1873*, cit., pp. 244 y ss.); (ii) Decreto de 20 de febrero de 1873, contentivo del *Código de Comercio*, igualmente en vigor desde el 27 de abril del mismo año, ratificando la derogatoria del Código de 1862 (Documento N° 1824, *Leyes y Decretos de Venezuela 1870-1873*, cit., pp. 367 y ss.); (iii) Decreto, de la misma fecha y con idéntica entrada en vigencia, del *Código Penal*, que contiene una disposición derogatoria general (Documento N° 1825, *Leyes y Decretos de Venezuela 1870-1873*, cit., pp. 444 y ss.); (iv) Decreto que, en la fecha indicada, y con la misma vigencia, contiene el *Código Militar*, el cual contiene una derogatoria general (Documento N° 1826, *Leyes y Decretos de Venezuela 1870 – 1873*, cit., pp. 493 y ss.); (v) Decreto de igual fecha y vigencia, de *Código de Hacienda*, con una disposición derogatoria genérica (Documento N° 1827, *Leyes y Decretos de Venezuela 1870 – 1873*, cit., pp. 603 y ss.); (vi) Decreto de igual fecha, con vigencia desde el 5 de julio del mismo año, contentivo del *Código de Procedimiento Civil*, el cual derogó parcialmente el Código de 1836 (Documento N° 1828, *Leyes y Decretos de Venezuela 1870-1873*, cit., pp. 737 y ss.), y (vii) Decreto de esa fecha, con vigencia desde el 5 de julio, contentivo del *Código de Procedimiento Criminal*, con una cláusula derogatoria general (Documento N° 1829, *Leyes y Decretos de Venezuela 1870-1873*, cit., pp. 766 y ss.).

voluntad general⁷¹. Sin embargo, y al igual que en 1862, ello resultó un elemento determinante para culminar, en breve tiempo, la labor codificadora⁷².

Sin embargo, el principio representativo no estuvo del todo ausente. En efecto, el mismo día en que Guzmán firmó los *Códigos* –20 de febrero– presentó su Discurso al Congreso, en el cual da cuenta de su gestión, incluyendo la aprobación de los *Códigos*, todo ello, como parte de su esfuerzo por asumir la “*unidad de acción*” respecto de los “*elementos sanos de la patria*”⁷³. Según refiere González Guinán, “*el mismo día en que el señor General Presidente leyó el Mensaje, y bajo la impresión que el documento produjo en el ánimo de los legisladores, sancionaron casi por unanimidad un acuerdo aprobando todas las leyes, decretos y resoluciones expedidos por aquél en su condición de Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por el Congreso de Plenipotenciarios de los Estados*”. Se salvaba, así, el principio de representación⁷⁴.

La justificación del proceso de codificación iniciado en 1872 no fue una novedad. No lo fue en el ámbito interno, pues ese proceso se basó en las mismas justificaciones empleadas entre nosotros desde 1810. Tampoco lo fue en el ámbito internacional, pues la codificación francesa había influido notablemente en la idea liberal del Código, idea expandida especialmente en Latinoamérica⁷⁵. No obstante ello, la codificación adelantada por Guzmán Blanco fue un factor determinante en el programa de institucionalización del Estado venezolano, que encontró, bajo el período de Guzmán, su expresión más acabada durante el siglo XIX venezolano⁷⁶. Bajo esta perspectiva, sin duda, nos encontramos ante un proceso novedoso, que sirvió de base para las futuras iniciativas codificadoras emprendidas en el país.

3. *Principales características del proceso de codificación de Guzmán Blanco. Sus rasgos originales*

La codificación de 1873 estuvo influenciada, ya más en específico, por los antecedentes venezolanos de los *Códigos* Civil, de Comercio, Penal, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal sancionados previamente, así como de los diversos proyectos trabajados desde 1830.

⁷¹ Véase el análisis que, sobre este aspecto, hace Pérez Perdomo en *Justicia e injusticias en Venezuela. Estudio de Historia Social del Derecho*, cit., p. 84.

⁷² La ausencia de una representación efectiva encuadra con el concepto de República Liberal Autocrática aplicado al período en estudio. Cfr.: Straka, *Instauración de la República liberal autocrática. Claves para su interpretación*, cit.

⁷³ *Mensajes presidenciales*, cit., pp. 346 y ss.

⁷⁴ González Guinán, Francisco, *Historia contemporánea de Venezuela, Tomo Décimo*, Tip. Empresa El Cojo, Caracas, 1911, p. 185

⁷⁵ Bernad Mainar, Rafael, *Manual de historia del Derecho*, cit., pp. 227 y ss. Destaca la labor codificadora de Andrés Bello en Chile, que en 1851 culminó con un proyecto completo de Código Civil, promulgado en 1855.

⁷⁶ Explica Tomás Straka que el *proyecto civilizador* de Guzmán Blanco se enfocó en atender “*todo aquello que de forma más gruesa impedía el pleno acoplamiento con el capitalismo mundial y la modernidad. Se hacen códigos modernizadores; se descleriza la vida social; se hace un tremendo esfuerzo por atraer inversiones extranjeras, sobre todo en infraestructura*”. Cfr.: Straka, *Instauración de la República liberal autocrática. Claves para su interpretación*, cit. p. 34. Así también, Elías Pino observa que el “*período denominado guzmancismo quiere volver a la coherencia de la gestión fundacional del estado y mueve muchas piezas en esa dirección, hasta el punto de perfilar un interés poco común en la uniformidad en el manejo de los negocios públicos*”. Cfr.: “Presentación”, en *Los tiempos envolventes del guzmancismo*, cit., p. 9.

Igualmente, estuvo influenciada por los Códigos dictados en Latinoamérica y Europa. De esa manera, en cuanto al contenido de estos Códigos, podemos resumir de la siguiente manera sus principales influencias⁷⁷:

.- El Código Civil estuvo especialmente influenciado por el Código Italiano de 1865, que mejoró en muchos aspectos el Código Napoleónico. De allí que sus fuentes principales fueron la doctrina francesa e italiana⁷⁸. Es importante recordar que poco antes del Código Civil de 1873, se instituyó, mediante Ley, el matrimonio civil en Venezuela⁷⁹.

.- El Código de Comercio se vio influenciado por la codificación francesa, española y chilena, así como por la labor codificadora de Venezuela de 1862⁸⁰.

.- El Código Penal resultó de la influencia de la codificación española y del Código de 1863⁸¹.

.- En cuanto al Código de Procedimiento Civil, se ha destacado la influencia del Código de 1836, junto con el impacto del Derecho Procesal Civil italo-francés⁸².

.- Finalmente, el Código de Enjuiciamiento Criminal resultó influenciado, principalmente, por la labor codificadora de 1836, así como en la codificación española⁸³.

La elaboración de estos cinco Códigos, por ello, no resultó de un proceso enteramente original, en tanto fueron considerados no solo los antecedentes venezolanos, sino también, los principales antecedentes en Derecho Comparado. Todos estos antecedentes fueron tomados en cuenta por los miembros de las comisiones creadas en 1872, los cuales trabajaron de manera conjunta, a fin de asegurar la debida uniformidad en los Códigos⁸⁴.

⁷⁷ En general, *vid.* Carrillo Batalla, Tomás Enrique, *Historia de la legislación venezolana, Tomo II*, cit., pp. 131 y ss., así como el *Tomo III, cit.*, pp. 210 y ss. Véase especialmente a Lugo, Yolanda, “La codificación ¿Una forma superada de legislación? Especial referencia al caso de Venezuela”, en *El Derecho venezolano en 192*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982, pp. 20 y ss.

⁷⁸ Dominici, Aníbal, *Comentarios al Código Civil Venezolano (Reformado en 1896), Tomo I*, Caracas, 1897, reimpresión de Editorial REA, Caracas, 1962, pp. V y ss. Véase igualmente “Datos Históricos sobre la Codificación Civil Venezolana”, en Binstock, Hanna, *et al* (coor.) *Código Civil de Venezuela. Artículos 1º al 18*, Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela-Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas, 1969, pp. 21 y ss.

⁷⁹ Véase la *Ley del Matrimonio Civil*, de 1º de enero de 1873 (Documento N° 1802, *Leyes y Decretos de Venezuela 1870-1873, cit.*, pp. 207 y ss.). Tal Ley fue luego incorporada al Código Civil dictado poco después.

⁸⁰ Véase el amplio estudio sobre este punto en Morles Hernández, Alfredo, *Historia del Derecho Mercantil Venezolano, cit.*, pp. 157 y ss.

⁸¹ Se destaca la participación de Cecilio Acosta en la confección del proyecto del Código Penal finalmente aprobado en 1873, lo que le tomó cerca de ocho años de trabajo. Se trató del primer Código en Latinoamérica en suprimir la pena de muerte. *Cfr.*: Tamayo Rodríguez, José Luis, *La codificación penal en Venezuela. Análisis histórico-jurídico*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2012, pp. 133 y ss.

⁸² Cuenca, Humberto, *Derecho Procesal Civil, Tomo I*, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1994, p. 46. Véase también a Borjas, Arminio, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano, Tomo I*, Editorial Salas, Caracas, 1964, pp. 19 y ss.

⁸³ Chiossone, Tulio, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1972, pp. 24 y ss.

⁸⁴ *Vid.* Zuloaga, Nicomedes, “Códigos y Leyes”, *cit.*, p. 40. En importante la referencia que al respecto hace Cecilio Acosta (“Códigos Nacional”, en *Obras Completas, Tomo I*, Ediciones La Casa

De allí que, en su conjunto, la Codificación de 1873 ha sido valorada positivamente en la historia del Derecho Venezolano. En palabras de Urbaneja Achepohl⁸⁵:

“En los codificadores de 1873, todos fervientes patriotas, hubo mucha sabiduría y lucidez de talentos, eran de la élite social de la época en la cual vivieron, elegidos por el Jefe del Estado, General Guzmán Blanco, aun cuando en actuaciones de éste algunos de ellos fueran adversos; pero que, para la obra codificadora por cumplir tuvo el acierto de llamarlos (...)

Es igualmente destacar la participación directa de Antonio Guzmán Blanco en la elaboración de los Códigos. Luis Sanojo así lo explica, al comentar la elaboración del Código Civil⁸⁶:

“...El Código Civil fue obra de una comisión nombrada por el Gobierno, la cual lo discutió en su mayor parte con el Jefe de la Nación, y este, digámoslo al paso, cedió de sus opiniones en muchos puntos...”

Incluso, Cecilio Acostas relató algunos de los conflictos derivados de la directa participación de Guzmán en el proceso codificador, como sucedió por ejemplo con la regulación de los esponsales⁸⁷.

Ahora bien, hay un aspecto en la codificación de 1873 que, nos parece, no ha sido suficientemente destacado. Nos referimos al hecho de que, junto a la codificación tradicional del Derecho Privado y del Derecho Procesal –inspirada, como hemos visto, en la necesidad de proteger derechos republicanos como la libertad general y el derecho al debido proceso– la codificación de 1873 también abarcó dos áreas ajenas a la codificación iniciada en Francia en 1904: la codificación militar y de la hacienda pública.

El Código de Hacienda Pública, sin embargo, no fue más que la reforma del Código de 1867, estructurado por ello como una simple recopilación de Leyes, sin el contenido sustantivo del Código⁸⁸. Si fue original el Código Militar de 1873, primer código militar en Venezuela. Se trató de un auténtico Código, es decir, de la recopilación sistemática de todo el Derecho aplicable al Ejército, lo que supuso la derogatoria del Derecho Español, salvo en lo que respecta a la Ordenanza de la Armada Naval española, derogada en 1904⁸⁹.

El antecedente del Código Militar rompió con el concepto tradicional del proceso de codificación, en tanto este proceso –como se le entendió en Francia– se ha justificado en el ámbito de las relaciones civiles, pero no así en el ámbito de las relaciones propias de la Ad-

de Bello, Caracas, 1982, pp. 657 y ss.). Véase también, en ese mismo Tomo, “Reseña histórica y prospecto del Código de Derecho Penal”, pp. 517 y ss.

⁸⁵ “El Código Civil de 1873. El Código de Procedimiento Civil de 1873. El Código de Comercio de 1873”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 54-55, Caracas, 1973, pp. 13 y ss.

⁸⁶ *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*, Imprenta Nacional, Caracas, 1873, p. VIII.

⁸⁷ Acosta, Cecilio, “Códigos nacionales”, *cit.*, pp. 657 y ss.

⁸⁸ Carrillo Batalla, Tomás Enrique, *Historia de la legislación venezolana, Tomo III, cit.*, p. 15 y 21. Por ello, y siguiendo la metodología de nuestros primeros Códigos, el Código de Hacienda recopiló diversas Leyes, preservando sus artículos. O sea, no se trató de un Código con artículos continuos, sino más bien de la recopilación de Leyes con su articulado independiente.

⁸⁹ Véase en general a Garrido Rovira, Juan, *Independencia, Derecho Nacional y Derecho Español, cit.*, pp. 241 y ss.

ministración Pública, al entenderse que el dinamismo de esas relaciones se opone a la sistematización estable derivada de un Código⁹⁰.

La inclusión, dentro del proceso de codificación, del Código Militar tiene para nosotros, de dos causas:

.- En *primer* lugar, ello demuestra que la codificación de 1873, si bien influenciada en el movimiento codificador internacional, tuvo rasgos propios, al asumir al Código, de manera especial, como un instrumento orientado a la organización del Estado Venezolano, a través de instituciones jurídicas centrales, incluso, en áreas ajenas a las materias tradicionales de la codificación. Todo ello, además, invocando el concepto de *Ley* como un instrumento de ordenación de la sociedad para asegurar el orden.

.- En *segundo* lugar, y lo que resulta más importante todavía, los Códigos Militar y de Hacienda Pública de 1873 deben ser interpretados, en un sentido más amplio, como parte del proceso avanzado por Guzmán Blanco de sentar instituciones centrales necesarias para la unificación del Estado venezolano, fragmentado luego de las diversas guerras y crisis desatadas desde 1810.

Así, cabe recordar que para 1870, Venezuela mostraba claros signos de desintegración, que afectaban la existencia efectiva del Estado venezolano, entendido en su sentido estricto –Jellinek– como un poder unitario y unificador⁹¹. En tal sentido, se ha observado –Heller⁹²– que en la evolución histórica del Estado, resulta esencial la consolidación de instituciones centrales, como es el caso del Ejército y la hacienda pública.

En nuestra opinión, este es el sentido que debe darse al Código Militar de 1873: a través de este se comprendió que la consolidación del Estado venezolano, como un poder único y unificador, requería también consolidar como instituciones centrales al Ejército. Ello realza la estrecha relación entre la codificación de 1873 y el objetivo perseguido por Guzmán de promover la institucionalización del Estado venezolano a través del *Código*, inspirado en tres principios: (i) el Código como sistematización de la Ley, pieza clave para asegurar el orden público; (ii) el Código como elemento de cohesión del Estado venezolano, promoviendo una legislación uniforme que materializase el principio de igualdad formal y (iii) el Código como garantía de los principios fundacionales de la República Liberal, como la libertad, la autonomía de la voluntad, la propiedad y la familia.

En esto último, los *Códigos* deben también valorarse dentro del programa económico de Guzmán Blanco, el cual partió de asignar al Estado un rol preponderante en el fomento de la economía. Ramón Díaz Sánchez lo resumirá así: su labor económica –escribe– “*hace de él el más beligerante de los reformadores y la nación resuena como un órgano bajo la presión de sus manos*”⁹³. El énfasis que Guzmán colocó en la idea de “progreso” y de “civilización”, como vimos, conectaba con la finalidad el proceso de codificación, llamado no solo a reordenar el disperso ordenamiento jurídico venezolano, sino además, a establecer de manera cen-

⁹⁰ Esta es la explicación tradicional sobre las razones por las cuales el proceso de codificación civil no es trasladable al Derecho Público. *Cfr.*: Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2013, pp. 151 y ss.

⁹¹ Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1981, pp. 130 y ss.

⁹² Heller, Herman, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2002, pp. 169 y ss.

⁹³ Díaz Sánchez, Guzmán, *Guzmán. Elipse de una ambición de poder*, Ediciones del Ministerio de Educación Nacional, Dirección de Cultura, Caracas, 1950, p. 547.

tral el marco institucional indispensable para el progreso y la civilización. Una muestra de ello es la relación entre las casas de comercio y la codificación, pues como apunta Polanco Alcántara, “*son bastantes las normas del Código de Comercio venezolano que se originaron en esta clase de negocios*”⁹⁴.

4. *El legado del proceso de codificación de 1873*

El proceso de codificación adelantado en 1873 no fue, como vimos, el primero. Sin embargo, a partir de ese proceso comenzó a edificarse definitivamente el armazón jurídico del ordenamiento jurídico venezolano.

Los Códigos aprobados con anterioridad tuvieron existencia efímera, por la inestabilidad política imperante. Los Códigos promovidos por Antonio Guzmán Blanco, por el contrario, constituyeron la piedra fundacional sobre la cual, posteriormente, fueron reformados los Códigos Civil, de Comercio, Penal, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, hasta nuestros días. Los vigentes Códigos son, así, consecuencia de reformas –mayores o menores– de los Códigos de 1873⁹⁵. Todo lo cual incidió profundamente en la enseñanza del Derecho, la cual comenzó a girar en torno al estudio sistemático de los Códigos⁹⁶.

¿Por qué los Códigos de Guzmán no fueron “demolidos”, como sucedió por ejemplo con los Códigos de Páez? El sistema político adelantado por Guzmán Blanco –de acuerdo con Inés Quintero– no logró modificar la estructura del poder caudillista, como sí lo lograría el proceso de centralización iniciado por Castro en 1899 y culminado con éxito por Gómez⁹⁷. Sin embargo, el sistema político de Antonio Guzmán Blanco promovió las bases institucionales para asentar un poder central que lograrse, progresivamente, la cohesión territorial, política y jurídica del Estado venezolano⁹⁸.

En nuestra opinión, fueron esas bases institucionales las que permitieron formar el consenso político necesario en torno a la conveniencia de preservar a los Códigos, como pieza jurídica fundamental del proceso de centralización iniciado con éxito con Guzmán. La simple derogatoria de los Códigos –como sucedió con el proceso adelantado por Páez– resultaba además de innecesario, inconveniente, visto el lugar preferente que el Código ocupaba en la organización racional de nuestro ordenamiento jurídico nacional.

⁹⁴ Polanco Alcántara, Tomás, Guzmán Blanco. *Tragedia en seis partes y un epílogo*, Caracas, 2002, p. 249.

⁹⁵ Con posterioridad a 1873 –e incluso, durante el guzmancismo– fueron aprobadas diversas reformas a los Códigos, pero siempre considerando la necesidad de formular cada modificación sobre las bases asentadas en 1873. Para ilustrar ello, tenemos que el Código Civil fue objeto de reformas en 1880, 1886, 1904, 1916, 1922, 1942 y 1982. El *Código de Procedimiento Civil* fue reformado en 1880, 1897, 1904, 1916, 1986 y 1987. El *Código Penal* es reformado en 1897, 1904, 1912, 1915, 1926, 1964, 2000 y 2005. El *Código de Enjuiciamiento Criminal* (llamado hoy Código Orgánico Procesal Penal) fue reformado en 1882, 1884, 1897, 1904, 1911, 1915 y 1926. En 1998 es derogado por el *Código Orgánico Procesal Penal*, reformado varias veces, hasta la versión vigente, de 2012. Por último, el *Código de Comercio* fue reformado en 1904, 1919, 1942 y 1955.

⁹⁶ Pérez Perdomo, Rogelio, *Justicia e injusticias en Venezuela. Estudio de Historia Social del Derecho*, cit., p. 88.

⁹⁷ De hecho, como puede observarse de la relación anterior, el proceso codificador –sobre la base de los Códigos de 1873– llevó a importantes reformas entre 1899 y 1935.

⁹⁸ Quintero, Inés, “El sistema político guzmancista (tensiones entre el caudillismo y el poder central)”, cit., p. 38.

Por ello, aun cuando el proceso de institucionalización central promovido por Guzmán no perduró íntegramente luego de su salida del poder⁹⁹, los Códigos, sin embargo, sí sobrevivieron: demolerlos hubiese significado, ni más ni menos, que la destrucción del ordenamiento jurídico central venezolano.

El proceso de codificación iniciado por Guzmán Blanco, basado en los tres principios antes señalados, será una pieza importante en la definitiva centralización de nuestro ordenamiento jurídico, proceso que, como vimos, aparece culminado a la muerte de Gómez. Los Códigos, también, fueron pieza fundamental del ordenamiento jurídico central y nacional en la transición a la democracia, y luego, en la propia democracia iniciada en 1958, todo lo cual realza la importancia dada a los *Códigos*.

No es de extrañar, por ello, que el proceso de *descodificación* actualmente en curso en Venezuela, este acompañado del progresivo abandono de los principios que inspiraron al proceso de codificación en 1873¹⁰⁰. El cambio es, en realidad, mucho mayor, pues opera sobre el propio concepto de Ley como instrumento para promover el orden. Si la codificación fue uno de los signos distintivos del Derecho venezolano a partir de 1873, la descodificación y la entropía del ordenamiento jurídico son los rasgos distintivos del Derecho venezolano en el siglo XXI, lo que nos hace retroceder a la época en la cual se denunciaba, como vimos, el caos jurídico predominante.

⁹⁹ Rivas, Elide, *Antonio Guzmán Blanco y la realización constitucional de su régimen*, cit., p. 128.

¹⁰⁰ La descodificación –que es una realidad global– apunta a la promulgación de Leyes especiales, que derogan al Código, el cual es progresivamente fragmentado, perdiéndose así la sistematización central del ordenamiento jurídico. Tal fenómeno, en Venezuela, ha sido muy notable en el Código de Comercio. Desde 1999, sin embargo, el proceso de descodificación ha estado acompañado, en Venezuela, de un proceso tendente no solo a fragmentar a los Códigos, sino a su progresiva sustitución sobre la base de principios enteramente distintos a los que justificaron la labor codificadora de 1873. Para una referencia desde el Código de Comercio, *vid.* Morles Hernández, Alfredo, *Historia del Derecho Mercantil Venezolano*, cit., pp. 232 y ss.

Comentarios Monográficos

LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Armando Luis Blanco Guzmán*

Abogado

Resumen: *El presente trabajo aborda el tema de lo que son los procesos de integración y sus elementos característicos, a la luz de los cuales, dilucidaremos si la Corte Interamericana de Derechos humanos fue creada dentro de un esquema integracional y si es o no un órgano supranacional.*

Palabras Clave: *Integración, cooperación, supranacionalidad, Corte Interamericana de derechos humanos.*

Abstract: *This paper addresses the issue of integration processes and their elements. It also clarifies whether the Inter-American Court of Human Rights was created within an international framework and whether or not it is supranational body.*

Key words: *Integration, Cooperation, supranationality.*

INTRODUCCIÓN

La manera tradicional de desarrollar las relaciones internacionales es a través de procesos de cooperación. Empero, cuando las relaciones internacionales se desarrollan para lograr o profundizar “el nivel de interdependencia económica entre un grupo de países” (Cohen y Rosenthal citados por Suárez. 2005. 83), se hace uso de un mecanismo más complejo y multifactorial, como es integración.

En efecto, cuando los países se interrelacionan voluntariamente, suelen hacerlo a través del instituto de la cooperación para establecer consensos sobre el tratamiento común a determinadas materias o “enfrentar o evitar problemas comunes” (Suárez. 2005. 90). Sin embargo, cuando las relaciones propenden a la consecución de beneficios recíprocos, económicos, comerciales y sociales, se desarrollan los procesos de integración, los cuales, a través de la adopción de normas convenidas que pasan a formar el denominado derecho comunitario, unifican el tratamiento que ese nuevo espacio territorial le va a dar a la circulación de bienes, capitales, servicios y personas.

En este orden de ideas, una de las materias que más relevancia ha tomado para las relaciones internacionales es la protección de los derechos humanos, contexto en el cual, se creó el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y dentro de él, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica en 1969.

El presente trabajo tiene por objeto determinar, cuál es la naturaleza del proceso que dio lugar a la creación de la referida Corte y si ésta es o no un órgano supranacional.

* Profesor de Postgrado de la Universidad Monteávila y de la Universidad Central de Venezuela. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y de la Asociación Euroamericana de Derechos Fundamentales.

I. LA INTEGRACIÓN Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Como afirma Gómez Apac (2019. 26), los procesos de integración se deben a “la pretensión de determinados Estados de conformar, gradual y progresivamente, una estructura política, jurídica y económica, en un área determinada de sus mutuas relaciones, para la satisfacción de intereses comunes y a partir de elementos básicos esenciales de cada uno de ellos”.

Parafraseando a Savid-Bas (2002. 1232) se trata de procesos sociales, políticos, jurídicos y económicos que, en el contexto de la globalización y el multilateralismo, buscan el desarrollo armónico de sus integrantes a través de distintas etapas como las preferencias arancelarias; las zonas de libre comercio; la unión aduanera; el mercado común; y la unión monetaria, con los objetivos de disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de dichos países en el contexto económico internacional, fortaleciendo la solidaridad y reduciendo las diferencias de desarrollo existentes entre ellos.

Según Kaune Arteaga (2004. 42), son procesos que, desde el punto de vista jurídico, responden a “la cesión de soberanía efectuada por los países miembros”, pero como veremos *infra*, más que una cesión de soberanía, se trata de un replanteamiento del concepto y con ello, de la superación de la tesis Bodiana de la soberanía (según la cual es la potencia absoluta, perpetua y omnímoda del Estado) para acoger una visión moderna que ha relativizado el concepto atribuyendo el ejercicio de “ciertas competencias estatales” (Suárez (2005. 78) a organizaciones externas y reconociendo un nuevo sistema de prelación del derecho, donde el derecho internacional y el derecho comunitario tienen aplicación preferente, inmediata y directa sobre el ordenamiento de cada país.

Ciertamente, el denominado derecho de integración, también llamado derecho comunitario, es “un ordenamiento autónomo que tiene sus propias fuentes e instituciones” (Gómez Apac. 2019. 44) y está integrado por un conjunto de principios, normas y reglas que regulan los procesos de integración y que obliga a los Estado y a las personas en general, a aplicarlo de forma preferente, directa e inmediata.

Estos ordenamientos comunitarios normalmente están conformados por normas fundamentales o de derecho primario y por normas derivadas o de derecho secundario. Las primeras corresponden a los tratados suscritos y ratificados y sus eventuales protocolos adicionales y modificatorios. Mientras que el derecho secundario o derivado está constituido por las Decisiones de los respectivos órganos intergubernamentales o supranacionales.

Volviendo sobre la idea de integración, Suárez (2005. 90), la define como el proceso en el que a través de la voluntad política de sus integrantes, se propende a un desarrollo integral que, en sus etapas incipientes, va de la mano de la intergubernamentalidad, pero que luego, atribuyen el ejercicio de competencias propias a organizaciones externas que utilizarán para su funcionamiento técnicas intergubernamentales y supranacionales, con preponderancia de éstas últimas, para la adopción de sus decisiones y actuar a favor de un interés común, con la finalidad de lograr una nueva unidad territorial, respetando los intereses individuales de cada país y haciendo un balance de éstos con los intereses comunes.

Dicho proceso inicia, ordinariamente, con el establecimiento de una zona de preferencias arancelarias, para luego evolucionar a una a una zona de libre comercio. Luego, de continuar el proceso, puede llegarse al establecimiento de una unión aduanera que, posteriormente, puede derivar en un mercado común. Subsecuentemente puede lograrse la unión económica y finalmente, la integración económica plena, donde “además de la libre circulación de los factores de producción y de la armonización de las políticas económicas nacionales de los

países miembros del pacto, se establecen otros acuerdos de carácter político y jurídico y presupone la unificación de las políticas monetarias, fiscales y sociales, lo cual, requiere la creación, con carácter necesario, de una autoridad supranacional” (Balassa citado por Suárez. 2005. 114).

Ello así, el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y dentro de él, la Corte Interamericana de Derechos Humanos creada por la Convención Americana de Derechos Humanos, no busca la unidad de las naciones que lo integran y que, como afirma Suárez (2005. 85), es un signo diferenciador entre los procesos de cooperación e integración.

Al mismo tiempo, el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y con él, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no tiene objetivos económicos, que es otro de los signos de los procesos de integración y que como afirma Best (citado por Suárez. 2005. 88), es una de las diferencias entre los procesos de cooperación e integración.

En otras palabras, la Corte Interamericana de Derechos Humanos busca lo que Garzón Clariana (citado por Suárez. 2005. 91) considera cooperación, esto es, alcanzar resultados que varios Estados juzgan deseables. En este caso, el respecto a la protección de los derechos humanos.

Ciertamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es, como veremos *infra*, una corte internacional que administra justicia y como tal, tiene jurisdicción sobre los países miembros y conforme al artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene competencia para conocer de las acciones incoadas con ocasión de la violación de un derecho o libertad protegidos en esa Convención, marco en el cual, puede ordenar “que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y complementariamente, “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada”.

De tal manera que, es un órgano que no tiene entre sus funciones el favorecimiento de una “nueva unidad económica” (Suárez. 2005. 108), ni la supresión de “obstáculos o fronteras interiores” (Suárez. 2005. 108) a favor de la libre circulación de bienes, capitales, servicios y personas, por lo que, resulta evidente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no fue creada en el marco de un proceso de integración, sino que, se enmarca dentro del denominado “sistema internacional de coordinación” (Suárez. 2005. 33).

Por tanto, se trata de una “cooperación multilateral” (Suárez. 2005. 93), la cual, dio lugar a la creación de varias instituciones internacionales, entre ellas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. LA SUPRANACIONALIDAD Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Corresponde ahora determinar si el carácter cooperativo del proceso en el cual se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede dar lugar a reconocerla como un organismo supranacional.

En tal sentido y como afirmamos *supra*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, creado a través del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y que posteriormente pasó a denominarse “Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, es una corte internacional que administra justicia.

Como órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, tiene jurisdicción sobre los países miembros y competencia en materia del restablecimiento de los derechos violados y reparación económica por la violación cometida.

Ello así, en palabras de Buhigues (citado por Suárez. 2005. 31) el carácter esencial de la supranacionalidad es la facultad de dar órdenes jurídicamente válidas a la entidad nacional “subordinada”, esto es, la competencia para imponer decisiones a los Estados miembros de la organización.

Por su parte, Rubio citado por Suárez (2005. 32) señala que, la noción de supranacionalidad va ligada a una estructura integrada por distintos Estados que crea sus propios órganos, con su propio ordenamiento, sus propios procedimientos y sus propios intereses (que en definitiva son el común de los países participantes), cuyas decisiones, se imponen a los Estados miembros, con efecto directo y prevalente sobre un “ámbito de contenido material que cada Estado miembro le atribuye” (Suárez. 2005. 34) y que, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es la garantía de los derechos humanos.

En este mismo orden y dirección tenemos a Suárez (2005. 43), quien define la supranacionalidad como aquella que recibe, en cualquiera de sus órganos, la atribución del ejercicio de las competencias de un grupo de países en materias específicas en aras de un interés común y en las que sus decisiones serán aplicadas inmediata y directamente tanto a los Estados como a los ciudadanos.

Así, entre los rasgos principales de la supranacionalidad se encuentran:

En primer lugar, la autonomía con la que actúan los órganos y por ende, la facultad que tienen de formar su propia voluntad, vinculando a los Estados miembros, aun contra sus propios intereses y sin que hayan votado, en favor de la decisión que adopta la mayoría.

En palabras de Suárez (2005. 55) la autonomía es uno de los aspectos indispensables de la supranacionalidad y supone la posibilidad de dictar normas obligatorias a los Estados miembros, con procedimientos de adopción de decisiones a través de la regla de la mayoría.

En segundo lugar, la independencia de los Estados miembros, aun cuando algunos actúan con técnicas intergubernamentales.

En tercer lugar, que gozan de poder de decisión y por ende, de resolver los asuntos que le son planteados.

En cuarto lugar, el poder sobre los sujetos, es decir, de coaccionar, tanto a los Estados miembros, como a sus ciudadanos a acoger la decisión que se adoptó.

En quinto lugar, la posibilidad de aplicación inmediata y por ende, la incidencia directa del ordenamiento jurídico comunitario en los Estados miembros y sus ciudadanos.

En sexto lugar y en palabras de Schermers (citado por Suárez. 2005. 56) son rasgos de supranacionalidad la autonomía financiera y la imposibilidad de retiro unilateral. Pero éstas, en criterio de Suárez, son aspectos que refuerzan la supranacionalidad, pero no son rasgos indispensables de la institución.

En este sentido, como órgano jurisdiccional que es (artículos 52, 53, 54 y 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la Corte Interamericana se informa de los principios de independencia e imparcialidad, lo cual, permite reconocerla como un órgano autónomo en el desarrollo de sus competencias.

En segundo lugar y tal como afirma Ayala Corao (2007. 129) la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce en su artículo 68.1 la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana, al establecer expresamente el compromiso de los Estados partes en la Convención de cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. De tal manera que, goza de poder de decisión sobre los asuntos que le competen.

En tercer lugar y conforme a lo previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 62 y 63, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como sentencias emanadas de un tribunal internacional o transnacional, son de obligatorio cumplimiento por los Estados partes y se deben ejecutar directamente por y en el Estado concernido, con lo cual, La Corte tiene poder de coacción tanto sobre los Estados miembros, como sobre sus ciudadanos.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos responde a la idea desarrollada en el siglo pasado, según la cual, el Estado de derecho debe su existencia, al “respeto y garantía de los derechos humanos” (García de Enterría, 2000, 589) y como “fruto de la preocupación por garantizar una regulación que proteja los derechos humanos y obligue a los Estados a respetarlos” (Nieto Navia. 1989. 15), sin que le sirvan de excusas nociones como la soberanía o la autodeterminación, es que fue creado el denominado derecho internacional de los derechos humanos, frente al cual, la mayoría de los Estados democráticos han abandonado la tesis absoluta y omnimoda de la soberanía, para acoger una visión moderna, según la cual, el derecho de los derechos humanos es un límite infranqueable a la actuación de los Estados.

En otras palabras, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, responde a los instrumentos internacionales que han sido creados para preservar los derechos humanos frente a los peligros del Poder (tales como el establecimiento de regímenes regresivos y violatorios de los derechos humanos), relativizando el concepto de soberanía y con ello, admitiendo que el derecho interno está subordinado a un nuevo sistema de prelación del derecho (que en Venezuela tiene reconocimiento constitucional expreso en el artículo 23), en el cual, el derecho internacional de los derechos humanos tiene aplicación inmediata y preferente.

De acuerdo a lo expuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cumple con las cuatro principales características de la supranacionalidad, razón por la cual, es sin duda un órgano supranacional.

Empero, en el estado actual de la situación venezolana, la supranacionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos presenta varios problemas relevantes como son:

En primer lugar, la cuestión de la intermediación de los poderes supranacionales (Pescatore citado por Suárez. 2005. 49), esto es, “la capacidad de penetrar la esfera interna de los Estados a través de medidas normativas, administrativas y judiciales, aplicables a sus ciudadanos.

En segundo lugar, la cuestión de la coercibilidad (Suárez. 2005. 56) o en palabras de Pescatore (citado por Suárez. 2005. 49), el constreñimiento, según el cual, no hay coercibilidad si no hay efectiva posibilidad de imponerse a los Estados. Es decir, sin que pueda sancionarse a quien desacata la decisión emitida por el órgano supra nacional.

En este sentido, si bien la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia presentó un antecedente positivo en la sentencia N° 87, dictada el 14 de marzo de 2000, caso Elecetro, sobre la inmediatez y prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos y dentro de él, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (afirmando que la referida Convención reconoce el derecho de toda persona a recurrir del fallo –siendo más favorable que la propia Constitución que lo reconoce solo en materia penal– y como quiera que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia excluía de recurso a las decisiones de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, resultaba patente su inconventionalidad). No es menos cierto que, la referida Sala produjo un cambio de criterio al año siguiente en la decisión N° 1309, dictada el 19 de julio de 2001, en el caso Hermann Escarrá, donde señaló que, la jurisdicción constitucional debe actuar conforme al principio de interpretación pro Constitución y con él, de la prevalencia de los principios del Estado democrático, social de derecho y de justicia sobre el orden internacional. Ello, debido al carácter soberano del Estado.

Luego, el 15 de julio de 2003, la mencionada Sala dictó la sentencia N° 1942, en el caso Chavero, en la cual, retomó el criterio según el cual, el derecho internacional de los derechos humanos tiene prevalencia sobre el ordenamiento interno ya que el artículo 23 del Texto Fundamental es “claro” al reconocer la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenios que versan sobre derechos humanos y han sido válidamente por la República. Sin embargo, en la misma sentencia se estableció que, “ante antinomias o situaciones ambiguas entre los derechos contenidos en los instrumentos internacionales señalados y la Constitución, corresponderá a la Sala Constitucional interpretar cuál es la disposición más favorable”, circunscribiendo la interpretación y aplicación del bloque de la constitucionalidad a un solo tribunal, lo cual, es claramente contrario al artículo 334 de la Carta Magna que le reconoce a todos los jueces la competencia para asegurar la integridad de la Constitución y con ello, la de interpretar y aplicar el bloque de la constitucionalidad.

Posteriormente, el referido órgano de justicia constitucional dictó la decisión N° 1265, el 5 de agosto de 2008, en el caso Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, donde retomó el criterio según el cual, el ordenamiento jurídico debe ser interpretado y aplicado conforme al principio “*favor Constitutionae*”, el cual, conlleva a salvaguardar al Texto Fundamental de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto que él encarna por voluntad del pueblo.

Seguidamente, la Sala Constitucional del Alto Tribunal dictó la sentencia N° 1.939 el 18 de diciembre de 2008, en el caso Gustavo Álvarez Arias y otros, en la cual, declaró inejecutable la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 5 de agosto de 2008, en el caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela, sobre la base que “el citado artículo 23 de la Constitución no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango “*supraconstitucional*”, por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable”.

Así, la decisión ratificó que, para el Máximo Tribunal, es inaceptable cualquier teoría que pretenda limitar la soberanía y la autodeterminación nacional en favor del derecho internacional, con lo cual, en caso de colisión entre el derecho internacional y el ordenamiento constitucional, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común.

Seguidamente, la Sala Constitucional de Máximo Tribunal dictó la decisión N° 967 el 4 de julio de 2012, en el caso Pedro Perera Riera, en la cual, señaló que resulta contrario a la Constitución “subyugar” los intereses de la República a un sistema que desconozca los fines del Estado y particularmente, el ejercicio de la soberanía o contraríe los intereses del pueblo respecto a su independencia y autodeterminación.

Más recientemente, la decisión N° 562, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 21 de mayo de 2013, en el caso Otoniel Pautt Andrade, reprodujo la doctrina según la cual, el carácter soberano del Estado venezolano impide la aplicación preferente del derecho internacional de los derechos humanos y la injerencia de los órganos *supra* nacionales en los asuntos internos.

Al respecto, es preciso señalar lo siguiente:

1.- Tal como afirmamos *supra*, la Constitución de 1999 reconoció en su artículo 23 la aplicación preferente del derecho internacional de los derechos humanos, siempre que contengan normas más favorables para su goce y protección y al mismo tiempo, el tratado, pacto o convención de que se trate, haya sido suscrito y ratificado válidamente por la República.

De tal manera que, fue el propio constituyente de 1999 quien abandonó la tesis de la soberanía absoluta, para adoptar una visión moderna según la cual, la soberanía debe ser entendida como un atributo del Estado que se encuentra relativizado por los principios de juridicidad, división de poderes y fundamentalmente, la vigencia de los derechos humanos y la garantía de universalidad de los mismos que otorga el derecho internacional y sus mecanismos de control.

Por tanto, el desconocimiento de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Poder Judicial Venezolano no solo atenta contra el dialogo judicial y la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos, sino también de la Propia Constitución.

2.- El vaivén del criterio de la Sala Constitucional del tribunal Supremo de Justicia entre los años 2000 y 2008, respecto a la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el ordenamiento interno, contraría la propia doctrina de la Sala en materia del principio de confianza legítima, que tal como ha establecido de forma inveterada (Vid. sentencia número 3180, dictada el 15 de diciembre de 2004, caso: TECNOAGRÍCOLA LOS PINOS TECPICA, C.A.), está referido, en primer término, a la fuerza vinculante de las normas jurídicas y consiguientemente, a la obligatoriedad de su aplicación. Pero, al mismo tiempo, a que la interpretación” del ordenamiento se haga de forma estable y que en consecuencia, los órganos del Estado no muten sus criterios de forma irracional, brusca, intempestiva y retroactiva.

Ciertamente, el también denominado principio de seguridad jurídica supone la “*regularidad o conformidad a Derecho y la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos y, muy especialmente, de la interpretación y aplicación del Derecho por parte de las Administraciones públicas y los jueces y tribunales*” (García Morillo. 2000. 65) y con ello, la exclusión del comportamiento imprevisible generador de inseguridad jurídica.

Así lo señaló la Sala Constitucional del Alto Tribunal el 5 de mayo de 2003, en la sentencia N° 1032, dictada el caso *POLIFLEX, C.A.*, donde indicó lo siguiente respecto a los cambios de criterio:

“La expectativa legítima es relevante para el proceso. Ella nace de los usos procesales a los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no son contrarios a derecho.

Con la anterior afirmación, la Sala le dio valor al principio de expectativa plausible, el cual sienta sus bases, sobre la confianza que tiene un particular, de que un órgano del Poder Público actúe de manera semejante a la que ha venido actuando, frente a circunstancias similares o parecidas, a la posición que él esté atravesando en el presente.

En el caso bajo estudio, se puede observar, que la Sala de Casación Civil, al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de un recurso de casación, interpuesto contra sentencias dictadas por los tribunales de Reenvío, tomaba en consideración, la cuantía vigente para el momento en que había sido emitida la sentencia definitiva objeto del primer recurso de casación, ese criterio se aprecia, en las sentencias citadas por la Sala de Casación Civil, al momento de decidir el recurso de hecho, oportunidad en la cual refirió, que ratificaba decisiones del 30 de abril y 14 de agosto de 1997, las cuales constituían –criterios señeros acerca de la cuantía para acceder a casación después de la sentencia de reenvío, donde se estableció que las decisiones de reenvío quedaba excluido el requisito de la cuantía para la admisibilidad del recurso de casación–.

En ese mismo sentido, esta Sala observa que la Sala de Casación Civil, el 17 de diciembre de 1997, en el expediente N° 96-510, estableció lo siguiente:

'...En cuanto a los asuntos que se someten a la consideración del Alto Tribunal, por efecto de una sentencia de reenvío, asiste a la parte interesada, un derecho adquirido a la revisión del fallo por la Corte, no sólo mediante un recurso de nulidad, (...) sino también por efecto de un recurso de casación propuesto contra la decisión de reenvío.

Y el 23 de abril de 1998, en el expediente N° 95-359, señaló lo siguiente:

'... Cuando ha sido casada la sentencia por denuncia planteada por una de las partes, la inadmisibilidad del recurso –por razones de cuantía– propuesto por la otra parte contra la sentencia de reenvío ocasionaría un desequilibrio procesal repudiado por los artículos 15 y 204 del Código de Procedimiento Civil en desarrollo de derechos constitucionales. En consecuencia, el requisito de la cuantía para la admisión del recurso de casación será examinado sólo en la primera oportunidad en que se interpone el recurso. Por lo que de presentarse la casación múltiple contra las decisiones de reenvío, éstas quedan excluidas de la revisión de tal requisito.....

Observa esta Sala, que todas las sentencias mencionadas, son anteriores al 5 de octubre de 1998, oportunidad en la cual el apoderado de la recurrente, anunció recurso de casación contra la sentencia de reenvío dictada por el Juzgado de los Municipios Girardot y Mario Briceño Yragorry del Estado Aragua, es decir, era perfectamente factible pensar que el recurrente confiara que era esa y no otra, la cuantía que le iba a ser exigida a la hora de anunciar un nuevo recurso de casación, mucho más, cuando esa era la postura de la Sala de Casación Civil de este Tribunal, aun cuando ya había sido dictada la Resolución N° 619 por parte del entonces Consejo de la Judicatura, que aumentó la cuantía para recurrir a casación de Bs. 250.000,00 a Bs. 5.000.000,00.

La sentencia del 6 de mayo de 1999, a través de la cual se decidió el recurso de hecho intentado, no hace más que ratificar el criterio anterior, y en consecuencia admitió el recurso de casación y ordenó su tramitación.

Ahora bien, la sentencia recurrida, dictada el 31 de octubre de 2000, basándose en una decisión de la propia Sala de Casación Civil del 13 de abril de 2000, cambió el criterio que venía sosteniendo, y estableció como perentorio, cumplir con una nueva exigencia de la Sala, para casos similares al que se estudia, dejando sin efecto la admisión del recurso de casación, el cual había sido anunciado incluso con anterioridad al fallo del 13 de abril de 2000, motivo por el cual esta Sala Constitucional considera que se violó el principio de seguridad jurídica que debe garantizar el Estado Venezolano.

Quiere dejar claro esta Sala, que no se trata de que los criterios jurisprudenciales no sean revisados, y sincronizados con las exigencias propias del desarrollo y cambio social, sino que esa revisión no sea aplicada de manera indiscriminada, ni con efectos retroactivos, vale decir, que los requerimientos que nazcan del nuevo criterio, sean exigidos para los casos futuros, y que se respeten en consecuencia, las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existían para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente.

Considera la Sala, que negar la admisión de un recurso de casación previamente admitido, y bajo las circunstancias antes expuestas, es nugatorio de la garantía de ser juzgado por un juez natural, establecida en el numeral 4 del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual conlleva la violación del derecho a un debido proceso, y el hecho de que la Sala Civil no examine los argumentos de la recurrente, en contra de la sentencia de reenvío, va en detrimento directo del derecho a la defensa, todo lo cual se conjuga y sin lugar a dudas impide que la administración de justicia imparta una tutela judicial efectiva”.

De la sentencia parcialmente transcrita se desprende que, en criterio de la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, los cambios de criterio solo pueden aplicarse con efectos *ex nunc*, es decir, a futuro desde la publicación de la sentencia que estableció el nuevo criterio y, además, para los casos que se hubiesen planteado con posterioridad al mismo, pues los expedientes iniciados con anterioridad a la nueva doctrina, se encuentran

vinculados a la expectativa legítima de ser resueltos conforme a la doctrina vigente al momento de su interposición, salvo que el cambio de criterio beneficie al justiciable y en consecuencia, no afecte negativamente su situación procesal (*Vid.* sentencia N° 1350 dictada por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal el 5 de agosto de 2008, en el caso Desarrollo Las Américas, C.A.).

En otras palabras, la aplicación inmediata y con efectos *ex tunc* de un criterio jurisprudencial, viola el principio de seguridad jurídica, que es precisamente lo ocurrido con los constantes cambios de criterio expresados por la Sala Constitucional del Máximo tribunal durante los años 2000 al 2008 en materia de la aplicación preferente, inmediata y directa del derecho internacional de los derechos humanos.

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, los procesos de integración no solo son más complejos que los tradicionales procesos de cooperación, debido a que adicionalmente a los elementos jurídicos y políticos que comparten, incorporan elementos sociológicos y económicos propios, sobre los cuales, se tiende a la creación progresiva de un área donde se desarrolla la libre circulación de bienes, capitales, servicios y personas.

Ambos procesos, inician con una etapa de intergubernamentalidad, pero como observamos *supra*, pueden derivar hacia la supranacionalidad y con ello, a la atribución del ejercicio de competencias a organizaciones externas, con autonomía, independencia y capacidad de decisión coercitiva, para actuar en favor del interés común que se persigue con el proceso de coordinación o integración, según sea el caso.

En el caso concreto del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y dentro de él, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un proceso de cooperación, ya que no tiende a la unidad de las naciones que lo integran, ni tiene objetivos económicos, sino, a alcanzar un nivel común de protección de los derechos humanos.

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un tribunal internacional y como tal, se informa de los principios de independencia e imparcialidad, lo cual, le confiere autonomía. Tiene poder de decisión sobre los asuntos que le competen y capacidad de coacción para el cumplimiento obligatorio de sus decisiones y por último, el Tratado del cual deriva, tiene aplicación directa y preferente sobre el ordenamiento interno, con lo cual, cumple con los cuatro supuestos esenciales de la supranacionalidad.

En otros términos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano supranacional creado en el marco de un proceso de cooperación, frente a la cual y pese a lo sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, no cabe oponer la noción de soberanía, pues los derechos humanos en sí mismos y las instituciones concebidas para salvaguardarlos, son precisamente límites a la soberanía de los Estados. Límites que en Venezuela tienen reconocimiento constitucional expreso y que por tanto, forman parte del denominado bloque de la constitucionalidad, por lo que su desconocimiento, no solo menoscaba el Texto Fundamental, sino al principio de universalidad que informa a los derechos humanos y su protección por parte del Sistema Interamericano de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Ayala, C. *La Ejecución de Sentencias de La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Estudios Constitucionales N° 5, Universidad de Talca, 2007.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (2000). Gaceta Oficial de la República de Venezuela. N° 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisión del 5 de agosto de 2008, en el caso Apitz Barbera

García de Enterría, E. y Fernández, T. *Curso de Derecho Administrativo*, 7° Edición. Tomo II, Editorial Cívitas, Madrid 2000.

García Morillo, J. *Derecho Constitucional* Vol. I. Cuarta Edición. Valencia. 2000.

Gómez Apac, H. *Apuntes de Derecho Comunitario Andino*. Editorial San Gregorio. Ecuador 2019.

Nieto Navia, R. "La Democracia como Marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* N° 20. Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica 1989.

Kaune Arteaga, W. "La necesidad de la integración y el orden y ordenamiento jurídico comunitario", en *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Testimonio Comunitario – Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*. Editado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Quito 2004.

Savid-Bas, L. La integración, proceso de transformación política y jurídica de la Comunidad Internacional, en *AA. VV* (Zlata Drnas de Clémet, Coordinadora), *Estudios de Derecho Internacional*. En homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro, Tomo II. Drnas - Lerner Editores, Córdoba, 2002.

Suárez, J. *El Derecho Administrativo en los procesos de Integración: La Comunidad Andina*. Editorial FUNEDA, Caracas 2005.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional sentencia N° 1942, dictada el 15 de julio de 2003, en el caso Chavero.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional sentencia N° 1350, dictada el 5 de agosto de 2008, en el caso Desarrollo Las Américas, C.A.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional sentencia N° 1265, dictada el 5 de agosto de 2008, en el caso Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional sentencia N° 87, dictada el 14 de marzo de 2000, caso Elecentro.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional sentencia N° 1309, dictada el 19 de julio de 2001, caso Hermann Escarrá.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional sentencia N° 562, dictada el 21 de mayo de 2013, en el caso Otoniel Pautt Andrade.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional sentencia N° 967, dictada el 4 de julio de 2012, en el caso Pedro Perera Riera.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional sentencia N° 1032, dictada el 5 de mayo de 2003, en el caso POLIFLEX, C.A.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional sentencia N° 3180, dictada el 15 de diciembre de 2004, en el caso: Tecnoagrícola Los Pinos Tecpica, C.A.

EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN: OPACIDAD, CORRUPCIÓN Y VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA

Carlos Reverón Boulton

Abogado

*Unamos nuestras fuerzas para el restablecimiento
de la alta dignidad de nuestros semejantes oprimidos*
Juan Germán Roscio

Resumen: *Estudio del derecho de acceso a la información pública para destacar su importancia en el fortalecimiento de la democracia, lo que permite la participación ciudadana en los asuntos públicos y cómo su desconocimiento es un signo inequívoco que fomenta la corrupción y la violación de derechos humanos como ha sucedido en Venezuela.*

Palabras clave: *Información pública, democracia, derechos humanos, transparencia, corrupción.*

Abstract: *Study on the right to access public information and its importance in the strengthening of democracy, which allows citizen participation in public matters and analysis on how its denial is an unequivocal sign of encouraging corruption and the violation of human rights, as is the case of Venezuela.*

Key words: *Public information, democracy, human rights, transparency, corruption.*

INTRODUCCIÓN

Creemos que es importante desarrollar algunos aspectos concernientes al derecho de acceso a la información dada su trascendencia en una sociedad democrática, ya que no es posible hablar de democracia sin que exista transparencia en el ejercicio de la función pública para la consiguiente participación y control ciudadano en los asuntos de su interés. Respecto a este fundamental punto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante RELE) afirma lo siguiente:

“Los ciudadanos se pueden definir por oposición a los súbditos. Los ciudadanos cuestionan, piden, demandan. Los ciudadanos son ruidosos, se quejan, critican. Los súbditos, por el contrario, obedecen. Aceptan y callan. Están cómodos en el silencio y no cuestionan. No hace falta decir que las democracias exigen ciudadanos y ciudadanas militantes: el acceso a la información es una herramienta que se ajusta perfectamente a lo que se espera de los miembros de una sociedad democrática. En sus manos, la información pública sirve para proteger derechos y prevenir abusos de parte del Estado. Es una herramienta que da poder a la sociedad civil y es útil para luchar contra males como la corrupción y el secretismo, que tanto daño hacen a la calidad de la democracia en nuestros países”¹.

¹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%20da%20edicion.pdf>

Es así como el sistema interamericano de derechos humanos ha sido el primero en reconocer el derecho de acceso a la información como un derecho humano², lo cual comporta no solo la obligación del Estado de atenderlo sino, más importante aún, permite el control judicial ante su desconocimiento en el ámbito interno e internacional. Se trata entonces de un avance de una importancia significativa, pues la transparencia y acceso a la información pública deja de ser un postulado meramente teórico dentro de los elementos que pueden definir la existencia de una democracia robusta para convertirse en un derecho humano tutelable judicialmente.

Bajo estas premisas fundamentales, de seguidas estudiaremos las implicaciones más importantes de ese derecho humano que trasciende la esfera individual y se circunscribe como uno de los requisitos indispensables para el funcionamiento de la democracia, de manera que los Estados deben atenderlo y para tal fin tienen la obligación de respetarlo y de adoptar las medidas legislativas y de cualquier índole para hacer efectivo ese derecho.

Adicionalmente, el acceso a la información también está vinculado al derecho a una buena Administración y a la Administración electrónica (*e-Administración*), por lo que desde diferentes perspectivas estudiaremos y observaremos su importancia y la imposibilidad que sea desatendido por el Estado, tal y como sucede en Venezuela, por lo que respecto a esa situación particular y sus consecuencias también nos referiremos.

I. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO HUMANO

En la introducción hemos indicado que el derecho de acceso a la información ha sido reconocido como un derecho humano en el ámbito interamericano de derechos humanos. Ello es así, pues se desprende de lo establecido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por ende, los Estados tienen la obligación positiva de brindar la información que obre en su poder a sus ciudadanos. El acceso a la información –conforme a Aguiar– queda sujeto a los siguientes principios que se desprenden de la Convención Americana:

- (1) *El principio de la democracia*, ya que tal libertad es su “columna vertebral” y aquella no se entiende al margen de la opinión pública y del pluralismo informativo, dentro de cuyo contexto, como lo sostiene la Relatoría para la Libertad de Expresión, el acceso a la información “es una herramienta fundamental para la construcción de ciudadanía”
- (2) *el principio de la transversalidad*, pues al ceder dicha libertad de expresión y junto a ella la democracia, ceden los demás derechos, pues al amparo del silencio de la información pública encuentra espacio propicio la impunidad y, por lo mismo, el acceso a la información es, igualmente, “herramienta para el ejercicio informado de otros derechos”;
- (3) *el principio de la inherencia*, por cuanto la libertad de pensamiento y expresión, y de suyo la búsqueda de la verdad personal o ciudadana y para ello el acceso a la información, es propia de la naturaleza humana, que al alcanzar su pleno desarrollo –el desarrollo de la personalidad– trasvasa obligatoriamente hacia el plano de cuanto interesa a la cosa pública (*rēs pública*);
- (4) *el principio de la progresividad*, pues al ser perfectible la persona humana, el núcleo pétreo de sus derechos se expande, crece con ella sin carácter reversible; en fin,
- (5) *el principio pro homine et libertatis*, pues la libre expresión del pensamiento y la información tienen en la democracia su finalidad y propósitos –construir los espacios de la

² Ello sucedió gracias a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006.

democracia y controlar democráticamente el poder— en cuyo caso y al colisionar sus exigencias con el Estado y sus funcionarios, el hombre y su libertad han de ser preferidos por el exégeta de la norma”³.

Téngase en cuenta que el derecho de acceso a la información pública debe ser siempre entendiendo en estrecha vinculación con el derecho de participación ciudadana, ya que ella se tornaría imposible o carente de sentido ante la ausencia de información suficiente e idónea para interpelar y cuestionar a sus representantes y su gestión pública o para realizar las propuestas más acertadas cuando así lo requieran y, especialmente, en los procedimientos de consulta pública, cualquiera sea su naturaleza o fin⁴.

1. *Objeto: información pública que debe ser accesible y pública*

El derecho de acceso a la información está supeditado a los principios de máxima divulgación y buena fe. El primero, alude a que por regla general se debe permitir el acceso a la información, ante la duda o vacío legal debe prevalecer el derecho en cuestión, las limitaciones solo podrán ser excepcionales (régimen limitado y de interpretación restrictiva), por lo que toda negativa debe ser motivada y corresponde al Estado demostrar que se está ante una excepción⁵. El principio de buena fe persigue que los sujetos obligados a dar la información a los ciudadanos actúen de manera que interpreten las normas para favorecer ese derecho y promover así la transparencia⁶.

El objeto concreto de este derecho es todo documentado vinculado a la actividad pública, sea definitivo o preparatorio, vale decir, que sea de interés público para evaluar esa actividad, de manera que no se excluya ningún tipo de información (salvo excepciones establecidas claramente por ley).

³ Aguiar, Asdrúbal. “Transparencia y calidad de la democracia” en *Revista de Derecho Público* N° 153-154. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018, p. 33.

⁴ “86. En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006).

⁵ Todos estos extremos se pueden observar en los párrafos 92, 98 y 122 de la sentencia de la Corte Interamericana del 19 de septiembre de 2006, a la que ya nos hemos referido.

⁶ En ese sentido la Corte Interamericana ha señalado que “230. Asimismo, para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de este derecho [de acceso a la información] es necesario que la legislación y la gestión estatales se rijan por los principios de buena fe y de máxima divulgación, de modo que toda la información en poder del Estado se presuma pública y accesible, sometida a un régimen limitado de excepciones. Igualmente, toda denegatoria de información debe ser motivada y fundamentada, correspondiendo al Estado la carga de la prueba referente a la imposibilidad de relevar la información [demostrando, incluso en ausencia real de ella, que ha adoptado todas las medidas a su alcance para comprobarlo], y ante la duda o el vacío legal debe primar el derecho de acceso a la información. Por otro lado, la Corte recuerda lo indicado sobre la obligación de las autoridades estatales de no ampararse en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información en casos de violaciones de derechos humanos (supra párr. 202)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: *Gomes Lund y otros vs. Brasil*. Sentencia del 24 de noviembre de 2010).

Particularmente, en el sistema interamericano se ha sostenido que ese derecho se refiere al acceso a la información bajo el control del Estado, archivada bajo cualquier medio, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención, por lo que los Estados deben asegurar el respeto al derecho de acceso a la información, adoptando la legislación apropiada y poniendo en práctica los medios necesarios para su implementación⁷.

2. *Legitimación activa y pasiva*

La legitimación activa corresponde, sin discriminación, a todas las personas (físicas y jurídicas), y a las nacionales como a las extranjeras⁸, *sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal*⁹. Quien reciba la información puede transmitirla al resto de la sociedad para su valoración, con lo cual se garantizarán también los derechos de libertad de pensamiento y expresión que también debe proteger el Estado, por lo que el derecho de acceso a la información tiene *de manera clara las dos dimensiones, individual y social*¹⁰.

Se debe insistir que la petición del ciudadano no debe estar motivada, en todo caso la motivación se exige al Estado cuando no acceda a dar la información solicitada y, por tanto, debe demostrar la causa que motiva la denegación¹¹.

En lo que se refiere a la legitimación pasiva, ésta se extiende *a todos los órganos públicos en todos los niveles de gobierno, incluyendo a los pertenecientes al poder ejecutivo, al legislativo y al poder judicial, a los órganos creados por las constituciones o por otras leyes, órganos de propiedad o controlados por el gobierno, y organizaciones que operan*

⁷ Vid.: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: *Gomes Lund y otros vs. Brasil*. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, párr. 197 y CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08), *Principios sobre el derecho de acceso a la información*, del 7 de agosto de 2008. Recuperado de: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf

Téngase en cuenta que el punto resolutivo número 10 de esos principios establece que “Deben adoptarse medidas para promover, implementar y asegurar el derecho de acceso a la información incluyendo la creación y mantenimiento de archivos públicos de manera seria y profesional, la capacitación y entrenamiento de funcionarios públicos, la implementación de programas para aumentar la importancia en el público de este derecho, el mejoramiento de los sistemas de administración y manejo de información, y la divulgación de las medidas que han tomado los órganos públicos para implementar el derecho de acceso a la información, inclusive en relación al procesamiento de solicitudes de información”.

⁸ Vid.: artículo 2.1 del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: *Gomes Lund y otros vs. Brasil*. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, párr. 197.

¹⁰ *Ibidem*.

Respecto a esta doble dimensión, Aguiar señala que “Finalmente, en cuanto a las citadas dimensiones del derecho de acceso a la información, cabría considerar que junto a la dimensión individual y positiva cuya especificidad destaca la jurisprudencia más reciente de la Corte Interamericana (Caso *García y familiares vs. Guatemala*, Sentencia de 29 de noviembre de 2012), su dimensión colectiva, como parte de la libertad de pensamiento y expresión: referida a la sociedad en su conjunto y que puede suscitar dudas en cuanto a la legitimación activa para el ejercicio de señalado derecho, alude mejor al derecho de todos a recibir información o a su acceso pasivo, sea directamente por el Estado o por quien, disponiendo de información que ha recibido de éste la difunde o divulga” (Aguiar, Asdrúbal. *Ob. Cit.*, p. 32).

¹¹ Esas exigencias han sido establecidas por la Corte Interamericana en el Caso: *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, párrs. 77 y 93 y en el Caso: *Gomes Lund y otros vs. Brasil*. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, párr. 230.

*con fondos públicos o que desarrollan funciones públicas*¹². La RELE ha establecido la obligación de transparencia activa que consiste en lo siguiente:

“32. El derecho de acceso a la información impone al Estado la obligación de suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa, por lo menos en cuanto a: (a) la estructura, funciones y presupuesto de operación e inversión del Estado; (b) la información que se requiere para el ejercicio de otros derechos –por ejemplo, la que atañe a la satisfacción de los derechos sociales como los derechos a la pensión, a la salud o a la educación–; (c) la oferta de servicios, beneficios, subsidios o contratos de cualquier tipo; y (d) el procedimiento para interponer quejas o consultas, si existiere. Dicha información debe ser completa, comprensible, con un lenguaje accesible y encontrarse actualizada. Asimismo, dado que sectores importantes de la población no tienen acceso a las nuevas tecnologías y, sin embargo, muchos de sus derechos pueden depender de que conozcan la información sobre cómo hacerlos efectivos, el Estado debe encontrar formas eficaces para realizar la obligación de transparencia activa en tales circunstancias”¹³.

Siendo así, todas esas autoridades están obligadas a proporcionar información sobre su funcionamiento y actividad (independientemente de su naturaleza pública o privada), presupuesto, normas de organización y procedimiento y las demás indicadas por la RELE. Sobre este punto es importante remarcar que aquellos sujetos privados que prestan servicios que trasciendan al interés general, es posible que por su naturaleza sea necesario establecer limitaciones específicas a la información que esté obligada a suministrar, pero en ese caso se entiende que la excepcionalidad debe ser razonable, debidamente justificada y establecida legalmente, por cuanto esa es una exigencia general del libre acceso a la información pública.

3. *El procedimiento de acceso: plazo y silencio, denegación motivada y vía de recurso*

Resulta necesario que el Estado suministre de forma oportuna y completa la información solicitada o, en todo caso, informar y demostrar las razones que le impiden atender esa obligación, para lo cual debe motivar su decisión con arreglo a las excepciones que establece la ley. Tanto el plazo para dar respuesta como los recursos en vía administrativa y judicial que se prevean deben contar con lapsos que aseguren la agilidad para acceder a la información sin dilaciones irrazonables¹⁴. De manera concreta, la RELE sobre este particular ha señalado lo que sigue:

“26. La adecuada satisfacción del derecho de acceso a la información supone la necesidad de incorporar en el ordenamiento jurídico un recurso efectivo e idóneo que pueda ser utilizado por todas las personas para solicitar la información requerida. Para garantizar la verdadera universalidad del derecho de acceso, este recurso debe reunir algunas características: (a) debe ser un recurso sencillo, de fácil acceso para todas las personas, que sólo exija el cumplimiento de requisitos básicos tales como: la identificación razonable de la información solicitada y los datos requeridos para que la administración pueda entregarle la información al interesado; (b) debe ser gratuito o de bajo costo, de tal forma que no desaliente las solicitudes de información; (c) debe establecer plazos cortos pero razonables para que las autoridades suministren la información requerida; (d) debe permitir que las solicitudes se hagan de forma oral en los casos en que no pueda realizarse por escrito, por ejemplo, por no conocer la lengua, por no saber escribir o en situaciones de extrema urgencia; (e) debe establecer la obligación de la

¹² Punto resolutivo número 2 de los Principios sobre el derecho de acceso a la información ya referidos. A esos sujetos también alude el artículo 1 del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos.

¹³ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Ob. Cit.*

¹⁴ Ver al respecto el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos.

administración de asesorar al solicitante sobre la manera de formular la solicitud, incluyendo la asesoría sobre la autoridad facultada por la ley para responder, incluso hasta el punto de que la propia autoridad haga la correspondiente remisión informando del trámite a la persona interesada; y (f) debe establecer la obligación de que la respuesta negativa sea motivada y la posibilidad de que ésta pueda ser impugnada ante un órgano superior o autónomo y posteriormente cuestionada en la vía judicial¹⁵.

Corresponderá a la ley la establecer una de las siguientes vías para satisfacer el derecho bajo estudio, a saber: (i) que la información la suministre la autoridad a la cual va dirigida la petición, atendiendo a la legitimación pasiva señalada *supra*, para lo cual podrán crear una dependencia con competencia específica para atender las peticiones de solicitud de información (ii) crear una nueva autoridad con funciones relativas al derecho de acceso a la información o (iii) obligar a una autoridad ya existente (como el Defensor del Pueblo, por ejemplo) a ejercer las atribuciones relacionadas con derecho de acceso a la información y protección de datos personales.

Ante la negativa (que insistimos debe ser motivada) o silencio, es preciso que también se cuente en el ámbito interno con un recurso judicial efectivo. Esa obligación existe a tenor de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana ha entendido y reconocido que se trata de un derecho fundamental y esencial para el Estado de Derecho y el establecimiento de una sociedad democrática (sentencia del 3 de noviembre de 1997, Caso: *Castillo Páez vs. Perú*).

Por tanto, es preciso tener en cuenta que la Corte Interamericana a través de la Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987 precisó que un recurso será efectivo cuando provea lo necesario para remediar la violación que ha sido denunciada. Lo cual resulta lógico porque la tutela judicial efectiva comprende desde el derecho de acceso a la justicia hasta la ejecución de lo decidido por la autoridad judicial.

4. *Proporcionalidad y daño efectivo en la aplicación de excepciones*

Debido al alcance y contenido del derecho de acceso a la información, es entendido como un derecho que no es absoluto y, por tanto, admite excepciones, por lo que es tolerable que la ley establezca ciertas limitaciones para proteger intereses públicos o personales¹⁶. Debe recalarse, nuevamente, que el acceso a la información debe ser la regla y que cualquier negativa debe estar motivada por la autoridad. En consecuencia, toda limitación debe ser interpretada de manera restrictiva para no vaciar de contenido el derecho.

Las excepciones que se impongan por ley deben ser claras y objetivas y, en la medida de lo posible, referirse concretamente al contenido del documento y la naturaleza de la información exceptuados, de manera que exista proporcionalidad respecto a la información y otros derechos que pretendan protegerse.

¹⁵ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Ob. Cit.*
Esta obligación también ha sido contemplada por la Corte Interamericana en el Caso: *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, párr. 163 y en el Caso: *Gomes Lund y otros vs. Brasil*. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, párr. 231.

¹⁶ Ello ha sido afirmado por la Corte Interamericana en el Caso: *Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, párr. 89-91 y en el Caso: *Gomes Lund y otros vs. Brasil*. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, párr. 219.

Las limitaciones que se consagren legalmente deben atender a lo establecido en el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tales limitaciones deben necesariamente contemplarse en la ley y, ante cualquier duda, debe prevalecer el derecho bajo estudio. Respecto a la proporcionalidad la RELE sostiene que:

“...cualquier restricción en el acceso a la información en poder del Estado, para ser compatible con la Convención Americana, debe superar una prueba de proporcionalidad en tres pasos: (a) debe estar relacionada con uno de los objetivos legítimos que la justifican; (b) debe demostrarse que la divulgación de la información efectivamente amenaza con causar un perjuicio sustancial a ese objetivo legítimo; y (c) debe demostrarse que el perjuicio al objetivo es mayor que el interés público en contar con la información”¹⁷.

La autoridad obligada a suministrar la información debe evaluar, a través de un *harm test*, si el acceso a la información protegida por una excepción efectivamente causará un daño verdadero o de poca importancia. Así, la proporcionalidad persigue atemperar la excepción legal que se establezca para conceder el acceso parcial sin necesidad de denegar totalmente ese derecho. En el sistema europeo de derechos humanos se contempla que la excepción puede omitirse si el interés público así lo requiere¹⁸. Incluso, el transcurso del tiempo puede ser una variable a tomar en consideración para que no se produzca el posible daño que puede entrañar la entrega de la información, cuestión que también debe estar establecido legalmente¹⁹.

¹⁷ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Ob. Cit.*, párr. 53.

¹⁸ El artículo 3.1 del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos consagra ello del modo que sigue: “El acceso a la información contenida en un documento oficial puede ser rechazado si puede o probablemente pueda dañar los intereses mencionados en el párrafo 1, a menos que haya un interés público que prevalezca en dicha revelación”.

¹⁹ Lo aquí expuesto se encuentra previsto en el memorándum explicativo (*explanatory report*) del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, según el cual: “36. Paragraph 2 of Article 3 expresses two important principles, the “harm-test” principle and the principle of balancing the interest of public access to official documents against the interest protected by the limitation.

37. If public access to an official document does not cause any harm to one of the interests listed in paragraph 1, there should be no limitations on access to that document. If public access to a document might cause harm to one of these interests, the document should still be released if the public interest in having access to the document overrides the protected interest.

38. The “harm test” and the “balancing of interests” may be carried out for each individual case or by the legislature through the way in which the limitations are formulated. Legislation could for example set down varying requirements for carrying out harm tests. These requirements could take the form of a presumption for or against the release of the requested document or an unconditional exemption for extremely sensitive information. When such requirements are set down in legislation, the public authority should make sure whether the requirements in the statutory exceptions are fulfilled when they receive a request for access to such an official document. Absolute statutory exceptions should be kept to a minimum.

39. The outcome of the “harm-test” is closely connected with the lapse of time. For some limitations, certain events inevitably lead to the cessation of that limitation. In other instances, the passage of time may reduce the damage of release of the information” (recuperado de: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3836>).

5. Acceso a la información y protección de datos personales

La protección de datos personales²⁰ quizás sea la excepción más importante que se pueda imponer legalmente para negar el acceso a la información²¹. Ambos derechos deben administrarse de manera que los sujetos mencionados *supra* puedan cumplir con la obligación que impone suministrar la documentación requerida por los ciudadanos. La antagonía entre ambos derechos debe ser armonizada siguiendo las pautas mencionadas en el punto anterior, vale decir, a través de la proporcionalidad.

Para lograr esa armonía entre ambos derechos es necesario que legislativamente se defina claramente lo que debe entenderse por datos personales y los casos en que su divulgación requiera de la aprobación expresa de la persona afectada, de manera que esa importante excepción impida la arbitrariedad o discrecionalidad de la autoridad al momento de atender el derecho de acceso a la información y así reducir al mínimo los casos de colisión entre el derecho de acceso a la información y la protección de datos personales.

En este caso particular debe evaluarse si la persona expresamente denegó la divulgación de la información, pero, volviendo a lo propuesto respecto a la proporcionalidad, en este supuesto se debe examinar a través del *harm test* si aún así es posible suministrar la información en atención al interés público, el transcurso del tiempo o bien optar por proporcionar la información de manera parcial (omitiendo los datos personales). Un ejemplo de esta excepción que puede atemperarse, según la ponderación y atendiendo al fin perseguido por el derecho de acceso a la información, es la relativa a los ingresos de determinados funcionarios por el ejercicio del cargo que ostentan, en cuyo caso, el derecho a la intimidad debería ceder ante la obligación de transparencia y su importancia respecto al control ciudadano en lo concerniente al gasto público. De manera que queda claro que las excepciones deben ser interpretadas en cada caso particular para favorecer el acceso a la información como regla general.

²⁰ Sobre este asunto se ha pronunciado la Sala Constitucional en la sentencia N° 1318 del 4 de agosto de 2011 (caso: *Germán José Mundarain Hernández*).

En Venezuela no existe una ley que regule la protección de datos personales. Un buen ejemplo en esta materia es el Reglamento General para la Protección de Datos de la Unión Europea que entró en vigor el 25 de mayo de 2018 y que establece, entre otras cosas, que los datos personales serán de tratamiento lícito si cuentan con el consentimiento del interesado (art. 6.1.a), las condiciones para ese consentimiento están reguladas en el artículo 7, están prohibidos los datos que revelen el origen étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, salud y orientación sexual (art. 9), también está prohibido el tratamiento de datos personales relativos a condenas penales (art. 10) y está previsto el derecho de rectificación y el derecho al olvido (arts. 16 y 17).

²¹ En Venezuela lo relativo a la protección de datos personales ha sido desarrollado por José Rafael Belandria García en los siguientes estudios:

1. Belandria García, José Rafael. "Recolección e intercambio de datos de carácter personal por medios telemáticos en Venezuela, de acuerdo con la Ley de Infogobierno" en *Boletín Electrónico de Derecho Administrativo* N° 2. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2017. Recuperado de: [http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/BEDA/Numero%202%20\(2017\)/Art%204.pdf](http://w2.ucab.edu.ve/tl_files/POSTGRADO/BEDA/Numero%202%20(2017)/Art%204.pdf)

2. Belandria García, José Rafael. "Expediente administrativo electrónico, protección de datos personales y transparencia administrativa" en *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración Pública. Con motivo de los 25 años de FUNEDA*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo y Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2019.

3. Belandria García, José Rafael. "El Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea relativo a la protección en el tratamiento de datos personales, derechos de los interesados y tutela judicial efectiva" en *Temas fundamentales de Derecho Público en homenaje a Jesús González Pérez*. Asociación Venezolana de Derecho Administrativo, Centro para la Integración y el Derecho Público y Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2020.

II. DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN, DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

En Venezuela, a diferencia de lo que sucede en Europa, el derecho a una buena Administración no es un derecho fundamental²². Sin embargo, su existencia se desprende de lo establecido en el artículo 141 constitucional, vale decir, debido al carácter vicarial de la Administración Pública, cuya actividad, según esa norma, queda sujeta a los principios de *honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho*²³.

El derecho a una buena Administración supone un cambio de visión en el Derecho Administrativo para superar la perspectiva tradicional de tensión y equilibrio entre las potestades de la Administración y las garantías del ciudadano. El derecho a una buena Administración es predicable en sociedades democráticas, en las que el acento de la actividad administrativa se pone en la persona, el ciudadano y la promoción y satisfacción de sus derechos²⁴. El derecho a una buena Administración puede ser entendido tanto como un principio como un derecho subjetivo (fundamental)²⁵.

Su consagración persigue fortalecer la democracia, ya que la Administración debe dirigir su actividad al servicio de los ciudadanos –de manera objetiva– para satisfacer y promover sus derechos y libertades, es esto lo que justifica su concepción. Así, el núcleo esencial de ese derecho está, tanto en el carácter vicarial (guiado por los principios de subsidiariedad, menor intervención y *favor libertatis*), como en la transparencia y la participación, especialmente, en la toma de decisiones que más se correspondan con el interés general que tutela, tomando en consideración la opinión de todos los sectores involucrados. La participación ciudadana resulta necesaria y es uno de sus aspectos fundamentales debido a que apuntala y fortalece la democracia (mientras más abierta y plural, más democrática resulta la sociedad). Meilán Gil apuntaba que el adjetivo bueno para hacer referencia a la actividad administrativa conlleva a una connotación ética, que en el ámbito de la Administración Pública se traduce en el cumplimiento del fin que justifica su existencia y en la realización del derecho²⁶.

Concretamente, la transparencia, en lo que respecta a la Administración, se traduce en la obligación de informar a los ciudadanos todo lo concerniente a la actividad administrativa que realiza (función, competencias, organización, procedimientos, resultados, presupuesto y gastos, entre otros) para el necesario control de esa actividad. Transparencia y participación son esencialmente elementos de la democracia, la reserva en la publicidad de la información

²² En Europa se trata de un derecho fundamental debido a que se encuentra consagrado en el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

²³ *Vid.*: Hernández G., José Ignacio. “La buena Administración en Venezuela” en *Estudios sobre la buena Administración en Iberoamérica*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 176-196. El derecho a una buena Administración también tiene importantes implicaciones respecto al procedimiento administrativo que en esta oportunidad no analizaremos por no ser el objeto del presente estudio.

²⁴ Jinesta L, Ernesto. “Derecho a la buena Administración en Costa Rica” en *Estudios sobre la buena Administración en Iberoamérica*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 201.

²⁵ *Vid.*: Rodríguez-Arana, Jaime. “La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa” en *Estudios sobre la buena Administración en Iberoamérica*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 101-144.

²⁶ Meilán Gil, José Luis. “La buena Administración como institución política” en *Estudios sobre la buena Administración en Iberoamérica*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 73.

es inadmisibles y solo puede ser tolerable de manera muy excepcional, justificada y razonada y únicamente cuando la ley lo permita. Rodríguez-Arana eleva a la transparencia como uno de los principios que conforman el derecho a una buena Administración y a la participación como un derecho integrante de aquél²⁷.

Debe distinguirse, en el ámbito administrativo, el acceso a la información dentro de un procedimiento administrativo, en el que el interesado necesariamente debe participar para ejercer su defensa y conocer la decisión que se dicte y pueda afectar sus derechos e intereses, del acceso a la información fuera del procedimiento administrativo y cuyo objeto es fomentar la transparencia. En el primer supuesto es donde cobra especial relevancia el equilibrio entre acceso a la información y la protección de datos personales²⁸.

Evidentemente, la transparencia, como principio y obligación, apunta a erradicar la corrupción al permitir el control de la actividad desarrollada gracias a la información que se transmite abierta y oportunamente. Así, cabe afirmar que existe una estrecha vinculación entre el derecho de acceso a la información, la transparencia, la participación, la libertad de pensamiento y la libertad de expresión (recibir información y gracias a ello poder formarse un criterio que pueda ser expuesto sin censura). Sobre la relación entre derecho de acceso a la información, transparencia y democracia la RELE afirma que:

“El acceso a la información constituye una herramienta esencial para combatir la corrupción, hacer realidad el principio de transparencia en la gestión pública y mejorar la calidad de nuestras democracias, signadas por una cultura de secretismo y por organismos públicos cuyas políticas y prácticas de manejo físico de la información no están orientadas a facilitar el acceso de las personas a la misma”²⁹.

En un sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo lo siguiente:

“84 (...) La Asamblea General de la OEA en diversas resoluciones consideró que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información.

²⁷ Rodríguez-Arana, Jaime. “El derecho fundamental de la persona a la buena Administración (principios y derechos integrantes)” en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano N° 11*. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2018, p. 314 y 316. Recuperado de: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2018/02/El-derecho-fundamental-de-la-persona-a-la-buena-administración-JRA.pdf>

²⁸ Sobre este aspecto Rodríguez-Arana señala lo siguiente: “Se trata, de un derecho fundamental lógico y razonable que también se deriva de la condición que tiene la Administración Pública, también la comunitaria, de estar al servicio objetivo de los intereses generales, lo que implica, también, que en aras de la objetividad y transparencia, los ciudadanos podamos consultar los expedientes administrativos que nos afecten. Claro está, existen límites derivados del derecho a la intimidad de otras personas así como del secreto profesional y comercial. Es decir, un expediente en que consten estrategias empresariales no puede consultado por la competencia en ejercicio del derecho a consultar un expediente de contratación que le afecte en un determinado concurso” (Rodríguez-Arana, Jaime. “El derecho fundamental de la persona a la buena Administración (principios y derechos integrantes)” *Ob. Cit.*, p. 304). Ver notas 21 y 22.

²⁹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. Recuperado de: <http://cidh.oas.org/relatoria/section/Estudio%20Especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion.pdf>

(...)

86. En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Sentencia del 19 de septiembre de 2006).

Es necesario destacar la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, mediante la cual se establece que el derecho a una buena Administración es un derecho fundamental, una obligación de la Administración Pública y que además está integrado por una serie de derechos que permiten su real ejercicio por las personas, de manera que su respeto fomentará la participación y la transparencia. La participación es un principio reconocido en esa Carta para permitir que los ciudadanos puedan influir en los asuntos de su interés y como mecanismo de control de la actividad administrativa. La transparencia también es reconocida como un principio que permitirá a las personas conocer la información generada por las Administraciones Públicas, por las organizaciones sociales que manejen fondos públicos y por todas aquellas instituciones que realicen funciones de interés general, para lo cual deberán valerse de las Tecnologías de la Comunicación y la Información (TIC's) para difundir esa información. En concreto, las Administraciones Públicas tienen que ser transparentes en su gestión, abiertas al escrutinio público, tolerantes a la crítica y permeables a las propuestas de mejora y de cambio provenientes de la ciudadanía³⁰.

Vinculado con lo anterior, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública³¹ reconoce el derecho de los ciudadanos de participar en el diseño de las políticas públicas, desde su formulación hasta la evaluación de sus resultados, como un medio fundamental para fortalecer la democracia y el mejoramiento de su calidad de vida. Los Poderes Públicos deberán fomentar la participación por cuanto constituye una obligación impuesta a éstos y una responsabilidad cívica y para ello es necesario garantizar el derecho de las personas al acceso a la información pública (incluso sin que medie una solicitud previa) que garantice la transparencia³², por lo que para lograr esos importantes objetivos se establecieron un conjunto de principios para lograr la participación que no podrá llevarse a cabo si necesario los ciudadanos no cuentan con la información necesaria, oportuna y veraz en lo concerniente a las políticas públicas y a los procedimientos de consulta y participación en la gestión pública (que deberán ser constantemente evaluados por los organismos obligados a promoverlos)³³.

³⁰ Esto último ha sido establecido en la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública (Aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado celebrada en San Salvador, El Salvador el 26 y 27 de junio de 2008).

³¹ Aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado celebrada en Lisboa, Portugal el 25 y 26 de junio de 2009.

³² Esta obligación se puede observar en el capítulo III de la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública.

³³ Esto ha sido desarrollado en la sección II del capítulo IV de la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública.

Resulta evidente que en el mundo actual en el que vivimos insertos en la *sociedad de la información*, las nuevas tecnologías juegan un papel fundamental en la transmisión de información y de relaciones interpersonales, de manera que su utilización sirve como un instrumento para acercar a las personas a la Administración de una manera más expedita y dinámica. También permitirá que el derecho a una buena Administración se consolide y afiance aún más, toda vez que las TIC's son una herramienta para que la Administración sea más democrática, al estar más abierta al escrutinio público respecto a su gestión y a oír las propuestas que manifiesten todos los sectores interesados.

Para ello será necesario contar con sedes electrónicas de fácil acceso y navegación, que simplifiquen los procedimientos de consulta y de discusión de iniciativas ciudadanas (participación) y que garanticen la actualización periódica de la información sobre su actividad (transparencia). La ley deberá regular estos aspectos y permitir también que esa relación se permita por medios tradicionales para afianzar la igualdad y evitar la brecha digital e incluso establecer y estipular si la *e-Administración* comprende a las redes sociales en las que se pueda tener certeza respecto a su titular y definir los parámetros para la divulgación y tipo de información que se suministrará y si éstas tendrán un carácter complementario y de uso obligatorio en los casos que así determine el legislador como un mecanismo de interacción con los usuarios³⁴.

La Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico³⁵ contiene un conjunto de directrices (principios, deberes y derechos) tendientes a acercar y fomentar las relaciones de las personas con la Administración a través de las TIC's, como un mecanismo que conlleve hacia la transparencia para evitar la corrupción y generar confianza en su gestión, eliminar las barreras que distancian a los ciudadanos de la Administración para que se interesen en cómo llevan a cabo su actividad, promover la inclusión y la igualdad de todos en la sociedad de la información y la participación por medio de opiniones, sugerencias y seguimiento en las decisiones que se adopten y ejecuten respecto a las competencias atribuidas a los diferentes órganos y entes.

En concreto, la *e-Administración* representa una oportunidad y un útil instrumento para estrechar el vínculo entre la Administración y los ciudadanos, de intercambio expedito de propuestas para la constante mejora de la actividad administrativa, ajustada a las necesidades y las reales expectativas de las personas, quienes podrán promover los cambios que estimen necesarios al poder acceder con mayor facilidad a la información pública, lo que en definitiva se traduce en el real ejercicio del derecho a una buena Administración.

III. LA OPACIDAD, CORRUPCIÓN Y VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA

En Venezuela el acceso a la información pública, la transparencia y participación ciudadana se desprende de varias disposiciones constitucionales, tales como los artículos 28, 51, 58, 60, 62, 66, 132, 141, 143 y 293. En el ámbito legislativo esto también ha sido establecido, incluso con la utilización de las TIC's, entre esas normas se deben mencionar necesariamente

³⁴ Sobre esto último recomendamos la lectura de Sira Santana, Gabriel. "Aproximación al uso de redes sociales por parte de la Administración Pública" en *Transformación digital, modernización e innovación en la Administración Pública. Con motivo de los 25 años de FUNEDA*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo y Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2019.

³⁵ Aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado celebrada en Pucón, Chile el 31 de mayo y 1° de junio de 2007.

los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica de la Administración Pública³⁶ y 38 de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos³⁷, mediante los cuales se establece la obligación de utilizar la tecnología y que las Administraciones cuenten con una página en internet para informar al público sobre aspectos de interés.

También se debe mencionar la Ley Sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos Entre los Órganos y Entes del Estado³⁸, que establece el derecho de las personas a estar informados de los servicios que se prestan, a presentar peticiones y sugerencias de manera electrónica, las cuales deberán ser debidamente registradas por medios telemáticos (arts. 8, 9 y 11) y la Ley de Infogobierno³⁹, mediante la cual se establece el acceso a la información pública, de dirigir peticiones de cualquier naturaleza y a la utilización de páginas web y el uso de las TIC's para esos fines, la publicidad, transparencia, participación y la protección de datos personales (arts. 8.1, 8.4, 8.9, 13, 18, 19, 25, y 39.4).

El derecho de acceso a la información pública ha sido desatendido a pesar del claro mandato establecido en las normas señaladas precedentemente. El principal impedimento para su real ejercicio ha sido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Así tenemos que el primer obstáculo que se impuso está recogido en la sentencia N° 745 del 15 de julio de 2010 (caso: *Asociación Civil Espacio Público*), mediante la cual se afirmó lo siguiente:

“De dicha lectura se infiere que aun cuando el texto constitucional reconoce el derecho ciudadano a ser informado, determina límites externos al ejercicio de tal derecho, en el entendido de que no existen derechos absolutos, salvo en nuestro derecho constitucional el derecho a la vida. Así, la invocación del derecho constitucional a la información no actúa como causa excluyente de la antijuricidad.

De modo que, esta Sala determina con carácter vinculante, a partir de la publicación de esta decisión, que en ausencia de ley expresa, y para salvaguardar los límites del ejercicio del derecho fundamental a la información, se hace necesario: i) que el o la solicitante de la información manifieste expresamente las razones o los propósitos por los cuales requiere la información; y ii) que la magnitud de la información que se solicita sea proporcional con la utilización y uso que se pretenda dar a la información solicitada”.

Si bien es cierto que el derecho de acceso a la información acepta límites como se encuentra establecido en el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 143 de nuestra Constitución, resulta inadmisibles que se exija el propósito para el cual se solicita la información, pues como vimos, no es necesario motivar la petición o *acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal* y que la información recibida puede ser compartida para su valoración por la ciudadanía como un instrumento que garantice los derechos de libertad de pensamiento y expresión que también debe garantizar el Estado⁴⁰.

Brewer-Carías, al estudiar esta decisión, nos explica que la transparencia es un signo que distingue a las democracias y cuyo fin es asegurar la eficiencia y eficacia de la Administración, por lo que de existir alguna duda se debe favorecer siempre el acceso a la informa-

³⁶ Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario del 17 de noviembre de 2014.

³⁷ Gaceta Oficial N° 40.549 del 26 de noviembre de 2014.

³⁸ Gaceta Oficial N° 39.945 del 15 de junio de 2012.

³⁹ Gaceta Oficial N° 40.274 del 17 de octubre de 2013.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso: *Gomes Lund y otros vs. Brasil*. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, párr. 197.

ción, dejando la confidencialidad a casos extraordinarios y excepcionales, de manera que la *transparencia en el Gobierno responde a la idea política figurada en torno al principio de la denominada “casa de cristal” (la maison de verre), que después de muchos años de opacidad administrativa, comenzó a desarrollarse vinculada al simbolismo de lo visible, lo asequible y lo transparente, contrario a lo cerrado, misterioso, inasequible o inexplicable*⁴¹.

Como ha sucedido en otros casos, el Tribunal Supremo de Justicia se ha radicalizado aún más con la intención de restringir de manera absoluta el ejercicio del derecho bajo estudio, tal y como sucedió con la decisión de la Sala Político Administrativa N° 393 del 31 de marzo de 2011 (caso: *PROVEA*), a través de la cual se sostuvo que:

“Lo expuesto denota que el Jefe del Estado puede y debe hacer las designaciones que considere necesarias en su gabinete ministerial, en aras de cumplir los objetivos y metas propuestos en su gestión, actividad que en todo caso siempre deberá atender a los principios de razonabilidad, idoneidad, necesidad, eficacia y proporcionalidad.

Adicionalmente, estima la Sala que someter a los altos funcionarios a contestar peticiones de este estilo (en las que tenga que justificar y explicar las razones por las que toma cada decisión y si ha medido o no las consecuencias de sus actos) los distrae de lo verdaderamente importante que es dirigir las políticas públicas protegiendo los intereses del colectivo, lo cual atenta contra el principio de eficiencia que es uno de los principios rectores de la Administración Pública, previsto en el artículo 141 de la Constitución de 1999.

En el presente caso, considera este Alto Tribunal que los cambios efectuados en la máxima jefatura del Ministerio del Poder Popular de Vivienda y Hábitat, lejos de perseguir retrasar la actividad desplegada por ese despacho, ha buscado optimizar la política integral del Estado en materia de vivienda y hábitat, tratando de encontrar titulares cada vez más idóneos para el cargo y aplicando –cuando ha sido necesario– los correctivos correspondientes. Así se decide”.

Es intolerable que en una sociedad democrática se niegue el acceso a la información alegando la discrecionalidad del funcionario para actuar, pues en ese supuesto cobra más importancia la necesidad de razonar sus decisiones para el consiguiente escrutinio público y control. La Sala hace mención a la eficiencia como principio propio de la actividad administrativa y parece olvidar que en esa misma norma (art. 141 constitucional) la transparencia y rendición de cuentas son principios cardinales que permiten la participación cívica para poder debatir las resoluciones tomadas por nuestros representantes. Se debe destacar que una de las funciones propias del ejercicio del Poder Público es razonar las medidas que se tomen, entregando la información que se requiera para asegurar la transparencia, participación y libertad de expresión para afianzar el sistema democrático. Silva Aranguren critica que en esa decisión la Sala avale lo realizado por el Jefe de Estado, por lo que concluye que –con ese criterio– no tenemos derecho a cuestionar las decisiones que se tomen y mucho menos esperar que se suministre una respuesta que las justifiquen.

Por último, la Sala Político Administrativa en el fallo N° 1554 del 19 de noviembre de 2014 (caso: *Asociación Civil Espacio Público*), expresó los siguientes argumentos para impedir el ejercicio del derecho de acceso a la información pública:

“Vistos los términos en que fue formulada la petición ante la Defensoría del Pueblo esta Sala Político-Administrativa considera que la misma resulta vaga o genérica, es decir, la parte actora no arguyó el fin específico por el cual requería la información, además que no aportó al expediente el Informe a que hace referencia.

⁴¹ Brewer-Carías, Allan R. “De la Casa de Cristal a la Barraca de Acero: el Juez Constitucional vs. El derecho de acceso a la información administrativa” en *Revista de Derecho Público N° 123*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2010, p. 197.

Lo anterior, denota que no hay correspondencia entre la magnitud de lo peticionado con el uso que pudiera dársele, motivos por los que no se considera satisfecho lo establecido por la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal.

En criterio de este órgano jurisdiccional, peticiones como las de autos, en las que se pretende recabar información sobre la actividad que ejecuta o va a ejecutar el Estado para el logro de uno de sus fines, atenta contra la eficacia y eficiencia que debe imperar en el ejercicio de la Administración Pública, y del Poder Público en general, debido a que si bien toda persona tiene derecho a dirigir peticiones a cualquier organismo público y a recibir adecuada respuesta en tiempo oportuno, no obstante el ejercicio de ese derecho no puede ser abusivo de tal modo que entorpezca el normal funcionamiento de la actividad administrativa la cual, en atención a ese tipo de solicitudes genéricas, tendría que dedicar tiempo y recurso humano a los fines de dar explicación acerca de lo peticionado, situación que obstaculizaría y recargaría además innecesariamente el sistema de administración de justicia ante los planteamientos de esas abstenciones”.

Esta sentencia reafirma la abierta intención de denegar el acceso a la información pública, imponiendo cargas respecto a la motivación de la solicitud que se presente y olvida que el ejercicio de un derecho apareja una obligación que nuestra jurisdicción se niega a atender bajo razonamientos alejados de las decisiones y parámetros que ha impuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias a las que hemos hecho referencia en este estudio (no motivar la solicitud ni alegar un interés directo o una afección personal). Las demandas de abstención no serían necesarias si se pone a disposición de las personas la información relativa a la gestión pública. La actividad administrativa debe ser constantemente revisada para que por medio de la participación se puedan formular propuestas para su mejoramiento, pero eso es imposible sino se atiende a la transparencia como un principio y una obligación ineludible. De nuevo se trata de posturas asumidas para debilitar los cimientos de la democracia⁴².

Belandria García⁴³, al referirse a una decisión en la que se expusieron argumentos muy similares⁴⁴, afirma que la Constitución consagra el derecho de dirigir solicitudes de información como mecanismo para conocer el funcionamiento de la actividad administrativa, como un postulado necesario para la participación ciudadana, de manera que sostiene que mientras más información se suministre habrá más transparencia y control. Particularmente señala que:

⁴² Al respecto Brewer-Carías señala que “La democracia, en efecto, como régimen político, solo puede existir cuando se asegura a los ciudadanos la posibilidad de ejercer el control efectivo sobre el ejercicio del poder por parte de sus representantes, que son los gobernantes. De eso se trata la democracia: del ejercicio del poder en nombre de los ciudadanos y de la posibilidad real para estos de poder controlar dicho ejercicio, lo que no sólo impone la necesidad de que realmente funcione un sistema de separación de poderes, de manera que los mismos puedan controlarse entre sí, sino de prever y asegurar que los ciudadanos tengan derecho, por una parte, de acceso a la información administrativa y por la otra, de acceso a las instancias judiciales para poder ejercer, reclamar y defender sus derechos, y en particular, poder exigir el control judicial sobre la gestión gubernamental” (Brewer-Carías, Allan R. “El principio de la transparencia en la actuación de la administración pública y su distorsión en un régimen autoritario” en *Revista de Derecho Público* N° 151-152. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 118).

⁴³ Belandria García, José Rafael. “Derecho a la información administrativa: el rechazo de solicitudes de información sobre la adquisición de medicamentos por parte del Ministerio del Poder Popular para la Salud” en *Revista de Derecho Público* N° 140. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 528, 529 y 531.

⁴⁴ Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 1177 del 5 de agosto de 2014 (caso: Asociación Civil Espacio Público, Asociación Civil Acción Solidaria, Asociación Civil Transparencia Venezuela y PROVEA).

“De manera que, condicionar el ejercicio del derecho a dirigir solicitudes de información administrativa a la correspondencia de la solicitud con el uso que pueda dársele a la información, (i) abre un indebido espacio de discrecionalidad a favor de la Administración Pública a la hora de suministrar información; e (ii) invierte la regla constitucional de que el control sobre la gestión pública corresponde –entre otros sujetos– a los ciudadanos, al ser la propia Administración la que decide si concede información o no, con lo cual supedita también el control. Un juicio de ponderación evidenciaría que frente a un conflicto de esta naturaleza, es mejor suministrar información u ordenar que se haga, que adoptar el proceder inverso, ya que están de por medio los derechos de los ciudadanos en relación a la actividad administrativa, salvo que haya menoscabo de otros derechos de mayor entidad o un límite constitucional que lo impida (investigación criminal, seguridad interior y exterior del país o intimidad de la vida privada de las personas), no siendo este el caso”⁴⁵.

Concluye que las peticiones administrativas son un derecho que debe ser atendido diligentemente y con prontitud, dedicando los recursos necesarios para ello, por lo que denegarlas implican desatender una obligación de la Administración y, al declararse como inadmisibles la demanda de abstención ante la inactividad, como sucedió en los últimos dos casos aquí reseñados, es negar el acceso a la justicia que debería controlar la omisión en que se incurrió⁴⁶.

De esa manera, la opacidad y la impunidad de hechos de corrupción es asumida en el país como una política de Estado⁴⁷ y el resultado no puede ser distinto: corrupción inocultable y generalizada por parte de todos los Poderes Públicos, Fuerza Armada Nacional y cuerpos policiales, la cual afecta directamente el goce de los derechos humanos⁴⁸, tal y como ha que-

⁴⁵ Belandria García, José Rafael. “Derecho a la información administrativa: el rechazo de solicitudes de información sobre la adquisición de medicamentos por parte del Ministerio del Poder Popular para la Salud” *Ob. Cit.*, p. 529.

⁴⁶ Téngase en cuenta que, en la gran mayoría de los casos, las demandas de abstención son declaradas inadmisibles por incumplir el mandato establecido en el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o por no ajustarse al contenido de la sentencia de la Sala Constitucional N° 745/2010 a la que ya nos referimos, tal y como recuento en Reverón Boulton, Carlos. “Sobre la inadmisibilidad de las demandas de abstención” en *Revista de Derecho Público N° 151-152*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 430-436.

⁴⁷ Según Transparencia Venezuela “Los niveles de opacidad en Venezuela, es decir, la falta de transparencia dentro de las acciones de la administración pública, en los últimos años se convirtieron en una especie de norma y bajo estas condiciones surge un universo de 217 leyes, de las cuales 42 promueven el secreto de información, junto a 11 decretos (de un total de 251), es decir que de un diverso de 475 instrumentos legales 60 contienen disposiciones sobre opacidad. La Asamblea Nacional (AN), el presidente de la República y el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) han constituido un equipo perfecto para dar luz verde a leyes y decretos que obstaculizan el derecho de los ciudadanos para acceder a la información pública” (recuperado de: <https://transparencia.org.ve/project/en-venezuela-se-legaliza-la-opacidad-dentro-de-la-administracion-publica/>).

⁴⁸ Este aspecto ha sido destacado por Transparencia Venezuela en el Informe Patrón de Gran Corrupción: un esquema para el desfalco y violación de DDHH, mediante el cual se indica, según nota de esa organización del 5 de junio de 2020, que “El seguimiento que en los últimos 15 años ha realizado el capítulo venezolano de Transparencia Internacional, a la gestión de los funcionarios públicos, ha revelado que en Venezuela se ha venido aplicando de manera sistemática y generalizada un conjunto de acciones que favorecieron el desfalco al patrimonio público y la instauración de un Estado criminal, cuyos tentáculos se han extendido a toda una red internacional de corrupción. La organización identificó 12 elementos que configuran ese Patrón de Gran Corrupción, causante de la emergencia humanitaria compleja sin precedentes que padecen los venezolanos, cuya calidad de vida se ha visto afectada de manera drástica. Este impacto desolador ha empujado a más de 5,1 millones de personas a cruzar las fronteras en búsqueda de su supervivencia...” (recuperado

dado establecido en el Informe sobre Corrupción y Derechos Humanos elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de diciembre de 2019⁴⁹, del que destacamos los siguientes aspectos:

- 25. La Comisión indicó en su Resolución 1/18 que la corrupción es un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales–, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad.
- 43. Mitigar la corrupción requiere un cambio paradigmático y estructural en las formas tradicionales en las que opera el gobierno y cómo este se relaciona con sus ciudadanos. En el marco de los esfuerzos desplegados por la OEA para la innovación de las estructuras estatales, es importante mencionar en la presente sección el denominado “Programa de Gobierno Abierto”, a través del Departamento de Gestión Pública Efectiva (DGPE). Esta iniciativa se desarrolla como un nuevo paradigma o modelo basado en los valores y principios de transparencia, democracia participativa y empoderamiento ciudadano, rendición de cuentas, uso de avances tecnológicos, y en la conformación de gobiernos como plataformas que promueven la colaboración e interacción. Ello se constituye como una estrategia para el diseño, implementación, control y evaluación de políticas públicas y para procesos de modernización administrativa, que ubica al ciudadano en el centro de atención y de prioridad, ofreciendo así una alternativa para la gestión de lo público. De manera que, se presenta como una ventana de oportunidad para limitar prácticas que podrían afectar la institucionalidad democrática y la garantía de derechos humanos, como lo es el fenómeno de la corrupción.
- 72. Desde el año 2001, la Comisión Interamericana viene abordando este fenómeno. Una primera aproximación al tema fue de carácter general y consistió en establecer el vínculo entre el fenómeno de la corrupción y la estabilidad democrática, y relevar cómo el debilitamiento de las instituciones públicas que produce la corrupción impacta en el disfrute efectivo de los derechos humanos de las personas en general. Posteriormente, la CIDH ha continuado abordando la temática en diversos informes, medidas cautelares y en sus informes de fondo.
- 86. La Comisión considera que los vínculos entre la lucha por la erradicación de la corrupción y la protección efectiva de los derechos humanos están dados por el potencial que tienen ambas agendas para un abordaje más efectivo de este fenómeno que permita transformar las realidades hemisféricas y garantizar el goce y disfrute de los derechos humanos. En efecto, mientras que la lucha contra la corrupción puede tener un efecto positivo en el goce y ejercicio de los derechos humanos, el fomento de los derechos humanos reduce las posibilidades de actos de corrupción. A partir de este enfoque de convergencia sería factible elaborar estrategias efectivas para prevenir y erradicar la corrupción desde una perspectiva de derechos humanos.
- 120. Para enfrentar la corrupción se han destacado algunos principios que permiten establecer los primeros vínculos con un enfoque de derechos humanos en la lucha contra la corrupción. Concretamente, a la luz de los principios tenidos en cuenta por los instrumentos internacionales, así como por la doctrina como base de cualquier política contra la corrupción, la CIDH destaca los siguientes: no discriminación, transparencia, rendición de cuentas y participación.

de: <https://transparencia.org.ve/impacto-de-la-gran-corrupcion-dejo-al-pais-indefenso-frente-a-la-pandemia/>)

El informe puede ser consultado en: <https://transparencia.org.ve/project/actualizacion-patron-de-gran-corrupcion-un-esquema-para-el-desfalco-y-la-violacion-de-ddhh/>

⁴⁹ Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>

- 128. La corrupción también tiene un impacto directo en la confianza de la ciudadanía en las instituciones democráticas. En efecto, la corrupción genera un doble efecto. Por una parte, envía un mensaje equivocado a la sociedad ya que esta ve cómo las autoridades públicas utilizan al Estado para beneficios privados, desviándola del cumplimiento de sus funciones propias y en muchos casos eso va acompañado de una amplia impunidad frente a los casos de corrupción. Además, los actos de corrupción a gran escala afectan las posibilidades financieras para que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de derechos humanos deslegitimando su razón de ser ante la sociedad.
- 144. La Comisión advierte que para la eficacia de las medidas destinadas a atacar la corrupción, de conformidad con las obligaciones internacionales, resulta fundamental tener en cuenta los contextos en que deben garantizarse los derechos humanos por parte de los Estados de manera que se incluya un diagnóstico sobre la situación de corrupción que amenaza su pleno goce y ejercicio.
- 252. De este modo, un ilícito internacional en materia de derechos humanos consistirá, en primer lugar, en el incumplimiento de la obligación de respetar el mandato normativo. En materia de corrupción, es posible que el incumplimiento de tal compromiso se encuentre vinculado con un hecho de corrupción que implique que las autoridades estatales actúen de manera contraria a la obligación u omitan una actuación a la que están obligadas. La naturaleza de la obligación estatal puede ser de medio o de resultado y, por tanto, la determinación de su incumplimiento como consecuencia de un hecho de corrupción dependerá de la relación causal en el caso concreto.
- 283. Es por ello que la Comisión entiende que las obligaciones principales derivadas del deber de actuar con debida diligencia en el marco de la Declaración Americana son extensivas en casos de investigaciones de hechos de corrupción que tengan lugar y que afecten los derechos humanos de las personas en el ámbito de la jurisdicción de los Estados de la región.
- 520. En ese marco, los Estados deben revisar su legislación en materia sancionatoria sobre corrupción, particularmente, la legislación penal con el objetivo de adaptarlas a las nuevas formas de corrupción que se presentan en la región. Asimismo, es importante que las instituciones de control tengan la capacidad de análisis y seguimiento de las situaciones que presenten mayor riesgo de corrupción.

En Venezuela la corrupción y la destrucción sistemática e institucionalizada del libre mercado y la propiedad privada, entre otros factores, ha conllevado a una lamentable crisis humanitaria⁵⁰, de manera que no es casualidad que ocupemos en la actualidad los últimos puestos de importantes mediciones, según los últimos informes, pues de acuerdo con ellos el país está en el puesto 173/198 con una puntuación de 16 puntos en el Índice de Percepción de Corrupción elaborado por Transparencia Internacional⁵¹, en la medición de *doing business* realizada por el Banco Mundial⁵² se ubica en el puesto 188/190 con una puntuación de 30.2 y

⁵⁰ Sobre este particular recomendamos la lectura de 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 N° 16*. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila, Caracas, 2020, pp. 501-550. Recuperado de: <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>

⁵¹ La puntuación se mide del 0 al 100, por lo que la calificación más cercana al 0 se entiende como más corrupto. Recuperado de: <https://www.transparency.org/en/cpi/2019/results/ven>

⁵² La puntuación varía entre 0 y 100, siendo 0 el desempeño o rendimiento más bajo. Recuperado de: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>

en el Índice de Libertad Económica de la Fundación Heritage⁵³ somos el país 179/180 con una puntuación de 25.2. Tampoco responde al azar el 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 Venezuela⁵⁴, mediante el cual se concluye, entre otras cosas, lo siguiente:

“76. Durante más de un decenio, Venezuela ha adoptado e implementado una serie de leyes, políticas y prácticas que han restringido el espacio democrático, debilitado las instituciones públicas y menoscabado la independencia del poder judicial. Aunque estas medidas se han adoptado con la finalidad declarada de preservar el orden público y la seguridad nacional contra presuntas amenazas internas y externas, han aumentado la militarización de las instituciones del Estado y el empleo de la población civil en tareas de inteligencia y defensa.

77. Todo ello ha permitido al Gobierno cometer numerosas violaciones de los derechos humanos. Las autoridades han atacado especialmente a determinadas personas y grupos, entre ellos a miembros de la oposición política y a quienes se considera que constituyen amenazas para el Gobierno por su capacidad para articular posiciones críticas y movilizar a otras personas. Esta represión selectiva se manifiesta en una multitud de violaciones de los derechos humanos, que pueden constituir persecución por motivos políticos. Estas violaciones requieren más investigación para determinar la pertinente responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual.

⁵³ Los datos se miden entre 0 y 100, donde 0 significa ausencia de libertad económica. Los factores que determinan la evaluación de este índice son los siguientes: (i) Estado de Derecho: derechos de propiedad, integridad del gobierno y eficiencia judicial; (ii) tamaño del gobierno: carga fiscal, gasto de gobierno y salud fiscal; (iii) eficiencia regulatoria: facilidad de hacer negocios, libertad de trabajo y libertad de política monetaria; (iv) apertura de mercados: libre comercio, libertad de inversión y libertad financiera. Recuperado de: <https://www.heritage.org/index/ranking>

⁵⁴ Distribuido el 4 de julio de 2019. Recuperado de: https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx

En un sentido similar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Venezuela del 31 de diciembre de 2017, concluye que: “473. A la crítica situación de la democracia y los derechos políticos, se suma una crisis socioeconómica que se ha agravado de manera alarmante en los últimos años. Se produjo a una hiperinflación; la escasez generalizada de alimentos; el desabastecimiento de medicinas, insumos y materiales médicos; así como la precariedad de servicios como la energía eléctrica. La crisis existente ha generado que quienes viven en Venezuela enfrenten dificultades inaceptables para satisfacer sus necesidades más básicas de alimentación, vivienda, salud y educación.

476. La Comisión nota que, en términos generales, los referidos actos muestran un desprecio por el Estado Democrático de Derecho, y valores consustanciales a este, como el pluralismo político, el respeto por la dignidad de la persona humana y el principio de legalidad en la actuación estatal que brinda su propia Constitución” (recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>).

A su vez, ese órgano tras la visita in loco realizada del 5 al 8 de febrero de 2019, a la ciudad de Cúcuta, Colombia, debido la negativa por parte de las autoridades venezolanas del ingreso de la Comisión en el país como se tenía previsto, concluyó que: “La CIDH reitera que Venezuela atraviesa una grave crisis de derechos humanos como consecuencia del prolongado debilitamiento de la institucionalidad democrática y la ausencia de estado de derecho. La Comisión observa que el Estado no ha adoptado medidas decididas para revertir esta situación, lo que ha profundizado la crisis y, por ende, los desafíos para superarla. Si bien esta situación afecta a todas las personas, la CIDH llama especial atención sobre las afectaciones particulares que enfrentan los grupos históricamente discriminados y en situación de vulnerabilidad. El deterioro de la situación ha conducido a que más de 4.9 millones de personas venezolanas haya abandonado su país en los últimos años” (recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp>).

80. El Estado ha denegado sistemáticamente los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a la verdad, la justicia y la reparación. La impunidad ha permitido que se repitan las violaciones de los derechos humanos, ha envalentonado a los autores, y ha dejado de lado a las víctimas. Al ACNUDH le preocupa que, de no mejorar la situación, siga aumentando el éxodo sin precedentes de personas migrantes y refugiadas venezolanas y que las condiciones de las personas que permanecen en el país empeoren⁷⁵.

Es innegable que en el país los Poderes Públicos, lejos de actuar con independencia, se han estructurado conjuntamente para socavar paulatinamente y sin descanso –por más de 20 años– los cimientos, postulados y principios de la democracia y del Estado de Derecho. Esta situación de sistemática violación de derechos humanos no debe repetirse y una de las formas de evitarlo es instaurando una verdadera cultura de transparencia y participación en la gestión de los Poderes Públicos, pues como se pudo observar el desconocimiento del derecho de acceso a la información pública es un incentivo para la corrupción y la consiguiente violación de derechos humanos.

REFLEXIÓN FINAL

El retorno de la democracia en Venezuela demandará muchos esfuerzos para retenerla y fortalecerla. Las tareas que debemos realizar son múltiples y posiblemente difíciles de llevar a cabo debido al debilitamiento deliberado de los Poderes Públicos que sistemáticamente se ha realizado durante varios lustros. En estos momentos nos cuesta enumerar y priorizar lo que debemos hacer, pero el afianzamiento de la democracia y el inicio de un enriquecimiento sostenido de toda la sociedad en su conjunto supone un cambio radical de todas las instituciones y prácticas instauradas que nos llevaron a esta tragedia por parte de un régimen autoritario que ha demostrado un total desprecio hacia los ciudadanos y sus derechos.

Evidentemente, una de esas labores debe estar encaminada hacia un concienzudo esfuerzo que conlleve a profundas reformas legislativas que permitan un marco de absoluta libertad. Una de ellas es la Ley Orgánica de Transparencia, Divulgación y Acceso a la Información Pública (aprobada en primera discusión por la Asamblea Nacional el 5 de abril de 2016)⁵⁵.

Estimamos que el contenido de ese proyecto de ley se ajusta bastante a las recomendaciones y decisiones dictadas en el sistema interamericano de derechos humanos en esa materia y a los razonamientos expuestos en este estudio, por lo que se debe priorizar su sanción una vez que nos encontremos nuevamente en un sistema democrático⁵⁶.

Esa ley está dirigida evidentemente a instaurar una cultura de transparencia, pero también de participación ciudadana libre, abierta y plural en los asuntos públicos (especialmente el art. 89) como parte complementaria de un mismo fenómeno. Las leyes vigentes están vinculadas al denominado poder popular como sucede, por ejemplo, en la Ley Orgánica de los Consejos Comunales⁵⁷ que son instancias de participación para la *construcción del socialismo* y que en realidad no son autónomas al estar sometidas al Ejecutivo Nacional, por órgano del

⁵⁵ Su contenido puede consultarse en: <https://transparencia.org.ve/project/proyecto-de-ley-de-transparencia-divulgacion-y-acceso-a-la-informacion-publica/>

Téngase en cuenta que en Venezuela varios Municipios y Estados han dictado leyes de transparencia que se pueden observar en los siguientes enlaces:

1. En el ámbito municipal: <https://transparencia.org.ve/project/leyes-y-ordenanzas-locales/>
2. A nivel estatal: <https://transparencia.org.ve/project/leyes-y-ordenanzas-regionales/>

⁵⁶ Un estudio pormenorizado de esa ley excede los objetivos trazados en este ensayo.

⁵⁷ Gaceta Oficial N° 39.335 del 28 de diciembre de 2009.

Ministerio del Poder Popular para las Comunas y los Movimientos Sociales, por cuanto la personalidad jurídica solo la podrán adquirir luego que se registren ante ese Ministerio y es éste quien financia sus proyectos (arts. 16, 17, 18 y 57.11), todo lo cual es absolutamente contrario a los postulados constitucionales en este asunto.

En definitiva, debemos fomentar, implementar y asegurar un *gobierno abierto*⁵⁸, con el uso de las TIC's, para transmitir y actualizar constantemente la información pública y para oír las propuestas que se formulen para el mejor funcionamiento de los Poderes Públicos. Ello se traduce en la *democratización* del diseño, ejecución y evaluación de los resultados de las políticas públicas a través de la participación de todos los sectores interesados.

⁵⁸ El gobierno abierto debe entenderse "...como una filosofía político administrativa, un nuevo paradigma o modelo de interacción sociopolítica que –basado firmemente en los valores y principios de transparencia, de la democracia participativa y empoderamiento ciudadano, de la rendición de cuentas, el open data y del uso de avances tecnológicos, y en la conformación de gobiernos como plataformas que promueven la colaboración e interacción– se constituye como un modo y/o estrategia para el diseño, implementación, control y evaluación de políticas públicas y para procesos de modernización administrativa, y que ubica al ciudadano en el centro de atención y de prioridad, ofreciendo así una alternativa para la gestión de lo público. Como filosofía político administrativa, es pues diferenciable respecto de otras estrategias o filosofías político-administrativas existentes” (Cruz-Rubio, César. “¿Qué es (y que no es) gobierno abierto? Una discusión conceptual” en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad* N° 8. Universidad Carlos III, Madrid, 2015, p. 51).

LEGITIMIDAD DEL PRESIDENTE INTERINO. CONSTITUCIÓN INTERNACIONALIZADA. VENEZUELA

En homenaje a los 40 años de la Revista de Derecho Público

Humberto Briceño León*

Abogado

Resumen: *Este artículo se enfoca en el tema de la legitimidad del Presidente Encargado de Venezuela Ing. Juan Guaido conjuntamente con la ilegitimidad del régimen despótico. El mecanismo constitucional, excepcionalmente parlamentario diseñado para la sustitución del usurpador absolutamente ausente, es un mecanismo que en conjunto con el derecho internacional está destinado a la protección del derecho a la autodeterminación y a la dignidad de los venezolanos. La herramienta analítica que estudia la legitimidad del gobierno interino así como la ilegitimidad del usurpador está estructurada por dos factores entrelazados que permiten formular la noción de Constitución Internacionalizada, estos factores son el derecho constitucional interno y el derecho internacional para el cual un gobierno es ilegítimo si viola los derechos humanos básicos de sus ciudadanos.*

Palabras Clave: *Constitución Internacionalizada, Legitimidad gubernamental, Despotismo en Venezuela.*

Abstract: *This article focuses on the legitimacy of the Interim President of Venezuela Ing. Juan Guaido together with the converged illegitimacy of the despotic regime. The exceptionally parliamentary constitutional mechanism for the replacement of the absolutely absent usurper jointly with international law was designed to protect the right to self-determination and to the dignity of Venezuelan people. Assuming the notion of Constitution Internationalized we reviewed two interlaced factors, the internal constitutional law, and the international law for which a government is illegitimate if it violates the basic human rights of its citizens.*

Key words: *Internationalized Constitution, Government Legitimacy, Despotism in Venezuela.*

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo se enfoca en el tema de la legitimidad del Presidente Encargado de Venezuela Ing. Juan Guaido y la consecuente ilegitimidad del régimen despótico. La herramienta analítica que estudia la legitimidad del gobierno interino así como la ilegitimidad del usurpador está estructurada por dos factores entrelazados que permiten formular la noción de Constitución Internacionalizada, estos factores son el derecho constitucional interno y el derecho internacional para el cual un gobierno es ilegítimo si viola los derechos humanos básicos de

* Profesor e investigador en Venezuela por más de 35 años en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y Monteávila. Académico Visitante en Lewis & Clark Law School, USA, 2015, 2018-2020; Yale Law School, USA, académico visitante Fulbright, 1990; Oxford, UK, Centre for Socio-Legal Studies, académico visitante, 2006; Duke School of Law, USA, profesor adjunto, 1992.

sus ciudadanos. El mecanismo constitucional, excepcionalmente parlamentario, para la sustitución del usurpador absolutamente ausente, es un mecanismo que en conjunto con el derecho internacional está destinado a la protección del derecho a la autodeterminación y a la dignidad de los venezolanos. Comenzamos estudiando el sistema constitucional interno que llevo a la declaratoria de la usurpación de la presidencia y su sustitución por el Presidente de la Asamblea Nacional, así observamos la fórmula constitucional interna de sustitución como excepcionalmente parlamentaria; finalmente abordamos la noción de Constitución Internacionalizada que deslegitima al usurpador, para ello planteamos la extraordinaria convergencia entre el sistema constitucional y el derecho internacional como homogénea protección al derecho a la dignidad humana y a la autodeterminación de los pueblos.

II. PRESIDENTE ENCARGADO. LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL

El proceso jurídico para la sustitución del usurpador proviene de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (CRBV). También la consecuente designación de Presidente Encargado se produce por efecto de la ejecución de las correspondientes cláusulas constitucionales. La fórmula que para ello previó la CRBV es de naturaleza excepcionalmente parlamentaria como veremos de seguida.

1. *Presidente Encargado Constitucional*

En Venezuela, la Asamblea Nacional el 15 de enero del 2019 declaró la usurpación de la Presidencia de la República y el restablecimiento de la vigencia de la Constitución.¹ El Presidente de la Asamblea Nacional Ing. Juan Guaidó se encargó de las funciones del Presidente el 23 de Enero del 2019 en sustitución del usurpador quien continúa ejerciendo de hecho, ilegítimamente, la Presidencia.

Algunos medios internacionales han dicho que el Presidente de la Asamblea Nacional se autoproclamó Presidente Encargado de la República, afirmando que debió designarlo la Asamblea Nacional. En nuestra opinión la investidura de “Presidente Encargado” proviene directamente de la Constitución. En todo caso, la tesis que sostiene el requisito formal de su designación o confirmación por parte de la Asamblea Nacional fue expresamente satisfecho. La Asamblea Nacional el 5 de Febrero del 2019 formalmente así lo hizo al aprobar el Estatuto que rige la Transición a la Democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), en cuyo artículo 14 dispuso:

El Presidente de la Asamblea Nacional es, de conformidad con el artículo 233 de la Constitución, el legítimo Presidente encargado de la República Bolivariana de Venezuela. Los actos del Presidente encargado serán sometidos al control parlamentario de la Asamblea Nacional de conformidad con el artículo 187, numeral 3, de la Constitución.²

No obstante que la letra de la Constitución no exige se exprese formalmente la voluntad del órgano de representación popular democráticamente electo, ese parlamento venezolano, de acuerdo con la voluntad constitucional, designó al Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente Encargado de Venezuela. Debemos recordar que el régimen despótico ha intentado clausurar esa legítima Asamblea Nacional. En la elección del 2015 de la Asamblea Nacional los sectores opuestos al régimen obtuvieron tres cuartas partes de los escaños, no

¹ Asamblea Nacional de Venezuela, http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-sobre-la-declaratoria-de-usurpacion-de-la-presidencia-de-la-republica-por-parte-de-nicolas-maduro-moros-y-el-restablecimiento-de-la-vigenciade-la-constitucion

² Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Legislativa, Caracas, 6 de Febrero del 2019, N° 1, Artículo 14.

obstante, en septiembre del 2016, en la práctica el Tribunal Supremo de Justicia totalmente controlado por el gobierno intentó suprimir esa Asamblea Nacional legítima y electa por el pueblo, al declarar nulo cualquier acto que dictase.³

El párrafo segundo del artículo 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) establece:

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

La usurpación de la Presidencia de la República configuró la falta absoluta de ese funcionario para el derecho constitucional venezolano. En nuestro criterio la usurpación fue la causa de la ausencia absoluta al haberse producido el supuesto expresamente previsto por en el artículo 138 de la CRVB: “Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos nulos.” Así, para el sistema constitucional venezolano, la usurpación de la Presidencia de la República conlleva la ineficacia y la nulidad de todos los actos que provengan del usurpador, de este modo obviamente se originó la ausencia absoluta de ese Presidente.

La indebida juramentación, el inconstitucional adelanto de la elección presidencial, y el correspondiente fraude electoral, condujeron a la usurpación. La usurpación produjo jurídicamente la nulidad e ineficacia toda la actividad del usurpador por efecto del artículo 138 de la C RBV. Y esta nula e ineficaz presidencia configuró la ausencia absoluta del usurpador.

La fórmula constitucional para confrontar la usurpación está dispuesta en los artículos 333 y 250 de la C RBV. El primero impone la obligación de restablecimiento de la democracia y el segundo el deber de desconocer al régimen usurpador por contrariar los valores, principios y garantías democráticos. El Presidente de la Asamblea Nacional electo por el pueblo, está legitimado para ejercer autoridad democrática y obligado a desconocer al usurpador. Debe también actuar para restablecer el orden constitucional al encargarse de la Presidencia de la República para lograr que el pueblo pueda ser gobernado democráticamente.

El Presidente usurpador resultó supuestamente electo y no se juramentó ante la Asamblea Nacional como dispone el artículo 231 de la C RBV, lo hizo el 10 de Enero del 2019 ante el Tribunal Supremo de Justicia. Al no haber habido juramentación válida, ese acto también es ineficaz y nulo. Como resultado de la usurpación y la consecuente ausencia absoluta se activo el mecanismo constitucional para el restablecimiento legítimo de esa magistratura. Conforme al artículo 233 de C RBV correspondió al Presidente de la Asamblea Nacional encargarse de la Presidencia de la República. Ciertamente, la fuerza de las armas y la represión del régimen usurpador impiden el transcurso del plazo de 30 días para que se proceda a una nueva elección. Superadas esas circunstancias de hecho deberá procederse conforme indica la norma constitucional comentada.

Por otra parte, sustituyendo también inconstitucionalmente las competencias del Consejo Nacional Electoral la ilegítima Asamblea Nacional Constituyente del 2017⁴ decidió ade-

³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia 2 de septiembre del 2016, N° 808, Exp N° 16-0831, (Venezuela).

⁴ Briceño León, Humberto, *Asamblea Nacional Constituyente 2017 vs. Constituyente Progresiva en Venezuela Derecho Constitucional Comparado*, en Estudios sobre la Asamblea Constituyente, 371-380, compiladores Allan Brewer y Carlos Soto García, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 371-380 (2017).

lantar la elección presidencial⁵ para el 20 de Mayo del 2018 en franca violación al periodo constitucional presidencial de seis años 2013-2019.⁶

2. *Fórmula Excepcional del Parlamentarismo para la Sustitución Presidencial*

La formula que estructuró la sustitución presidencial en Venezuela plantea la cuestión sobre el posible ejercicio simultaneo de funciones parlamentarias y de gobierno en el sistema político constitucional venezolano. Aún cuando el sistema es presidencialista, no lo es exclusivamente, contiene elementos del sistema de gobierno parlamentario, lo que en las circunstancias previstas para ello autoriza al Presidente de la Asamblea Nacional a ejercer la función ejecutiva como Presidente Encargado.

Efectivamente, la CBRV previó una forma de gobierno ciertamente presidencialista mas no exclusivamente. El sistema presidencial venezolano no es puro, contiene algunos pocos rasgos propios de los sistemas parlamentarios, entre otros el contenido en el artículo 240 de la CRBV⁷. Esta disposición acuerda la potestad al Presidente de la Republica de disolver la Asamblea Nacional cuando esa Asamblea acordase el voto de censura contra el vicepresidente en tres ocasiones consecutivas. Al respecto Juan Carlos Rey y Jorge Pabón Raydan opinaron:

La posibilidad de disolución es una institución típica de los sistemas parlamentarios, que en un sistema presidencialista no se justificaría. Pero en el caso de Venezuela –que si bien es presidencialista– permite el voto de censura.⁸

En los sistemas parlamentarios como el correspondiente al Reino Unido el gobierno procede del Parlamento,⁹ el Primer Ministro, que procede de ese Parlamento, es la cabeza del gobierno y miembro de la coalición mayoritaria en la Cámara de los Comunes del Parlamento Británico.

⁵ Gaceta Oficial N° 6.323 extraordinario de fecha 08 de agosto de 2017.

⁶ Rafael Badell, INCONSTITUCIONALIDAD DEL LLAMADO A ELECCIONES PRESIDENCIALES POR PARTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, en: <http://aciempol.org.ve/emaciempol/Resources/Noticias/LLAMADO%20A%20ELECCIONES%20PRESIDENCIALES%20DE%20LA%20ASAMBLEA%20NACIONAL%20CONSTITUYENTE.pdf>

⁷ Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela, artículo 240: La aprobación de una moción de censura al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, por una votación no menor de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, implica su remoción. El funcionario removido o funcionaria removida no podrá optar al cargo de Vicepresidente Ejecutivo Vicepresidenta Ejecutiva o de Ministro o Ministra por el resto del periodo presidencial. La remoción del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva en tres oportunidades dentro de un mismo periodo constitucional, como consecuencia de la aprobación de mociones de censura, faculta al Presidente o Presidenta de la República para disolver la Asamblea Nacional. El decreto de disolución conlleva la convocatoria de elecciones para una nueva legislatura dentro de los sesenta días siguientes a su disolución. La Asamblea no podrá ser disuelta en el último año de su período constitucional.

⁸ Juan Carlos Rey y Jorge Pabon Raidan, Caminando por la cuerda floja. Los poderes del Presidente, gobernabilidad y la legitimidad en la Constitución de 1999, en Revista SIC, 244-250, Centro Gumilla, N° 626, Junio 2000, p. 247.

⁹ Order Code RL32206 Parliament and Congress: A Brief Comparison of the British House of Commons and the U.S. House of Representatives Updated May 19, 2005 R. Eric Petersen Analyst in American National Government Government and Finance Division, Congressional Research Service ~ The Library of Congress”, <https://crsreports.congress.gov/>

De similar forma, para la circunstancia que analizamos, según dispone la vigente CRBV en su artículo 233, la presidencia interina del gobierno procede del poder legislativo nacional.¹⁰

El Ing. Juan Guaido se encargó de la Presidencia de la República atendiendo al artículo 233 de la Constitución Venezolana al ser el Presidente de la Asamblea Nacional conforme a la norma antes señalada. La prescripción contenida en esta cláusula constitucional es de naturaleza excepcionalmente parlamentaria. En efecto, asume por ser Presidente de la Asamblea Nacional. En esta circunstancia, el Presidente Encargado procede de la Asamblea Nacional como el primer ministro Ingles procede del Parlamento Británico y su legitimidad democrática de haber sido electo para ejercer esa representación.

Debemos recordar que bajo la vigencia de la Constitución de 1961 el Congreso decidió que el Presidente Carlos Andrés Pérez debía ser juzgado, y conforme al artículo 187 de aquella Constitución¹¹ fue sustituido el 21 de Mayo de 1993, por menos de un mes, por el entonces Presidente del Congreso Nacional Octavio Lepage. Luego Lepage fue remplazado por Ramón J. Velázquez. En verdad este tema constitucional no fue debatido ya que se realizaron nuevas elecciones presidenciales y parlamentarias en diciembre de ese mismo año 1993.

En vigencia la Constitución de 1961 también se presentó una circunstancia parcialmente comparable con la que analizamos. El artículo 148 de aquella carta constitucional disponía serían miembros del Senado los ex presidentes,¹² hubo consenso en aceptar la naturaleza vitalicia de esa senaduría ya que la norma no estableció término para su ejercicio. Bajo el régimen de esa Constitución dos ex presidentes resultaron reelectos, lo que nos hizo preguntarnos si además de desempeñarse como presidentes podían simultáneamente ser vitaliciamente senadores. Al respecto nada expreso decía la carta magna venezolana de entonces, no obstan-

¹⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, (1999), **Artículo 233**: Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: la muerte, su renuncia, la destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, la incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado éste por la Asamblea Nacional, así como la revocatoria popular de su mandato. Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional...

¹¹ Constitución de la República de Venezuela, 1961, Artículo 187. Cuando se produzca falta absoluta del Presidente electo antes de tomar posesión, se procederá a nueva elección universal y directa en la fecha que señalen las Cámaras en sesión conjunta. Cuando la falta absoluta se produzca después de la toma de posesión, las Cámaras procederán, dentro de los treinta días siguientes, a elegir, por votación secreta y en sesión conjunta convocada expresamente, un nuevo Presidente por el resto del período constitucional. En este caso no se aplicará lo dispuesto en el único aparte del artículo 1.84. En uno y otro caso, mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente del Congreso; a falta de éste, el Vice-Presidente del mismo, y, en su defecto, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

¹² Constitución de la República de Venezuela, artículo 148: Para formar el Senado se elegirán por votación universal y directa dos Senadores por cada Estado y dos por el Distrito Federal, más los Senadores adicionales que resulten de la aplicación del principio de la representación de las minorías según establezca la ley, la cual determinará también el número y forma de elección de los suplentes. Son además miembros del Senado los ciudadanos que hayan desempeñado la Presidencia de la República por elección popular o la hayan ejercido, conforme al artículo 1.87 de esta Constitución por más de la mitad de un período, a menos que hayan sido condenados por delitos cometidos en el desempeño de sus funciones.

te, ese ejercicio simultáneo de parlamentario vitalicio y presidente es ajeno a la naturaleza republicana del Estado Venezolano, mas bien reminiscencia de instituciones de origen monárquico.

La Constitución Venezolana de 1999 como también la de 1961, sí acordaron expresamente y literalmente como encargado de la Presidencia de la República al Presidente de la Asamblea Nacional o del Congreso según el caso. Las propias constituciones venezolanas explícitamente concibieron al interinato presidencial como función legítima del diputado, a quien por provenir del Congreso o la Asamblea Nacional le correspondía su ejercicio.

Es democrática y legítima la potestad del diputado Presidente del parlamento venezolano para ejercer interinamente como Presidente de la República en las circunstancias constitucionalmente así previstas. Por otra parte, resulta central entender que la coalición solida de partidos políticos es eje del funcionamiento estable de una estructura de gobierno parlamentaria. A decir del prominente académico de la democracia Giovanni Sartori:

Si un gobierno sostenido por el Parlamento no puede contar con una mayoría parlamentaria segura, relativamente estable, está casi sin duda condenado a la impotencia. Por lo tanto, una preocupación principal de la ingeniería constitucional debe ser cómo obtener partidos parlamentarios disciplinados.¹³

Las potestades del Presidente Encargado son plenas, ejerce todas las atribuidas por la CRBV al jefe de Estado en Venezuela, por su parte la Asamblea Nacional continúa ejerciendo también plenamente todas las facultades que le asigna la Constitución. Una suerte de gobierno directa y estructuralmente ejercido por la Asamblea Nacional es ajena incluso a modelos puros parlamentarios en los cuales el Primer Ministro es cabeza del poder ejecutivo.

Solo a título de ejemplo referimos una importante potestad que corresponde al Presidente, la de declarar el Estado de Excepción para circunstancias que afecten gravemente la seguridad de la Nación, las instituciones, y a los ciudadanos. Al respecto la CRBV dispone en su Art 337:

El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos...

Esta clausula acuerda potestades al Presidente, en nuestro caso al encargado, potestades estas que exceden claramente sus funciones ordinarias para circunstancias de excepción “a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.” Estas facultades extraordinarias trascienden las ordinarias, acordando expresamente poderes de naturaleza extra-constitucionales destinadas a superar la graves circunstancia que estaría transitando la República.

Para el ejercicio de los mencionados poderes extra-constitucionales, los Artículos 333 y 350 de la CRBV son también fuente expresa de competencias y obligaciones para el Presidente Encargado. Todas estas potestades públicas extraordinarias están limitadas por el objetivo restablecedor del sistema democrático y constitucional de Venezuela.

¹³ Sartori, Giovanni. *Límites de la Ingeniería Constitucional*, Instituto Electoral Nacional, México (2016), p. 16, https://www.ine.mx/content/uploads/2019/04/CM_09_Sartori.pdf

III. CONSTITUCIÓN INTERNACIONALIZADA. LEGITIMIDAD DEL PRESIDENTE ENCARGADO

El origen electoral del régimen de facto es fraudulento, y desconoce los principios básicos del constitucionalismo democrático al imponer un sistema despótico como demuestran los informes de organizaciones internacionales. El usurpador pretendió haber sido reelecto el 20 de mayo del 2018, estas elecciones adolecieron de importantes irregularidades¹⁴ y fueron desconocidas por el Consejo de Europa,¹⁵ Estados Unidos,¹⁶ y el Grupo de Lima,¹⁷ entre otros. También el Parlamento Europeo¹⁸ reconoció al Presidente de la Asamblea Nacional como legítimo Presidente Encargado de Venezuela. Por su parte el reporte de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos [OHCHR] de las Naciones Unidas de junio del 2018 informó sobre violaciones a los Derechos Humanos y describió extensamente las restricciones y ataques a los espacios democráticos así como la crisis política e institucional en Venezuela.¹⁹

La ausencia de legitimidad constitucional interna del gobierno usurpador se conjuga con su ilegitimidad internacional. El modelo de legitimidad soberana de los gobiernos que estructuró el derecho internacional a partir de la paz de Westfalia se ha transformado significativamente. El sistema Westfalia y con ello su noción de soberanía han sido progresivamente remplazados en la era de las Naciones Unidas por el de la responsabilidad de los estados de proteger la dignidad humana, los derechos humanos fundamentales y la auto-determinación democrática.

En efecto, perspectivas normativas *opinio juris*²⁰ y la doctrina que lidera el tema en el derecho internacional contemporáneo así lo han sostenido. La noción soberanía como respon-

¹⁴ Corrales, Javier. *Electoral Irregularities a Typology bases on Venezuela under Chavismo*, 01 (2018), Amherst College, https://www.amherst.edu/system/files/media/Corrales%2520Venezuelan%2520Electoral%2520Irregularities%2520Feb%25206%25202018_0.pdf

¹⁵ Council of the European Union, <https://www.consilium.eu/en/press/press-releases/2018/05/22/deeuropaclaration-by-the-high-representative-on-behalf-of-the-eu-on-the-presidential-and-regional-elections-in-venezuela/>

¹⁶ United State, <https://www.state.gov/secretary/remarks/2018/05/282303.htm>

¹⁷ Declaración de Lima, Declaración conjunta: Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay y Perú, 8 de Agosto 2017, luego se incorporaron Guyana y Santa Lucía, at: http://www.rree.gob.pe/SitePages/declaracion_conjunta.aspx?id=DC-007-17

¹⁸ Parlamento Europeo, <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190125IPR24303/venezuela-parliament-recognises-guaido-urges-eu-to-follow-suit>

¹⁹ Rep. of the OHCHR, dated June 2018, Human Rights violations in the Bolivarian Republic of Venezuela: a downward spiral with no end in sight, Executive summary IV – and p.4. (2018),

²⁰ Bruce Cronin, *Treaty Law: New Trends*, The International Studies Encyclopedia-Oxford Reference, by Robert A. Denemark and Renée Marlin-Bennett, Publisher: Wiley-Blackwell, at 4/15, (2010), available at: “A second challenge to a strict positivist interpretation of treaties is the twentieth century trend toward codifying customary practices into legally binding multilateral agreements (Boyle and Chinkin 2007). According to diplomatic tradition, some practices –such as diplomatic immunity or the protection of civilians during wartime– have become so widespread, habitual, and commonly accepted that they achieve the status of a customary norm that cannot be overridden by individual choice. When coupled with an unambiguous agreement among political actors that such practices constitute a legal obligation (a principle known as *opinio juris*), positivists consider law based on customary practice to be a consensual act. From a positivist standpoint, then, customary law reflects implied consent inasmuch as it is derived from actual state practice and confirmed by *opinio juris* within the international community (Byers 1999).” <http://oxfordre>.

sabilidad fue formulada por la Comisión Independiente sobre la Intervención y los Estados Soberanos (ICISS) en el 2001.²¹ La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en el 2005 el World Outcome Document (WSOD) y el Consejo de Seguridad la resolución N° 1674 en el 2006,²² incorporando así dicha doctrina al campo de las relaciones entre los actores en la escena internacional. En el campo académico han liderado esta noción de soberanía: Dworkin,²³ Rawls,²⁴ Reisman²⁵, Wiessner²⁶, y Kenny & Butler²⁷ entre otros.

El modelo Westfalia fusionó las nociones de estado y gobierno, al entender a este último como el único legítimo representante de aquel. Sostuvo así el principio de la no-intervención de modo casi absoluto.

El gobierno para esta concepción era el portero casi exclusivo entre la escena internacional y la esfera doméstica.²⁸ En nuestros días esa noción estado-gobierno se ha desacoplado incorporándose el rol de la comunidad internacional a la protección de la dignidad humana como elemento inherente a la legitimidad soberana de los gobiernos que pretenden actuar por los estados.

Respecto a la soberanía hoy prevalece la concepción basada en el sistema de responsabilidad de los estados de preservar la dignidad humana, los derechos humanos fundamentales y la auto-determinación democrática. Esta noción es clara, el régimen que hoy de facto continúa en Venezuela ejerciendo el monopolio de las armas es ilegítimo. En relación a la soberanía y su legítimo ejercicio el eminente profesor Dworkin afirmó:

[El] gobierno es ilegítimo si viola los derechos humanos básicos de sus ciudadanos, y transgrede sus obligaciones cuando usa la soberanía como escudo para negar ayuda dirigida a proteger el pueblo en otra nación de crímenes de guerra, genocidio y otras violaciones a los derechos humanos.²⁹

Algunas constituciones han incorporado expresamente al *forum locus* internacional a sus sistemas jurídicos como lo hizo la vigente CRBV. El profesor Walker ha hecho al respecto esta referencia:

com/internationalstudies/view/10.1093/acrefore/9780190846626.001.0001/acrefore-9780190846626-e-355

²¹ Indep. Comm'n on Intervention & State Sovereignty, *The Responsibility to Protect* (2001).

²² G.A.Res. 60/1, 2005 World Summit Outcome PP138-39 (Sept. 16, 2005). S.C. Res. 167, P 4 (Apr. 28, 2006)

²³ Ronald Dworkin, *A new Philosophy for International Law*, 41, N° 1 *Philosophy & Public Affairs*, 2-30, (2013).

²⁴ John Rawls, *The Law of Peoples*, *Critical Inquiry*, Vol 20, N° 136-68, (Autumn 1993)

²⁵ W. Michael Reisman, Comment: Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law, 84 *A.J.I.L.* 866 (1990)

²⁶ Siegfried Wiessner, in: *The International Law of War*, by Myres S. McDougal and Florentino Feliciano, New Haven Press, his introductory essay to *General Theory of International Law* 45 (Siegfried Wiessner ed., 2017).

²⁷ Coman Kenny & Sean Butter, *The Legality of Intervention by Invitation in Situations of R2P Violations*, 51 *N.Y.U.J. Int' L. & Pol.* 136, (2018)

²⁸ *Id.* p. 9.

²⁹ Ronald Dworkin, *A New Philosophy for International Law*, 41 *Phil. & Pub. Aff.* 2, 16-18 (2013), as cited by Professor Wiessner in his introductory essay to *General Theory of International Law* 45 (Siegfried Wiessner ed., 2017).

Muchas constituciones contemporáneas aceptan la autoridad normativa del derecho internacional y de los tratados internacionales en general. Al hacerlo tienden a ubicar a las normas internacionales sobre las domésticas y en algunos casos equivalentes o incluso sobre las mismas normas constitucionales.³⁰

En Febrero de 1988 en Bangalore India se realizó una reunión convocada por la secretaria del Commonwealth presidida por Prafullachandra Natwarlal Bhagwati de la Corte Suprema de la India. Los jueces que participaron emitieron lo que llamaron los Principios Bangalore para la aplicación doméstica de los derechos humanos internacionalmente adoptados.³¹ Desde entonces estos principios han jugado un importante papel en la adopción e incorporación al derecho doméstico, incluido al constitucional, del derecho internacional de los derechos humanos. El derecho internacional se ha entrelazado con el constitucionalismo y con el derecho internacional de los derechos humanos, creando un fenómeno global.³² Los instrumentos internacionales y las prácticas nacionales hoy se influyen mutuamente y constituyen un modelo de convergencia constitucional.³³ La congruencia de ambos elementos muestran un principio general en el derecho internacional y una relación interactiva entre constitucionalismo e internacionalismo.³⁴ Esta interrelación es un camino de dos vías; el primero, representado por los tratados internacionales y su influencia sobre las constituciones, la incorporación de los derechos humanos internacionales en las constituciones es un proceso que ha sido estudiado exhaustivamente por la academia;³⁵ el segundo, es el camino inverso, la significación que hoy tienen las constituciones en el sistema internacional de los derechos humanos. Globalmente este fenómeno se denomina Constitución Internacionalizada o Internacionalización Constitucionalizada. En Latino-América se han abierto las garantías constitucionales al derecho internacional de los derechos humanos, “Hay poca duda que el sistema constituye el coro normativo de un *Ius Commune*.”³⁶ Este *Ius Commune* impone considerar la fórmula constitucional venezolana de sustitución de la usurpación como el camino jurídico para revertir la grave violación del derecho de los venezolanos a la dignidad y autodeterminación, comprometiendo la responsabilidad de los actores internacionales a tales fines. El derecho constitucional esta hoy indisolublemente imbricado con el derecho internacional de los derechos humanos. De este modo, el derecho de los venezolanos a la libertad no esta limitado por fronteras jurídicas y así ha de practicarlo el mundo.

Este es el caso de la CRBV cuyo artículo 23 prescribe que el derecho internacional de los derechos humanos prevalece sobre la legislación local y su ejecución. Existe el derecho a una causa específica de acción que surge del artículo 31 de la CRBV el cual creó para los

³⁰ Neil Walzer, *Sovereignty and Beyond: The Double Edge of External Constitutionalism*, 57 Va. J. Int'l L. 799, 814-815. (2018)

³¹ Kirby, Michael, *International Law-The Impact on National Constitutions*, American University International Law Review 21, N° 3 (2006): 327-364, 334

³² Stephen Gardbaum, *Human Rights as International Constitutional Rights*, The European Journal of International Law Vol. 19 N° 4 © EJIL 2008, at 766.

³³ Tom Ginsburg, Zachary Elkins & Beth Simmons, *Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice*, 54 Harvard International Law Journal 61 (2013), at 65.

³⁴ Bassiouni, *supra note 5*, at 239, 251, 292.

³⁵ See *id.* Also see Kirby *supra note 31*.

³⁶ Armin von Bogdandy, *Ius Constitutional Commune in América Latina: Observations on Transformative Constitutionalism*, Symposium on the Constitutionalization of International Law in Latin America, 109 AJIL Unbound 109 (2015), at “A New Approach”, <http://www.icconnectblog.com/2015/11/symposium-on-the-constitutionalization-of-international-law-in-latin-america/>

venezolanos el derecho a demandar protección a sus derechos humanos ante los organismos internacionales. La Constitución venezolana además de plasmar la responsabilidad internacional en tu texto, incorporó como remedio a la violación de derechos humanos el poder para los ciudadano de solicitar su protección ante los cuerpos internacionales correspondientes.

Categoricamente el actual régimen violenta el derecho a la auto-determinación al transgredir masivamente los derechos y la dignidad del pueblo. Así lo demuestran en la esfera internacional decenas de reportes e investigaciones de los mas importantes organismos internacionales, entre los cuales destaca el emitido por OHCHR de las Naciones Unidas en junio del 2018, titulado “La violación a los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela. Un espiral descendente sin un final a la vista.”³⁷ Similar en sus conclusiones es el reporte de la Comisión Inter-Americana de los Derechos Humanos presentado en diciembre del 2017 titulado “Instituciones democráticas, el Estado de Derecho, y los Derechos Humanos en Venezuela.”³⁸ Estos reportes cuentan con una incontrovertible legitimidad internacional como soporte de la ausencia de legitimidad del régimen usurpador en Venezuela.

Como elemento del Derecho Internacional, en defensa de la democracia, el Consejo de seguridad de las Naciones Unidas ha emitido una serie de resoluciones en las que declara adecuadas las medidas contra la usurpación gubernamental correspondientes a la prerrogativa soberana de los pueblos a ser gobernados por autoridades democráticamente electas.³⁹ Por su parte, la escuela “Monista de la Democracia” acuerda a la autoridad legislativa, ganadores de elecciones justas y libres, poderes plenos. Así lo sostuvo el ex presidente de los Estados Unidos Woodrow Wilson en su celeberrima tesis doctoral: “El Gobierno del Congreso”.⁴⁰

También es elemento que configura la perdida de legitimidad soberana internacional del régimen de facto el convenir y así permitir la presencia en el territorio del país de fuerzas armadas de otros estados para colaborar con la violaciones referidas, en nuestro caso con el régimen de facto. Al respecto Kenny & Butter son enfáticos: “Utilizando el concepto de protección legitima, este articulo sostiene que al estado le esta prohibido invitar fuerzas militares externas para que intervengan en una situación que envuelva crímenes R2P si el estado invitado comete o es cómplice de estos crímenes.”⁴¹ La presencia de fuerzas militares foráneas en territorio venezolano constituye una “agresión” contra Venezuela. Efectivamente, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1951 para la agresión formuló la siguiente definición:

³⁷ United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), dated June 2018, Human Rights violations in the Bolivarian Republic of Venezuela: downward spiral with no end in sight, U.N. Doc (2018),

³⁸ Organization of American States, Rep. Inter-Am. Comm’n H.R., Democratic Institutions, the Rule of Law and Human Rights in Venezuela, dated, official records OEA/Ser.L/V/II, 13-44, (Dec. 31th 2017)

³⁹ Luis E. Fielding, *TAKING THE NEXT STEP IN THE DEVELOPMENT OF NEW HUMAN RIGHTS: THE EMERGING RIGHT OF HUMANITARIAN ASSISTANCE TO RESTORE DEMOCRACY*, 5. See also,; Duke J. Comp. & Int’l L. 329, (1995). (“In the series of resolutions regarding Haiti, the Security Council extended humanitarian intervention to include measures against the usurpation of the sovereign prerogative of a population to be governed by those it has democratically elected”.)

⁴⁰ Woodrow Wilson, *Congressional Government*, Boston y Nueva York, Houghton Mifflin Company, 1885.

⁴¹ Kenny & Butter, *Supra nota 27*, p. 2.

La Agresión es la amenaza o uso de la fuerza de un Estado o gobierno, contra otro Estado, de cualquier forma, cualquiera sean las armas empleadas, sea abiertamente o de otra forma, por cualquier motivo o propósito distinto a la defensa propia individual o colectiva o en acatamiento a una decisión o recomendación hecha por el órgano competente de las Naciones Unidas.⁴²

IV. CONCLUSIÓN

Venezuela ha vivido una situación probablemente sin precedentes en la historia reciente. Se han cercenado derechos fundamentales a los individuos y a la sociedad, se ha conculcado la libertad, la democracia, la dignidad humana y el soberano derecho a la autodeterminación de nuestro pueblo. El socialismo del siglo XXI ha causado un gigantesco impacto político, económico y jurídico nacional e internacional que ha desboronado las tradicionales herramientas jurídicas y políticas para formular análisis locales o exclusivamente internacionales. Ello nos ha obligado a buscar nuevas dimensiones teóricas en las ciencias políticas y jurídicas no solo para lograr entender y explicar el fenómeno, más importante aún para lograr restablecer la libertad en nuestro país. La contemporánea conjunción del derecho constitucional y el derecho internacional moldea, al menos jurídicamente, un camino para enfrentar la dramática situación que vive Venezuela la cual dejó de ser un problema local, dejando de ser siquiera un problema que corresponda al derecho internacional exclusivamente, pasando a ser un problema de la Humanidad. La noción de Constitución Internacionalizada se aproxima apropiadamente, no restringe el lente a normas locales ni tan siquiera a las internacionales; aborda el conflicto desde una visión sin fronteras en la que intenta amalgamar esas perspectivas para crear una nueva y probablemente superior noción para el derecho en torno a la humanidad que permita abordar más adecuadamente problemas como los que vive hoy Venezuela.

⁴² U.N. Doc. N° A/CN.4/L.31 at 27 (1951)

MARCO JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA: ¿UN “NUEVO” DERECHO ADMINISTRATIVO?

Profesor Luis Carlos SÁCHICA, *in memoriam*.

Guillermo Sánchez Luque*

Abogado

Resumen: *La Constitución de 1991 replanteó las bases del derecho administrativo, al superar la concepción del servicio público como función administrativa. Sin embargo, esta rama del derecho sigue teniendo un rol determinante no solo por vía de la regulación y el control (la tradicional “policía administrativa”), sino porque los caracteres esenciales del servicio público han permanecido, a pesar de no ser un monopolio estatal. En la primera parte, se estudiará como el marco constitucional, si bien prevé una reserva de ley en esta materia, otorga al Congreso una limitada libertad de configuración normativa. En la segunda parte, se expondrá cómo la Ley 142 de 1994 –en tanto ley de intervención económica– tiene las características y bondades de los códigos del siglo XIX.*

Palabras Clave: *Derecho administrativo, servicios públicos, constitución económica, reserva de ley, libertad de configuración legislativa, Estado Social de Derecho, leyes de intervención económica, leyes código, Ley 142 de 1994, seguridad jurídica.*

Abstract: *The 1991 Constitution changed the foundations of administrative law, overcoming the concept of public service as an administrative function. Nonetheless, this law specialty continues to play a decisive role not only through regulation and control (the traditional “administrative police”), but also because the essential characteristics of public utility remain, despite not being a state monopoly. The first part will review how the constitutional framework reserves this matter to be regulated by law, but grants Congress limited freedom for legislative reform. The second part will address how Law 142 of 1994 –as a law on economic intervention– has the characteristics and virtues of 19th century’s codes.*

Key words: *Administrative law, public utilities, economic constitution, principle of legal reserve, freedom for legislative reform, social rule of law State, laws on economic intervention, code laws, Law 142 of 1994, legal certainty.*

* Profesor del derecho constitucional, administrativo y económico del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, de la Pontificia Universidad Javeriana, y de la Universidad Externado de Colombia. Ha sido titular del curso de derecho administrativo de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente es Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

INTRODUCCIÓN¹

1. En vigencia de la Constitución anterior, los factores esenciales que servían para determinar si un servicio era público eran: (i) procurar la satisfacción de una necesidad de interés general; (ii) ser ofrecido en forma indiscriminada y en igualdad de condiciones; (iii) ser indispensable para la comunidad, es decir, que su suspensión alterara las bases de la actividad regular de aquella, haciendo imposible el normal desarrollo de las actividades diarias y que (iv) su interrupción, así fuera transitoria, afectara toda la vida de la comunidad².

Aunque la Constitución de 1991 replanteó en forma radical el papel del Estado en el ámbito de los servicios públicos, estos cuatro atributos siguen en pie. El constituyente dio respuesta a una crisis profunda del monopolio público (servicio público como “función administrativa”) –elemento que hoy bien podría calificarse de accidental– que estalló en la década de los años noventa del siglo XX, pero sus decisiones no afectaron estos caracteres esenciales, que permanecen incólumenes: el interés general (que no es –ni ha sido– privativo del Estado); el servicio universal; su asociación a finalidades sociales o comunitarias y la no interrupción de su prestación (prohibición de huelga). Los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente se enfrentaron a un agudo problema de financiación (fiscalmente inmanejable), dificultades enormes de cobertura, muy precaria prestación en términos de calidad, incrementos sorpresivos en las tarifas y consecuentes paros que desembocaron en graves alteraciones del orden público³.

Atender debidamente (en forma continua, uniforme, general y obligatoria), por ejemplo, la demanda de energía exigía una expansión de la oferta basada en el impulso a la inversión privada en toda la cadena de este estratégico sector de la economía: un esquema de mercado de bolsa, con competencia en generación y comercialización, para mejorar cobertura y calidad. Y al hacerlo, el constituyente formuló un catálogo de preceptos que regulan en detalle la materia: una auténtica reformulación del modelo de Estado, pero que –se insiste– mantuvo esos cuatro caracteres tradicionales del servicio público.

2. La Constitución de 1991 estableció un conjunto articulado y sistemático de preceptos –cuya base está en el capítulo quinto del Título XII– y una norma transitoria (art. 48) para que su desarrollo legal fuera expedito. Adicionalmente, otras disposiciones constitucionales (los artículos 1, 13 inciso 2°, 78, 95.9, 150.23, 300.1, 313.1 y 95.9) guardaron relación estrecha con la materia. En 1991 se perfiló, pues, una suerte de “Constitución económica de los servicios públicos”.

¹ Este artículo está basado en una conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, en noviembre de 2019 y será publicado en Dangond Gibsone, Claudia (Editora), *Nuevas tendencias del derecho administrativo, conmemoración de los primeros 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Tirant lo Blanch, 2020. Se incluye en esta Revista con la amable autorización de la editora de ese libro. Agradezco muy especialmente a los colegas Carolina Ávila, Luisa Villarraga, Mauricio Gómez y Diego Rueda por su invaluable colaboración en la consulta y organización de algunas de las fuentes bibliográficas, lo mismo que a Margarita Forero y a Max Rodríguez por sus observaciones.

² SÁCHICA, Luis Carlos, *Constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Temis, 1983, pp. 312 y 313.

³ La “piedra de Rosetta” de este régimen constitucional de los servicios públicos está en las memorias de un seminario sobre la intervención del Estado en la economía en los años noventa del siglo pasado: Ochoa, Francisco, Valencia, Darío y Ayala, Ulpiano, “Servicios públicos e intervención del Estado”, en *Seminario sobre la intervención del Estado en la economía*, Bogotá, Comisión presidencial para la reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano, Grupo Editorial 87, 1990.

Por decisión del constituyente, los servicios públicos ya no se regulan como una expresión de la función pública (y concretamente de la administrativa). Por lo mismo, no son –como aun señalan algunos pronunciamientos judiciales aislados– el ejercicio de funciones públicas por particulares⁴, ni son una manifestación de la descentralización por colaboración, pues no se trata de la asignación de funciones administrativas a los particulares (artículo 210 inc. 2º y artículo 123 inciso 3º CN)⁵.

3. Los servicios públicos no pasaron a manos de los operadores particulares en una suerte de “privatización”, sino que lo que ocurrió fue una “desmopolización” para permitir la operación de agentes públicos, privados y mixtos en un esquema de competencia. Naturalmente esto implicó que el centro de gravedad del derecho administrativo ya no sea la prestación de los servicios públicos, como expresión de un monopolio público, o al menos, ya no como había sido tratado tradicionalmente, bajo el influjo poderoso de la perspectiva estatista o clásica. Ello no significa que el Estado (la Administración) ya no juegue un rol determinante. El cambio constitucional fue concebido para buscar una mejora significativa de la prestación en términos de cobertura, calidad y financiación.

4. Con base en este nuevo marco constitucional, fueron expedidas las dos grandes leyes sectoriales que –luego de un cuarto de siglo y a pesar de algunos ajustes– se han mantenido en su esencia. Las leyes 142 y 143 de 1994 dieron sepultura a la concepción del servicio público como función administrativa, al desarrollar los mandatos constitucionales que eliminaron el monopolio oficial, pero conservaron un rol determinante del Estado justamente para garantizar la continuidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad que siguen siendo los atributos propios de su prestación.

El derecho colombiano tomó así distancia de la histórica escuela realista de Burdeos –la bella ciudad de Montaigne– liderada por Duguit⁶ y que tuvo soporte en dos históricos pronunciamientos: el *arrêt Blanco* del Tribunal de Conflictos de Francia del 1 de febrero de 1873 y el no menos importante *arrêt Terrier* del 6 de febrero de 1903, que pregonaron una perspectiva estatista de su prestación⁷.

⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-702 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 2-2] y sentencia C-736 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [fundamento jurídico 5.3]. También algunos expertos siguen sosteniendo que “cuando se gestiona la prestación se están desarrollando funciones de naturaleza administrativa por el vínculo existente entre estas actividades y los fines del Estado” (Montaña Plata, Alberto, “El régimen normativo de la responsabilidad contractual en los servicios públicos domiciliarios-Configuración teórica de las prerrogativas públicas y protección del capital en consideración con su destinación”, en AAVV *Memorias IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 599 y ss.).

⁵ Ello era claro en vigencia de la Constitución de 1886, en la que la descentralización se concebía como un método que permite la mejor prestación de los servicios públicos, donde se organizan las entidades territoriales de primer y segundo grado, con vocación universal para prestar los servicios públicos que requieren sus habitantes, *vid.* SÁCHICA, Luis Carlos, “De la descentralización a la co-gestión y la autogestión participativas”, en *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, n.º 539 vol. 80, Bogotá, julio-septiembre de 1987, p. 67.

⁶ Cfr. Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Librería Española y extranjera, 1926, pp. 85 y ss. Otro de sus más caracterizados exponentes esta escuela, llegó a afirmar que los servicios públicos constituían “la piedra angular del derecho administrativo francés” (Jèze, Gaston, *Principios generales del Derecho Administrativo I*, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. XL).

⁷ Una aproximación a la noción tradicional del servicio público –“llave en el derecho administrativo galo”– en Prat, Julio “Los servicios públicos”, en AAVV *El derecho administrativo en América*

5. No será esta la oportunidad para referirnos a los enormes desafíos que enfrenta esta legislación sectorial. Por un lado, las normas legales que han venido atomizando la materia: particularmente la Ley 1340 de 2009, que trasladó las atribuciones que en materia de derecho de la competencia había asignado la propia Constitución de la Superintendencia de Servicios Públicos a la Superintendencia de Industria y Comercio y la Ley 1341 de 2009 que –al aducir razones técnicas de peso– precipitó la expedición de una legislación especial y, al hacerlo, despojó a la misma entidad del control de las telecomunicaciones, que bien podría haber asumido en materia no domiciliaria.

Inseguridad normativa, derivada del anhelo de expedir leyes sectoriales que –por supuesto– socavan el carácter general y abstracto de una legislación bien concebida, para suplirla por normas *ad-hoc*. La certeza del derecho cedió así paso a una sobreproducción normativa, a una pretendida “especialización”. Ley de competencia y ley de telecomunicaciones que parecieran haber ignorado las ventajas de tener un solo cuerpo normativo, como fue el concebido en 1994 (aunque se trate de dos leyes distintas, la 142 y la 143 forman una unidad inescindible).

Por otro lado, están las continuas reestructuraciones, los consabidos “antitrámites”, las muy discutibles leyes del plan (que pretenden concebir en un solo cuerpo normativo desarticulado todo un marco jurídico institucional cada cuatro años). Todas ellas son amenazas constantes a la estabilidad y coherencia que caracterizaron a ese cuerpo completo y sistemático de normas adoptado en 1994. Por supuesto que los ajustes, cuando se requieren de veras, son necesarios. Pero la solidez y la estabilidad deberían preferirse a la “innovación” y al cambio por el cambio.

Este trabajo tampoco se ocupará de las graves distorsiones que, en “defensa” del usuario, han provocado los jueces “constitucionales” (en acciones de grupo, populares, de cumplimiento y de tutela). Profusión de decisiones judiciales, en sentidos muchas veces encontrados, basadas cada vez más en interpretaciones flexibles de vaporosos principios, que en reglas claras por todos conocidas. Culto al “precedente” en un país que no solo hace parte de otra tradición jurídica, sino también en el que los criterios jurisprudenciales mudan con asombrosa rapidez. “Judicialización” de los servicios públicos que no solo se rebela contra el modelo mismo (pues el juez incluso desafía los mandatos constitucionales, so pretexto de aplicar otros), sino que –y es lo más grave– pone en riesgo la viabilidad financiera del esquema.

No hay duda que una regulación constitucional tan detallada, como es la de los servicios públicos, no es propia de la redacción de disposiciones de una ley fundamental. No será este el espacio para esa reflexión, que se antoja inaplazable. Como tampoco para evaluar por qué esta discutible “fórmula” de regulación constitucional detallada ¿casuista? ha funcionado, tampoco para aventurar a adivinar por cuánto tiempo más funcionará...

6. Con esta perspectiva, la primera parte de este texto se limitará a presentar el marco constitucional: su abundante regulación y su proyección en la configuración de la legislación sectorial (con énfasis en la Ley 142 de 1994). En la segunda, se estudiará el marco legal, centrado por un lado en sus particularidades como legislación de intervención económica y, por otro, en sus aspectos singulares que lo han convertido en una suerte de “neocodificación”.

Latina II, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1986, pp. 232 y ss. Sobre la crisis de la noción jurídica de servicio público en derecho francés y su proyección en nuestro derecho administrativo ver Vidal Perdomo, Jaime, “Mito y realidad del servicio público”, en (Guillermo Sánchez Luque et al. editores) Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, *Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica IV*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2001, pp. 27 y ss. y Santofimio Gamboa, Jaime Orlando y Béjar Rivera, Luis José, *El servicio público: Aproximaciones a su estructura teórica*, México, Ubijus-Universidad Panamericana, 2013.

I. MARCO CONSTITUCIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: ¿RESERVA LEGAL CON UN PRECARIO MARGEN DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA?

7. La Constitución no solo adoptó una trascendental decisión política al asociar los servicios públicos domiciliarios a las finalidades sociales del Estado, sino que también encomendó su regulación al legislador y, al hacerlo, preconfiguró todo el esquema y –con ello– a nuestro juicio, dejó muy poco margen de apreciación para definirlo.

1. *Constitución y servicios públicos domiciliarios: el legislador, regulador por excelencia*

8. Se ha dicho que el derecho constitucional estudia lo que el Estado es, mientras que el derecho administrativo estudia lo que el Estado hace. Si desde la Constitución se replanteó el papel del Estado –ya no es prestador monopólico– sino que es garante (su “obligación de hacer”, es decir de ejecutar un hecho, ya no tiene por objeto el servicio sino la garantía de su prestación), es forzoso admitir que las bases de todo el derecho público cambiaron.

Además, si “el Estado es lo que hace” –según Laski– y en servicios públicos ya no tiene el monopolio oficial, necesariamente tiene que replantearse el derecho administrativo, un derecho de gestión, de ejecución por antonomasia. La jurisprudencia ha reconocido –tácitamente– que el constituyente replanteó los fundamentos del derecho administrativo, que tradicionalmente había sido concebido como el derecho de los servicios públicos, al tratarlos como una actividad económica de interés general, un “nuevo servicio público” propio de una economía social de mercado⁸.

⁸ Según el Consejo de Estado: *El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción “francesa” de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de Agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación [...] En otras palabras, el bien jurídico colectivo por proteger no refiere a la función administrativa, sino a los derechos propios de los consumidores y usuarios particularmente en lo relativo a la calidad del servicio y a su precio.* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, Rad. AP 020, C.P. María Elena Giraldo Gómez [fundamento jurídico C]. En sentido similar, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2005, Rad. AP 254, C.P. María Elena Giraldo Gómez [fundamento jurídico C]; sentencia de 24 de febrero de 2005, Rad. AP 1470, C.P. Ramiro Saavedra Becerra [fundamento jurídico 2.1]; auto de 17 de febrero de 2005, Rad. 27673, C.P. Alier Hernández Enríquez [fundamento jurídico 2]; sentencia de 26 de enero de 2006, Rad. AP 1944, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 2]; sentencia de 26 de enero de 2006, AP 1640, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1], SV Alier Hernández Enríquez; sentencia de 2 de marzo de 2006 Rad. AP 543, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1] SV Alier Hernández Enríquez; sentencia de 2 de mayo de 2007, Rad. 16257, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1]; auto de 18 de julio de 2007, Rad. 29745, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1.3], AV Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP 004, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 2]; sentencia de 19 de junio de 2008, Rad. AP 005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3.1] AV Enrique Gil Botero; Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de junio de 2011, Rad. 32018, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 4], SV Stella Conto Díaz del Castillo; sentencia de 15 de noviembre de 2011, Rad. 21178, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [funda-

9. Con todo, el marco legal de los servicios públicos conserva excepcionalmente un componente “administrativista clásico”. Pareciera no abandonar definitivamente su asimilación a una especie de función administrativa, *v.gr.* una defensa del usuario como manifestación de autotela de la Administración o privilegio de lo previo (arts. 152 y ss. Ley 142) y un régimen de contratación de derecho común sometido –curiosamente– a los principios de la función administrativa, cuando ya no se asimila a esta (artículo 13 de la Ley 1150 de 2007).

10. Si bien la Constitución previó una desmonopolización de los servicios públicos, ello no significa que el asunto dejó de preocupar al Estado: de una “obligación de dar” (servicio público como función administrativa) se pasó a una “obligación de hacer” (intervención económica vía regulación y control).

El Estado, en su nuevo rol de garante, no se aleja, sino que –muy por el contrario– reconoce expresamente que el servicio está estrechamente vinculado a sus finalidades sociales (persisten la continuidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad, como notas distintivas de un servicio de interés general). El punto de partida de la regulación de los servicios públicos, claramente, es su vinculación estrecha con las finalidades sociales del Estado.

En otras palabras, la eliminación del monopolio público no supuso el extrañamiento del Estado en estas materias. El título del capítulo quinto del Título XII de la Constitución es elocuente: “De la finalidad social del Estado”. Sin embargo, pareciera no haber nada nuevo bajo el Sol... Antes de la Carta vigente, la Corte Suprema de Justicia, cuando oficiaba como juez de constitucionalidad, había puesto de presente –como anticipándose a lo que luego se adoptaría en 1991– que el servicio público era un “concepto equivalente pero no igual al de ‘función social’ que se refiere exclusivamente al dominio privado”⁹.

El Estado social de derecho no apareció en el constitucionalismo colombiano –como muchos sostienen– en 1991, sino que irrumpió –rodeado de una vigorosa discusión en las cámaras legislativas– en la célebre reforma constitucional de 1936 –de la mano del Maestro Echandía– y luego sufriría importantes transformaciones en la no menos importante reforma de 1945 y finalmente adquirió un perfil muy “afrancesado”, en la histórica reforma de 1968, en la que jugó un rol determinante el profesor Vidal Perdomo.

El capítulo 5 del Título XII CN, en plena simetría no solo con el artículo 1 –y particularmente con el principio constitucional de la solidaridad– sino también con el inciso segundo del artículo 13, y con el artículo 95.9, reclamó una “justicia social redistributiva”. Y, por ello, los artículos 365, 366, 367 y 368 C.N. se ocuparon gradualmente de concretar la genérica cláusula de Estado social de derecho del artículo 1 C.N. y –al hacerlo– defieren a la ley (no a los jueces) su desarrollo. La Constitución previó un “catálogo sintético” de normas sobre la materia al incorporar el tema en el Título XII en un capítulo propio, donde procuró tratarlo:

“con profundidad y autonomía” y al efecto dispuso que el mandamiento constitucional sea claro y directo para que la ley, los jueces, los usuarios y cualquier ciudadano tenga en la Carta una verdadera guía de conducta para comprender este tema vital en sus relaciones de comunidad [...] Muchas veces el principio y la letra final constitucional se han quedado escritas esperando su desarrollo legal, sin que éste llegue jamás.

mento jurídico 1.3] y *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis [fundamento jurídico 4.1.1.3].

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de noviembre 16 de 1978, M.P. Luis Carlos Sáchica [fundamento jurídico párr. 6] en Gaceta Judicial N° 2397, pp. 262 a 263.

*No queremos que esto vuelva a suceder con un tema tan vital para el porvenir del país y, es por eso que, contrariando un poco la técnica tradicional, proponemos que sea en la Constitución donde se dejen establecidas, de una vez, las reglas de juego propias a la finalidad social del Estado.*¹⁰

11. Si bien la “desmopolización” supuso un replanteamiento de la concepción del servicio público como función administrativa, el derecho colombiano está muy lejos de marginar el asunto del derecho administrativo. Un derecho que todavía se erige en un conjunto normativo de garantías para su prestación continua, uniforme, general y obligatoria. Al efecto, el constituyente quiso que fuera la ley la encargada de regular los servicios públicos y no solo en este sensible punto de su financiación y cobertura universal. Explícitamente también la Constitución reservó al legislador otros ámbitos de la definición de su marco jurídico.

Así el artículo 365 encomendó al legislador la definición del régimen jurídico aplicable a los operadores. A su vez, el artículo 367 confió a la ley la regulación de las competencias y responsabilidades en materia de prestación y calidad (además de la financiación y régimen tarifario). En consonancia con estos preceptos, los artículos 366 y 368 –de manera tácita– asignaron a la ley la regulación –cuando aluden a los presupuestos– en el ámbito nacional. Igualmente, la Constitución atribuyó al legislador (y no al regulador administrativo y mucho menos a la jurisprudencia) la definición del régimen jurídico de los operadores (art. 365).

12. Del mismo modo, el artículo 369 C.N. asignó a la ley la definición de los derechos y deberes de los usuarios, su protección, las formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan los servicios y la participación de los municipios en las entidades o empresas que los presten. A su turno, el artículo 370 C.N. dispuso que las dos clásicas manifestaciones de la intervención del Estado en el mercado (regulación y control) deben ejercerse con sujeción a la ley.

De manera que la Constitución previó el rol interventor (policía administrativa en la nomenclatura tradicional del derecho administrativo) y –al hacerlo– dejó en claro que está sometida a la ley. Asimismo, el numeral 23 del artículo 150 CN estableció una clara diferencia entre las leyes que regulan el ejercicio de funciones públicas (entre ellas las “funciones administrativas”) de las que regulan los servicios públicos.

13. Con esta perspectiva el artículo 48 transitorio obligó al Gobierno a presentar un proyecto de ley en un plazo perentorio (tres meses) y si al término de las dos primeras legislaturas el Congreso no lo aprobaba, el presidente de la República quedaba investido para adoptarlo mediante decreto con fuerza de ley. Aunque esta situación no se presentó, muestra a las claras el rol determinante de la ley para la Constitución de 1991 y, al hacerlo, el constituyente creó una curiosa ¿antidemocrática? condición resolutoria expresa a la competencia constitucional del Congreso de la República.

14. En definitiva, una genuina “Constitución de los servicios públicos” que no se limitó a eliminar el monopolio estatal de la prestación, sino que también perfiló el régimen jurídico de los operadores, los derechos de los usuarios y la institucionalidad del sector. Aunque el legislador tiene un margen de autonomía en la elaboración de las leyes, esta atribución debe ejercerse teniendo en cuenta el marco constitucional descrito, que es bastante exhaustivo.

¹⁰ Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* N° 53, 18 de abril de 1991, pp. 2 a 6. En sentido similar vid. *Gaceta Constitucional* N° 85, 29 de mayo de 1991, p. 21.

2. *Constitución y servicios públicos: ¿libertad de configuración legislativa relativa?*

15. El artículo 365 CN no se limitó a deferir a la ley el desarrollo legal del marco jurídico, sino que al hacerlo fijó sus precisos contornos: (i) al “desmonopolizar” las actividades, que permitió la inversión privada en el sector; (ii) al “insinuar” un régimen jurídico homogéneo para los operadores; (iii) al permitir –excepcionalmente– la “remonopolización” en cabeza del Estado, pero bajo ciertas y muy exigentes condiciones: ley de iniciativa del Gobierno, aprobada por una mayoría calificada e indemnización previa y plena a quienes queden privados de una actividad lícita.

16. Los artículos 365 y 367 CN también definieron quiénes pueden ser operadores de los servicios públicos: El artículo 365 CN señaló que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado (directa o indirectamente), por comunidades organizadas y por los particulares. En desarrollo de este mandato, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 distinguió seis distintas modalidades de prestadores¹¹.

A su turno, el artículo 367 en su inciso 2° previó la prestación directa por parte de los municipios y al hacerlo anticipó el desarrollo legal de esta materia, contenido en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994¹². Y la prestación indirecta (contratos de concesión –la ley los denomina eufemísticamente áreas de servicio exclusivo¹³–, arrendamiento u operación¹⁴, arts. 39 y 40 de la Ley 142 de 1994 y 54 de la Ley 1537 de 2012).

17. El artículo 365 de la Constitución impuso al legislador la unificación del derecho aplicable para todos los operadores, dentro de un esquema de libre competencia¹⁵. Al abandonar el monopolio público de la prestación, la Carta adoptó un esquema de mercado que no permite tratamientos asimétricos o diferenciales. Régimen de contratación especial que si bien la Corte Constitucional –al estudiar su exequibilidad– consideró que competía definirlo a la ley¹⁶, lo cierto es que el margen de apreciación fue limitado por la Carta.

¹¹ (i) Las empresas de servicios públicos (prestador prototipo); (ii) productores de servicios marginales, independientes o para uso particular; (iii) municipio prestador directo; (iv) comunidades organizadas; (v) empresas industriales y comerciales del Estado (excepcionalmente) y (vi) entidades descentralizadas autorizadas en periodos de transición, *Cfr.* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de octubre de 2006, Rad. AP 1843, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1]; auto de 18 de julio de 2007, Rad. 29745, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1.2], AV Ramiro Saavedra Becerra.

¹² *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-284 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 3.2] y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP 004, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 4].

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de agosto de 2008, Rad. AP-888, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3], SV Mauricio Fajardo Gómez; Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de junio de 2011, Rad. 32018, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3.1], SV Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁴ Sobre la reforma del artículo 4° Ley 689 al parágrafo del artículo 39 de la Ley 142, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de junio de 2008, Rad. AP 005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3.2].

¹⁵ *Cfr.* Palacios Mejía, Hugo, “Derecho público y derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos”, en *Revista Supervisión N° 2*, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Bogotá, 1996, pp. 15 y ss.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 4].

La legislación, con base en lo ordenado por el artículo 365 C.N., previó un régimen jurídico homogéneo para los distintos agentes que concurren en el mercado, un esquema jurídico que permitiera el desarrollo de las actividades empresariales dentro de un esquema de libre competencia, como “medio adecuado para satisfacer las necesidades de la población”¹⁷.

Así, el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 –en armonía con los artículos 30 y 32 de esa ley y con los artículos 8 párrafo y 76 de la Ley 143 de 1994 (sector eléctrico¹⁸)– previó que por regla general los contratos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios de carácter estatal estarían sometidos al derecho privado, cuando aquellos tuviesen por objeto la prestación de dichos servicios¹⁹. Para brindar mayor claridad, el artículo 3 de la Ley 689 de 2001²⁰ (precepto que sería luego retomado por el artículo 55 de la Ley 1341 de 2009, para el sector de las comunicaciones) prescribió que los contratos de las entidades estatales prestadoras de servicios públicos no se rigen –en principio– por el Estatuto General de Contratación Estatal²¹.

A nuestro juicio, la libertad de configuración normativa no era tan amplia –como insinuó la Corte Constitucional– pues según la Constitución debía garantizarse un esquema de competencia y sin reglas uniformes, la libre competencia no sería objeto de una efectiva protección. Esa remisión general al derecho privado constituye una clara disposición de promoción de la competencia. Por ello la aplicación de los principios de la función administrativa del artículo 209, para los regímenes exceptuados como lo ordena el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 –a nuestro juicio– contraviene la Constitución, no solo por impedir que haya reglas uniformes necesarias en un mercado en competencia (arts. 333 y 365 C.N.), sino también porque, sin más, termina por asimilar de nuevo los servicios públicos a

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda [fundamento jurídico 4.5.1.4], SV Jaime Araújo Rentería y SVP Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas.

¹⁸ Cfr. Chemás Jaramillo, Jorge Eduardo, “Electricidad y derecho. Régimen de contratación y contratos de las empresas que forman parte del sector eléctrico colombiano”, en *Revista de Derecho Público* N° 14, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002, pp. 79 y ss.

¹⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 24 de febrero de 1995, Rad. 666 de 1995, C.P. Humberto Mora Osejo [fundamento jurídico 3c]; concepto de 19 de julio de 1995, Rad. 704, C.P. Roberto Suárez Franco [fundamentos jurídicos B1 y B2]; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 23 de septiembre de 1997, Rad. S-701, C.P. Carlos Betancur Jaramillo [fundamentos jurídicos b, f] SV Daniel Suárez Hernández; Sección Tercera, auto de 18 de julio de 2007, Rad. 29745, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1.1], AV Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 19 de junio de 2008, Rad. AP 005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3.2] y Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 15 de noviembre de 2011, Rad. 21178, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1.1].

²⁰ Cfr. Ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes en Gaceta del Congreso N° 538, 10 de diciembre de 1999, p. 3 y ponencia para primer debate en el Senado en la Gaceta del Congreso N° 186, 2 de junio de 2000, p. 9.

²¹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de agosto de 2012, Rad. 24463, C.P. Mauricio Fajardo Gómez [fundamento jurídico 3]; Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 2 de diciembre de 2013, Rad. AP 2130, C.P. Stella Conto [fundamento jurídico 4], AV Ramiro Pazos Guerrero; Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 29 de agosto de 2012, Rad. 25390, C.P. Danilo Rojas Betancourth [fundamento jurídico 8.1]; Sección Tercera, Subsección B, 15 de diciembre de 2011, Rad. 41339, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3.1].

una concepción estatista que superó la Carta de 1991, al tratarlos como el ejercicio de una “función administrativa”, cuando son una actividad económica²².

Por otra parte, el artículo 41 de la Ley 142 ordenó la aplicación, por regla general, del Código Sustantivo del Trabajo para las personas que prestan sus servicios a los operadores de servicios públicos. Precepto que también está en consonancia con el artículo 365 C.N., pues fue concebido para fijar unas mismas condiciones legales que propicien la competencia entre los agentes del mercado²³.

18. En materia tarifaria la Constitución tampoco dejó mayor margen de apreciación al legislador, pues precisó no solo que no habría gratuidad, sino que dio contenido jurídico concreto a la fórmula Estado social de derecho, al prever los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos, como determinantes del régimen tarifario aplicable a este sector de la economía.

En efecto, el artículo 365 CN ordenó que el servicio sea universal, es decir, para todos los habitantes del territorio nacional (lo que antes se calificaba de “generalidad”²⁴). Además, ese artículo también dispuso que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. El artículo 366 C.N., a su vez, prescribió que el bienestar general y que el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades propias del Estado social de derecho y además privilegió al sector de saneamiento y agua potable, cuyas necesidades básicas insatisfechas constituyen “objetivo fundamental” de la finalidad social del Estado. El inciso segundo del mismo mandato constitucional dispuso que “para tales efectos” el gasto social tendrá prelación sobre los demás gastos. Preceptos constitucionales concebidos, pues, para garantizar una igualdad real y efectiva (art. 13 inc. 2° CN).

El artículo 367 C.N., por su parte, estableció que el servicio es oneroso, pues el régimen legal de las tarifas debe consultar el criterio de costos. Al tiempo, esta norma constitucional señaló que la ley debe consultar la capacidad de pago de los usuarios, en tanto debe aplicar los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos. Un esquema que reconoce la situación de pobreza de muchos consumidores. El vértice de esta materialización de la cláusula Estado social de derecho, está sin lugar a dudas en el artículo 368 C.N. que previó la concesión de subsidios para que las personas de menores ingresos puedan cubrir sus necesidades básicas insatisfechas. Un esquema responsable desde el punto de vista presupuestal pues (i) los subsidios son focalizados a las personas de menores ingresos y (ii) solo para que puedan cubrir sus necesidades básicas. Un régimen que se anticipó a las reformas constitucionales que Europa haría –y que luego adoptó Colombia de manera no muy afortunada– sobre sostenibilidad fiscal.

Con esta perspectiva constitucional, la Ley 142 de 1994 formuló una serie de reglas especiales, de otorgamiento de subsidios que se han entendido por la jurisprudencia como una

²² Así lo dejó claro la jurisprudencia constitucional al estudiar, por ejemplo, la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-629 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis [fundamento jurídico 6].

²³ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C- 253 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara [fundamento jurídico segundo] AV Julio César Ortiz Gutiérrez, sentencia C-318 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero [fundamentos jurídicos 5 y 6], sentencia C-483 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 2.2] y Concepto Departamento Administrativo de la Función Pública-DAFP N° 50981 de 2010, disponible en www.funcionpublica.gov.co.

²⁴ El artículo el artículo 4 de la Ley 142, en desarrollo del artículo 56 C.N., prohíbe la huelga en servicios públicos esenciales *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-663 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 3.3].

excepción a la prohibición del artículo 355 CN de otorgar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas, y paralelamente, obligó a una facturación mayor a ciertos usuarios según su capacidad económica (estratificación socioeconómica), partiendo –en todo caso– de la no gratuidad²⁵.

19. El artículo 369 CN previó también una reserva de ley para la regulación de los derechos y deberes de los usuarios y su régimen de protección. Así, la Ley 142 se expidió como un estatuto singular de protección del consumidor de servicios públicos domiciliarios: regulación legal detallada de las condiciones uniformes del contrato de servicios públicos (arts. 128 a 133) que limitan la libertad de estipulación en tales contratos²⁶; concepto particular de “falla del servicio” (arts. 136 y ss.); medición y facturación del consumo (arts. 144 y ss.); defensa del usuario en sede de la empresa (arts. 152 a 159²⁷). Todo ello supuso la pérdida de vigencia de los artículos 44 y ss. del Decreto 1842 de 1991 que regulaba la forma de reclamar ante los prestadores.

La Constitución habla de “usuario” y, al hacerlo, perfiló un régimen singular de consumo en ese artículo 369²⁸. De ahí que la expresión administrado, propia de un servicio público entendido como “función administrativa”, fue cambiada por la de usuario. Un usuario que fue “la principal víctima del monopolio oficial”, según revela la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 142²⁹.

20. El Constituyente también concibió la institucionalidad sectorial. Muy lejos de los referentes anglosajones, las funciones tradicionales de intervención (regulación y control) no solo quedaron radicadas en el presidente de la República, con lo que los paralelos con esquemas de otros países resultan un tanto forzados (en Colombia es difícil de hablar de genuinas “autoridades administrativas independientes”), sino que además obligó que se bifurcara la intervención en autoridades distintas: la regulación en las comisiones y el control en la Superintendencia. Un esquema que en otras latitudes está concentrado en una misma autoridad.

²⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-580 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico B]; sentencia C-566 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [fundamentos jurídicos 1 -3.1 y 3.2-]; sentencia C-252 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz [fundamentos jurídicos 2 y 9]; sentencia C-086 de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía [fundamento jurídico 3]; sentencia C-041 de 2003, MP Jaime Córdoba Triviño [fundamento jurídico 3]; y C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda [fundamentos jurídicos 5.1 y 5.2.1] y sentencia C 353 de 2006, MP Clara Inés Vargas [fundamentos jurídicos 5 y 6], AV Jaime Córdoba Triviño, SV Humberto Sierra Porto, SV Jaime Araújo Rentería y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de marzo de 2006 Rad. AP 543 de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1] SV Alier Hernández Enríquez; sentencia de 12 de octubre de 2006, Rad. AP 833, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamentos jurídicos 1 y 4.5], AV Mauricio Fajardo Gómez.

²⁶ Cfr. Palacios Mejía, Hugo, “Derecho público y derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos”, en *Revista Supervisión N° 2*, Bogotá, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 1996, p. 12.

²⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-263 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell [fundamentos jurídicos 3 y 4], AV Julio César Ortiz, SV Eduardo Cifuentes Muñoz y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 7 de abril de 2011, Rad. AG 016, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamentos jurídicos 4 y 5].

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de abril de 2011, Rad. AG 016, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 4].

²⁹ Hommes Rodríguez, Rudolf et al., Exposición de motivos al Proyecto de Ley N° 197 de 1992-Senado, en *Gaceta del Congreso N° 162*, 1992.

El artículo 370 C.N. sentó las bases de la regulación –uno de los más caracterizados instrumentos de intervención– en cuanto a: (i) su titular (presidente de la República), (ii) alcance (subordinación a la ley³⁰) y (iii) separación de la función de control (el mismo precepto, aunque radicó también en el presidente, dijo que se desplegaría a través de la Superintendencia de Servicios Públicos). Regulación y control como expresiones distintivas de la policía administrativa asignada por la Constitución al Presidente de la República (arts. 150.8, 189.22, 365 y 370), en tanto el Estado es director general de la economía (art. 333 CN).

Potestad sancionatoria de la Administración, régimen represivo o corrector que quedó desde la Constitución radicado en una institución específica. De modo que desde la Constitución se “desintegraron” de las dos formas más representativas de la intervención del Estado en la economía: regulación y control (aunque su titular sea el presidente de la República), y al hacerlo también dejó, por un lado, claro la subordinación del regulador administrativo a la ley y, por otro, la separación de la tradicional función presidencial reglamentaria.

Adicionalmente, la Constitución configuró un control especial para las empresas: a la vez sobre el ámbito del derecho de la competencia, como sobre la gestión de los operadores. Si los artículos 365 y 370 C.N. dispusieron que la prestación debía ser “eficiente”, ello impuso un control de gestión trazado desde la Constitución. Por lo general, a las otras superintendencias no les compete el control de gestión de sus vigilados. En cambio, para la Superintendencia de Servicios Públicos, están los artículos 45 y ss. de la Ley 142, concebidos como un conjunto de normas que simplemente desarrollaron un control de gestión y resultados en este sector de la economía, que anticipó la Constitución.

Control de eficiencia que constituye uno de los vértices del régimen constitucional, que ejerce el presidente de la República a través de la Superintendencia sectorial, como manifestación del poder de intervención del Estado para racionalizar la economía y expresión de la policía sancionatoria. Y la Superintendencia es, según la jurisprudencia, manifestación esencial del papel directivo del Estado en la economía, ya que, en una economía concurrencial y dadas las externalidades propias del mercado, la Superintendencia resume ese rol insustituible del Estado: un reducto de lo público que no puede ser decidido por la racionalidad privada³¹.

La Superintendencia, como expresión de la potestad sancionatoria y correctiva del Estado³², es indispensable para asegurar esa eficiencia –de que hablan los artículos 365 y 370 C.N.– y para proteger al usuario y hacer eficaz la regulación³³. En desarrollo de ese control de gestión que ordenó la Constitución, la Ley 142 autorizó la toma de posesión de los operadores, como medida extrema que supone el desplazamiento del prestador por parte del Estado, en garantía de la continuidad en la prestación del servicio³⁴.

³⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1162 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo [fundamento jurídico 1] y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, Rad. 16257, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 2].

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, Rad. AP 1470, C.P. Ramiro Saavedra Becerra [fundamento jurídico 2.1].

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, Rad. AP 004, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3].

³³ Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* N° 22, 1991, pp. 51 y ss.

³⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, Rad. AP 1944, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3] y sentencia de 25 de octubre de 2006, Rad. AP 1843, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3].

21. Del marco constitucional expuesto se desprende que el legislador no tiene una libertad absoluta para configurar el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, pues la Constitución le impuso unos lineamientos claros y precisos en muchos aspectos. Pareciera que, desde la misma Constitución, se hubiese hecho un ejercicio propio del legislador, sin dejarle mayor margen de libertad de configuración normativa.

Una ley sometida y limitada en su contenido y alcance por la Constitución, pues esta reguló explícitamente muchos aspectos propios de la ley. Un legislador reducido a mero ejecutor de la Constitución, pues esta lo privó de esa potestad de configuración normativa –con natural a la democracia– que le hubiera permitido escoger alternativas distintas.

II. MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: NORMAS DE INTERVENCIÓN ECONÓMICA ¿LOS NUEVOS “CÓDIGOS”?

22. La Constitución confió al legislador, como se vio, la regulación de la materia (en detrimento de las atribuciones regulatorias de la Administración), pero al hacerlo limitó drásticamente la denominada “libertad de configuración normativa”. La Constitución, además, previó que debía adoptarse la regulación en una ley de intervención económica, dotada de una serie de particularidades que parecieran evocar las codificaciones que en el siglo XIX.

1. *Ley y servicios públicos: intervención económica, una modalidad particular de legislación*

23. En vigencia de la Carta anterior, el Consejo de Estado, en consonancia con lo ordenado por las reformas constitucionales de 1936 y 1945, había dejado en claro que las distintas formas de intervención estatal que autorizaba la Constitución requerían de previo mandato legal, es decir, eran “intervencionismo de operancia condicionada”³⁵.

Actualmente, la Constitución de 1991, en su artículo 150 numeral 21, previó que para los efectos de la intervención del Estado en la economía (arts. 334 y 365 a 370) la expedición de una tipología particular de las leyes. Según la Constitución, este tipo de leyes deben precisar los fines y alcances de la intervención y los límites de la libertad económica. Leyes que, por ello, deben regular en detalle y que dejan poco espacio al reglamento, pues suministran por sí mismas todos los elementos indispensables para su cumplimiento.

En otras palabras, estas leyes están concebidas para regular minuciosamente en defensa de la libertad económica, tanto desde la perspectiva de los agentes del mercado, como desde el ángulo del consumidor³⁶. Sobre el alcance de estas normas el Constituyente expuso:

*De allí debe surgir la obligación de una regulación legal económica, que determine las condiciones en que puedan prestar el servicio las empresas, bien sean públicas o privadas, los derechos de los usuarios, las normas para evitar despilfarros e ineficiencias, la forma como se deben estructurar y actualizar las tarifas para evitar abusos y también, al mismo tiempo, para garantizar la viabilidad financiera de las empresas y, en consecuencia, la continuidad de la prestación del servicio [...]*³⁷.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 4 de mayo de 1971, Rad. 548, C.P. Luis Carlos SÁCHICA [fundamento jurídico 7], SV Alberto Hernández Mora.

³⁶ Así también se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de esta ley, ver Congreso de la República, *Gaceta del Congreso N° 162*, 1992.

³⁷ Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional N° 48*, 1991, p. 12.

Por ello, las leyes de intervención económica son una suerte de nuevos “códigos”, ya que –como estos– pretenden agotar una materia al regularla íntegramente en forma metódica, sistemática y ordenada. Dicho de otra manera, los códigos sustantivos (en particular el Código Civil) vienen a ser el “antecedente” remoto de las leyes de intervención económica.

El Código Civil, en tanto regulación detallada y exhaustiva de una materia (en particular los libros III y IV) y el Código de Comercio configuraron, en su momento, la definición de la política legislativa en materia económica, al reconocer la libertad contractual como base de las relaciones negociales³⁸. No se olvide que la libertad económica, en el siglo XIX se denominaba libertad de comercio y de industria³⁹.

24. En desarrollo de este mandato constitucional, el artículo 2 de la Ley 142 –y a partir de este precepto toda la ley– se ocupó de precisar los fines de la intervención. En términos muy similares, fueron concebidos el artículo 4 de la Ley 143 de 1994, para el sector eléctrico y el artículo 4 de la Ley 1341 de 2009, para el sector de las comunicaciones y TIC⁴⁰ (aunque dejó de calificar de “domiciliarios” varias actividades que antes lo eran, lo cierto es que sigue muy de cerca los lineamientos normativos de las leyes de 1994).

El numeral 2.1 del artículo 2 de la Ley 142 dispuso que la ley no solo busca garantizar la calidad del bien objeto del servicio (como sucede en todos los demás mercados, donde esta materia y el precio constituyen el centro de las preocupaciones), sino también asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios, como ordena el artículo 366 C.N. (materia luego regulada en detalle por los artículos 11.1, 45 a 52 y 136 de la Ley 142).

Por su parte, el numeral 2.2 del artículo 2 de la Ley 142 previó que el Estado interviene para ampliar permanentemente la cobertura, mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios (en desarrollo, se repite, de los artículos 365, 366, 367 y 368 CN), en lo que podría ser considerado un *leitmotiv* del “nuevo servicio público” y, por ello, otros mandatos legales van en la misma dirección: los artículos 2 numerales 2.8 y 2.9; 3 numerales 3.2 y 3.7, 5, numerales 5.3 y 5.4; 11 numeral 11.3; 86 num. 86.2; 87, num. 87.3 y 87.4; 89 numeral 89.8 y 99 a 104 de la Ley 142 de 1994, entre otros, en consonancia con los artículos 6, 23 literal h) y 47 de la Ley 143 del mismo año:

¿cómo ampliar la cobertura en un país con serios problemas de distribución del ingreso y, por lo mismo, con una mermada capacidad de pago de gran parte de los usuarios?, la respuesta constitucional es doble. En primer lugar, el artículo 366 señala el camino presupuestal, esto es, a través de “gasto público social”, el cual como ya se advirtió tiene prioridad sobre cualquier otra asignación. En segundo lugar, el artículo 368 autoriza la concesión de subsidios en orden a que los usuarios de estratos bajos puedan pagar el servicio [...] y por ello la solidaridad encuentra un reflejo incontestable en los dos preceptos constitucionales citados, como expresión del “principio de justicia social distributiva” [...] Subsecuentemente, el artículo 368 Superior se erige en pieza fundamental del Estado social de derecho, como instrumento de materialización del valor superior de la solidaridad y concreción del principio de dignidad humana sobre el que se funda nuestro ordenamiento jurídico.

³⁸ El Código Civil mostró la verdadera neutralidad económica de la Carta de 1886 en su texto original, pues al margen de los tradicionales asuntos hacendísticos (presupuesto, impuestos, situado fiscal, etc.), el señor Caro inteligentemente la limitó a reconocer tácitamente a la libertad como base de la actividad económica, dotando de esta manera un amplio margen de apreciación al legislador. Libertad de conformación normativa que el Congreso comenzó a perder con las reformas constitucionales de corte “intervencionista” (1936, 1945 y 1968).

³⁹ Martín Retortillo, Sebastián, *Derecho administrativo económico I*, Madrid, La Ley, 1988, p. 128.

⁴⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-570 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [fundamento jurídico 6.3]. Modificado por el artículo 4 de la Ley 1978 de 2019.

En cuanto refiere al régimen tarifario, el criterio de solidaridad previsto en el artículo 368 C.P.[...] fue ampliamente desarrollado –desde el punto de vista legal– por la Ley 142 de 1994, bien a través del factor aplicado a los usuarios de estratos altos e industriales y comerciales, ora mediante los subsidios directos que han de incorporarse a los respectivos presupuestos, teniendo como referente la estratificación socioeconómica [...] indicador que también se constituye en expresión de la solidaridad. Uno y otro mecanismos son manifestación de los deberes de solidaridad y tienen, por ende, el propósito de contribuir a la financiación de las tarifas de los usuarios más pobres⁴¹.

Incluso la ley autorizó la concesión de los denominados “subsidios implícitos”, pues los aportes públicos a la mejora de infraestructura de los servicios no pueden ser trasladados al usuario en su tarifa, los cuales también constituyen una excepción a la prohibición rotunda del artículo 355 CN⁴².

A su vez, el numeral 2.3 del artículo 2 de la Ley 142 señaló como fin de la intervención económica, la atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básicos –como ordenó el artículo 366 C.N.– y como finalmente lo establecieron en detalle los artículos 160 a 166 de la Ley 142.

También el numeral 2.4 indicó como fin de la intervención económica, la prestación continua e ininterrumpida, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan (en concomitancia con el artículo 56 CN y el artículo 4 de la Ley 142 sobre huelga, el artículo 11.1 y el artículo 136 sobre falla del servicio).

Igualmente, el numeral 2.5 del artículo 2 de la Ley 142 precisó como fin de la intervención económica, la prestación eficiente (artículos 365, 367 y 370 C.N.) y luego la Ley 142 concretó este enunciado en múltiples preceptos, como los artículos 2.7, 11.1, 45, 51, 52, 73.3, 79.11, entre otros. En forma similar, el numeral 2.6 del artículo 2 de la Ley 142 previó como finalidad de la intervención económica (quizás debería ser como “medio” para satisfacer las necesidades de la población y para evitar comportamientos contrarios al mercado⁴³) la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante. Como este precepto fue desarrollado por múltiples disposiciones de la ley, la “precisión” de los fines no quedó confinada a un solo artículo enunciativo (*i.e.* arts. 3.3, 3.4, 9.2, 10, 34, 98, 133, entre muchos otros, de la Ley 142).

25. También en desarrollo del artículo 150.21 CN, el artículo 3 de la Ley 142 prescribió que los instrumentos de intervención económica son todas y cada una de las funciones y atribuciones asignadas a las autoridades de que trata esa ley⁴⁴, en especial las relativas a las siguientes materias:

⁴¹ Sánchez Luque, Guillermo, "Los deberes de la solidaridad en el modelo tarifario de servicios públicos" en *Contexto, Revista de Derecho y Economía N° 19*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 41 y ss.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de junio de 2018, Rad. AP 618, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamentos jurídicos 7.9], AV Mauricio Fajardo Gómez y Enrique Gil Botero.

⁴³ Declarado exequible, Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda [fundamento jurídico 4.5.1.2], SV Jaime Araújo Rentería y SVP Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de junio de 2011, Rad. 32018, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3], SV Stella Conto Díaz del Castillo.

(i) regulación de la prestación teniendo en cuenta las características de cada región (¿un paso a la “federalización” regulatoria?, arts. 68 a 74 Ley 142); (ii) inspección, vigilancia y control (arts. 75 a 83 Ley 142); (iii) otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos (arts. 2.2, 2.8, 2.9, 3.2, 11.3, 99, 101 Ley 142); (iv) promoción y apoyo a los prestadores (arts. 2.6 y 3.8 Ley 142); (v) organización de sistemas de información (art. 53 a 55 Ley 142, 14 y 15 Ley 689); (vi) protección de los recursos naturales (art. 2.4 Ley 142, Decreto 2811 de 1974 y Ley 99 de 1993); (viii) estímulo a la inversión de los particulares; (ix) respeto al principio de neutralidad (art. 2.6 y normas concordantes de este mandato⁴⁵) y (xi) gestión y obtención de los recursos para la prestación (arts. 2.2, 2.9, 3.7, 11.3 Ley 142)⁴⁶.

Los instrumentos de intervención económica no son las instituciones sectoriales, ni los géneros de actividades reservadas al Estado (como coloquialmente se suelen denominar: “regulación”, “control”, “planeación”, etc.). Así no sería un instrumento de intervención, por ejemplo, la Superintendencia, sino cada una de sus más de sesenta funciones.

26. En suma, esta tipología legislativa exige precisión y detalle: (i) para garantizar las múltiples libertades económicas que están en juego, (ii) para proteger particularmente al usuario y (iii) para brindar seguridad jurídica, presupuesto esencial de toda sociedad y base para el desarrollo de relaciones económicas estables.

Por ello no es necesario reglamentar las leyes de intervención económica, pues esta tipología suministra todos los elementos indispensables para su cumplimiento: Como es sabido, entre mayor sea el detalle con el que el legislador haya regulado una materia, menos resulta necesaria la reglamentación administrativa de la ley (art. 189.11 CN).

2. *Ley y servicios públicos domiciliarios: ¿un régimen de intervención económica con vocación “codificadora”?*

27. Como las normas de servicios públicos son especiales⁴⁷, exigen aplicar la regla contenida en el artículo 5° de la Ley 57 de 1887, según la cual la norma especial prefiere a la general (*lex specialis derogat legiti generalis*). Normas especiales que se advierten en su interpretación, en la regulación especial de temas que son comunes a otros ámbitos e incluso en su derogatoria.

28. La Ley 142 de 1994 previó reglas singulares de interpretación tanto de la ley (art. 13) como de las normas relacionadas con los contratos (art. 30). Estas disposiciones están contenidas en el título preliminar (arts. 1 a 12), como preceptos que buscan en general garantizar la competencia. El artículo 7° de la Ley 1341 de comunicaciones (modificado por el artículo 6° de la Ley 1978 de 2019) previó un mandato similar. Y para el sector particular de acueducto, el artículo 160 de la misma Ley 142 dispuso que las normas deben interpretarse de manera que priorice la ampliación de la cobertura.

⁴⁵ Hay alrededor de treinta (30) preceptos que muestran como la Ley 142 prevé un régimen especial de competencia –desde la perspectiva de la empresa– y otra trentena de artículos, desde la óptica del usuario. *Cfr.* Sánchez Luque, Guillermo et al., “Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”, en *Contexto, Revista de Derecho y Economía N° 13*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 22 y ss.

⁴⁶ *Cfr.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 15 de noviembre de 2011, Rad. 21178, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1.3].

⁴⁷ *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-483 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell [fundamento jurídico 2.1], sentencia C-066 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 1]; sentencia C-389 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas [fundamento jurídico 3.1] y sentencia C-736 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [fundamento jurídico 4.2].

Por razón de su especialidad, estas disposiciones de la Ley 142 de 1994 deben examinarse –dijo la Corte Constitucional al declarar su exequibilidad– a la luz de los artículos 365 C.N. y siguientes, relativos a los servicios públicos y particularmente a los domiciliarios⁴⁸. Normas que impusieron acudir primero a estos preceptos del capítulo preliminar de la Ley 142 (en consonancia con las definiciones previstas en el artículo 14), para luego sí remitirse a las reglas generales de interpretación de las leyes (título preliminar del C.C.) y de los contratos (arts. 1618 y ss. C.C.).

De modo que para fijar el sentido de normas oscuras o imprecisas –la ley dijo que para “resolver cualquier dificultad de interpretación”– se previó un peculiar sistema en el que pareciera no adoptarse la diferencia tradicional entre la interpretación de la ley (donde suele imperar la “voluntad declarada”) de la de los contratos (donde claramente se opta por la “voluntad interna”, que hizo suya el artículo 1618 C.C.).

En síntesis, para fijar el verdadero sentido de las normas de servicios públicos es preciso acudir primero a sus reglas particulares de interpretación y solo en subsidio a las generales previstas en los artículos 1 a 14 de la Ley 153 de 1887, en consonancia con el capítulo IV, del título preliminar del CC (arts. 25 a 31). Además, de manera inusual pareciera haber “unificado” los criterios de interpretación de la ley con los particulares de los contratos, al poner a los asuntos bajo el mismo alero de los “principios” contenidos en el título preliminar (arts. 1 a 12 Ley 142) en “la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de posición dominante” y que favorezca la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

29. El inciso 11 del artículo 3 de la Ley 142 previó una “configuración particular del acto administrativo”, al señalar que todas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos (i) deben fundarse en los motivos que determine esa ley y (ii) los motivos que invoquen deben ser comprobables. Motivación particular concebida para que se pueda apreciar mejor la legalidad de la medida adoptada, porque solo son admisibles los motivos que deriven de esa ley (y no de cualquier otra disposición, incluso legal) y porque exige la acreditación de los hechos (no para apreciar su oportunidad o conveniencia, sino como condicionamiento de su legalidad).

Medidas que constituyen otro caso de control externo al ejercicio de la intervención del Estado en la economía, que debe tener en consideración estos dos presupuestos necesarios para la expedición del respectivo acto administrativo. Circunstancias de hecho y de derecho que justamente hacen especial el control de motivos por los jueces.

En efecto, las razones de mérito sobre las que se puede apoyar la Administración son solo las previstas en la legislación especial⁴⁹. El acto administrativo en servicios públicos debe, pues, fundarse forzosamente en esa ley, como única manera de acreditar el cumplimiento de las obligaciones legales que fijan el límite de la competencia de los funcionarios y de las formas que deben guardar para evitar la arbitrariedad, como de manera general se señala para todo acto administrativo⁵⁰.

⁴⁸ El artículo 30 fue declarado ajustado a la Constitución, ver Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 4].

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de junio de 2011, Rad.32018, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3.3], SV Stella Conto Díaz del Castillo.

⁵⁰ Díez, Manuel María, *El acto administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 243.

No se olvide que la motivación –según el profesor Tafur Galvis– se dirige a permitir el conocimiento de las razones que tuvo la Administración al dictar el acto administrativo⁵¹.

Una disposición que constituye una regla especial, distinta de la prevista por los artículos 35 y 84 del CCA (que previeron una “motivación sucinta”) y de la “motivación detallada” que hoy ordena el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011, y que va más en la línea de lo ordenado por la Ley 80 de 1993 (arts. 24.7 y 25.18). Todo ello para facilitar un control de legalidad más eficaz.

30. Asimismo, el artículo 38 de la Ley 142 de 1994 –al regular los efectos de la anulación judicial de actos y contratos relacionados con servicios públicos– dispuso que aquella solo produciría efectos hacia el futuro (*ex nunc*, es decir, desde ahora o pro futuro⁵²) y no retroactivos o a partir de la fecha de su expedición, como es la regla general (*ex tunc*, es decir, desde entonces) que supone retrotraer las cosas a su estado inicial, como si el acto no hubiera existido⁵³.

De suerte que el legislador de 1994, de manera excepcional para este sector de la economía, fijó un efecto de la nulidad de los actos administrativos en servicios públicos domiciliarios, que se separa de la regla de la nulidad⁵⁴. Disposición concebida también para garantizar, dijo la Corte Constitucional al declarar su exequibilidad, la estabilidad y seguridad jurídica de los asociados con la intangibilidad de las actuaciones amparadas por un acto administrativo posteriormente declarado nulo⁵⁵.

31. Igualmente en relación con el acto administrativo, el artículo 105 de la Ley 142 previó los principios y reglas de organización administrativa, en desarrollo del numeral 16 del artículo 189, en consonancia con el artículo 150.7 CN. El legislador se anticipó a lo que

⁵¹ Tafur Galvis, Álvaro, *Teoría del acto administrativo*, Ediciones rosaristas, Bogotá, 1975, p. 122.

⁵² Sobre esta excepción al criterio jurisprudencial según el cual la nulidad de un acto administrativo tiene efectos retroactivos, es decir, se remonta “a su nacimiento a la vida jurídica”, ver Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 16 de agosto de 2001, Rad. 6315, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola [fundamento jurídico párr. 5 a 7]; sentencia de 22 de noviembre de 2002, Rad. 6572, C.P. Camilo Arciniegas Andrade [fundamento jurídico VI párr. 4 a 6]; Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 30 de junio de 2011, Rad.32018, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 4], SV Stella Conto Díaz del Castillo; Sección Primera, sentencia de 22 de noviembre de 2012, C.P. Guillermo Vargas Ayala [fundamento jurídico párr. 21].

⁵³ De vieja data la jurisprudencia administrativa ha entendido que la nulidad del acto administrativo vuelve las cosas al estado que tenían antes, es decir cuando se profirió el acto inválido y tiene efectos retroactivos en todas las situaciones aún no definidas en vía administrativa o jurisdiccional, *Cfr.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 22 de junio de 1955, C.P. Manuel Buenahora [fundamento jurídico párr. 38]; Sección Cuarta, sentencia de 19 de abril de 1991, Rad. 3151, C.P. Guillermo Chahín Lizcano [fundamento jurídico 1]; Sección Cuarta, sentencia de 13 de octubre de 1995, Rad. 6058, C.P. Delio Gómez Leyva [fundamento jurídico párr. 6]; Sección Primera, sentencia de 30 de marzo de 2001, Rad. 5522, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola [fundamento jurídico 3]; Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2006, Rad. 21051, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 1] y Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 23 de mayo de 2017, Rad. IJ 0025, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez [fundamento jurídico 6]. En sentido contrario, hay decisiones aisladas que luego han sido revaluadas ver Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 31 de mayo de 2012, Rad. 17824, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas [fundamento jurídico párr. 15 y 16].

⁵⁴ Berrocal Guerrero, Luis Enrique, *Manual del acto administrativo*, Librería del Profesional Bogotá, 1, 2016, p. 566.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-066 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 6].

posteriormente regularía –con carácter genera– la Ley 489 de 1998 en el artículo 54. La ley de servicios públicos fijó, entonces, unas normas especiales en relación con las llamadas “facultades ordinarias” que tiene el presidente de la República, en procesos de reestructuración de la Administración pública del orden nacional⁵⁶.

32. En esa misma línea “codificadora” la Ley 142 de 1994 también buscó abarcarlo “todo” (exhaustividad propia de las codificaciones decimonónicas que tenían por referente el *Corpus iuris* de Justiniano y las *Siete Partidas* de Alfonso X) al prever en el inciso final del artículo 3 que todos los operadores (y no solo los prestadores por excelencia –las empresas de servicios públicos– ESP) se someten a la ley y por lo mismo a las dos expresiones tradicionales de intervención (regulación y control).

Esta regla fue concebida para evitar discusiones sobre si determinadas disposiciones aplicaban o no a todos los operadores y, por ello, señaló que estos quedarían sujetos “en todo lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley” a todo lo que esa ley disponga para las empresas prestadoras. Se salvó así la universalidad del estatuto de servicios públicos, al tiempo que se protegieron las particularidades que la Constitución y la ley prevén para algunos de ellos (i.e. juntas de acción comunal).

33. Estos no son los únicos asuntos que ameritaron una regulación especial por el legislador de servicios públicos domiciliarios. La Ley 142 trajo también, por ejemplo, unas disposiciones particulares del régimen jurídico de las sociedades por acciones (arts. 17 y ss. Ley 142, distintas de las generales del Código de Comercio, arts. 373 y ss.), que sin duda proyectan los mandatos constitucionales, *v.gr.* al establecer que este tipo de sociedades tienen objeto exclusivo (arts. 17 y 18 de la Ley 142, por oposición a lo previsto en el artículo 99 del C.Co. sobre la capacidad de las sociedades comerciales).

34. Como es sabido, el artículo 2 de la Ley 153 de 1887 recogió el postulado universal según el cual, frente a dos voluntades diversas, prevalece la más reciente de la ley (*lex posterior derogat priori*). La ley posterior prefiere a la anterior, y por ello la legislación posterior deja –en principio– sin efecto a la anterior, cuando hay disposiciones que no pueden conciliarse (art. 71 CC y arts. 3º, 9º, 14 y 15 de la Ley 153 de 1887).

Sin embargo, la Ley 142 dispuso en su artículo 186 una regla particular de derogatoria –retomada por el artículo 73 de la Ley 1341 de 2009 en el sector de comunicaciones⁵⁷– distinta de la prevista de manera general en los artículos 71 y 72 C.C., al imponer que sea siempre de manera expresa o directa y no tácita o indirecta. No se trata –como podría pensarse– de erigir una categoría especial o “superior” de ley, sino tan solo –se insiste– de garantizar coherencia y certeza⁵⁸, a partir de normas singulares para conflictos de leyes, que garanticen una necesaria permanencia y una cierta estabilidad. Por ello, el artículo 13 de la Ley 1150 no modificó las normas sobre contratación de servicios públicos, porque la abolición o abroga-

⁵⁶ El Decreto 1165 de 1999, que había derogado los artículos 105.4 y 105.5 de la Ley 142 de 1994, fue declarado inexecutable, *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-969 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz [fundamento jurídico 4].

⁵⁷ Y que también había sido adoptado en materia de contratación pública por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Como muchos temas, el asunto terminó siendo tratado como un problema de “constitucionalidad” y no de vigencia de la ley y aquel precepto fue declarado inexecutable *Cfr.* Corte Constitucional, sentencia C-439 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez [fundamentos jurídicos 5 a 8], AV María Victoria Calle.

⁵⁸ *Cfr.* Palacios Mejía, Hugo, *El derecho de los servicios públicos*, Derecho Vigente, Bogotá, 1999, pp. 242 y ss.

ción de estos preceptos exige la manifestación explícita y formal del legislador: Otro argumento para explicar por qué los principios de la función administrativa del artículo 209 C.N. no aplican a este sector.

Solidez y estabilidad son la base de un Estado de derecho robusto, para garantizar las condiciones propicias para un mercado en formación. Por ello, las reglas generales del Código Civil vuelven a ceder a la previsión especial del artículo 186 de la Ley 142 para conflictos sobre leyes en materia de servicios públicos, que ordenó una derogatoria expresa o directa. De modo que, solo se estimará insubsistente una disposición legal en esta materia por declaración expresa del legislador y no bastará la simple incompatibilidad o incongruencia con disposición posterior, aunque se alegue que es especial.

Un mandato que busca dar cierta estabilidad normativa a los inversionistas, pues la seguridad es muy importante porque brinda confianza. Un desestímulo a los cambios intempestivos de las reglas de juego, para tratar de evitar los riesgos latentes derivados de ajustes normativos inesperados (y el “riesgo regulatorio” no es solo predicable de autoridades administrativas). Disposición no solo consonante con el numeral 21 del artículo 150 C.N., sino también con el artículo 84 C.N.

Prescripción que, por cierto, tuvo su antecedente en el artículo 42 de la Ley 4ª de 1913, según el cual los proyectos que tiendan a reformar o derogar disposiciones de leyes anteriores, deberán contener la disposición o disposiciones especiales que expresen de manera clara cuáles son los textos que se reforman o derogan. El artículo 158 C.N. previó una disposición en sentido similar. Infortunadamente estos mandatos no se han cumplido. Quizás por ello, la legislación de los servicios públicos trajo una modalidad expresa de supresión de la ley, al exigir que debe ser contenida en un texto formal de la norma posterior que debe indicarlo de manera explícita⁵⁹.

CONCLUSIONES

35. A pesar de todos los cambios (titularidad de la prestación, naturaleza de la actividad y, por ende, régimen jurídico aplicable), los servicios públicos conservan las tradicionales características: (i) generalidad –hoy denominada universalidad– (acceso a todos los potenciales usuarios y por ello se impone la ampliación permanente de la cobertura); (ii) continuidad: prestación continua e ininterrumpida (perfecta regularidad que impide su suspensión en caso de huelga); (iii) uniformidad y (iv) obligatoriedad, ya que siguen considerándose actividades de interés general, como dispuso el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993. Atributos esenciales de los servicios públicos que no solo permanecen, sino que se hicieron realidad bajo el nuevo esquema, pues, bajo el modelo monopólico –en muchos casos– no pasaban de ser un enunciado retórico.

36. El Estado ya no presta monopólicamente los servicios públicos (un monopolio que en su momento identificó al Estado, a la manera del monopolio del ejercicio de la coacción o coerción material del artículo 216 C.N.), pero debe garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Es hora de admitir que tenemos un servicio público “a la colombiana”, en el que –como en todo– pueden hacerse paralelos con legislaciones de otros países, pero sin olvidar sus particulares bases constitucionales, fruto de una propuesta que miró más la realidad crítica de los años noventa del siglo pasado, que el espejo de “modelos” foráneos.

⁵⁹ *Cfr.* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de agosto de 2008, Rad. AP-888, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamento jurídico 3], SV Mauricio Fajardo Gómez.

37. El derecho administrativo como “derecho de los servicios públicos” no ha muerto. Si los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado actividades objeto de intervención económica, el nuevo ámbito del derecho administrativo debe ser el de la regulación administrativa⁶⁰ y el control (lo que en su lenguaje tradicional se ha denominado “policía administrativa”).

Aunque el Estado dejó de ser un conjunto de servicios públicos, el servicio público sigue siendo uno de los ejes fundamentales del Estado: “De un poder de monopolio a un poder de intervención” podría sintetizarse. Un Estado que debe fijar un marco regulatorio adecuado y que debe ejercer un control estricto de los operadores (fiscalización que puede llegar incluso a la liquidación de un prestador), a la vez que debe facilitar el pago de las tarifas de los más pobres.

38. El derecho administrativo continúa gobernando todas aquellas “prerrogativas de poder público” que radicó en los operadores (cualquiera sea su naturaleza), como la posibilidad de incluir cláusulas exorbitantes en ciertos contratos, potestad de ejercer la autotutela, la posibilidad de adelantar expropiaciones de inmuebles, la ocupación temporal de inmuebles, la facultad de imponer servidumbres, etc. propias de autoridades administrativas y que previeron, entre otros, los artículos 31, 33, 56, 57, 116 a 120, 140, 141, 152 a 159 de la Ley 142 de 1994⁶¹.

39. Las reformas legales de 1994 deberían convertirse en un referente para otros ámbitos económicos. Una “buena regulación” que identificó de manera clara fines y medios: los resultados en calidad y cobertura son elocuentes. Otras leyes han debido seguir el mismo esquema de regulación detallada de las leyes 142 y 143 de 1994, como normas legales de intervención económica, particularmente la Ley 80 de 1993⁶² y la Ley 100 del mismo año.

Si estas hubieran sido tratadas como normas de intervención económica, no acusarían una “hiperreglamentación” administrativa que ha fomentado inseguridad jurídica y, probablemente, hoy serían los estatutos “universales” (particularmente el de contratación estatal) que se propusieron sus redactores. Según Rousseau, las leyes diferentes no engendran sino desórdenes y confusión entre los pueblos⁶³. Nunca será tarde para hacer los correctivos del caso... Sin perder de vista que, como decía el profesor Meilán Gil, los fines del Estado no pueden alcanzarse con el puro establecimiento de normas.

⁶⁰ Cfr. Moreno Castillo, Luis Ferney, *Teoría de la regulación: Hacia un derecho administrativo de la regulación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

⁶¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-263 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell [fundamentos jurídicos 3 y 4], AV Julio César Ortiz, SV Eduardo Cifuentes Muñoz y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, Rad. AP 1470, C.P. Ramiro Saavedra Becerra [fundamento jurídico 2.1]; Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 7 de abril de 2011, Rad. AG 016, C.P. Ruth Stella Correa Palacio [fundamentos jurídicos 4 y 5].

⁶² El profesor Vidal Perdomo, por ejemplo, recién expedida la ley sostuvo que la contratación administrativa era “materia principalmente de ley” no solo por las particularidades que agrega al viejo postulado de la autonomía de la voluntad del Código Civil, sino también porque es “una forma de regular el ejercicio de actividades de carácter económico de los particulares” y añadió que es “una legislación de intervención del Estado, bajo un ángulo, en materias económicas. La libertad de concurrencia, que es un postulado de la legislación económica, se desarrolla a través de [...] la posibilidad de contratar con el Estado” (Vidal Perdomo, Jaime, “Principios constitucionales y legales de la nueva contratación administrativa”, en *VVAA, Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Ediciones rosaristas, Bogotá, 1995, p. 63).

⁶³ Rousseau, Jean Jacques, *Du Contrat Social*, Gallimard, Paris, 1993, Livre II, Chapitre IX.

40. Al no guardar silencio el constituyente, no dejó un espacio amplio a la ley, quedando este limitado a darle forma a unas orientaciones fijadas por la Constitución. Se trata de un tema que –como anotó el profesor SÁCHICA en la última edición de su célebre *Constitucionalismo colombiano* de 1996 (edición “remodelada” como la denominó con algo de ironía su autor)– ha cobrado inmensa importancia.

Un tema que había sido tratado –según el profesor SÁCHICA– con menos profundidad y extensión en la Carta anterior, que ahora se le identifica con la “democracia concreta”, que forma parte de la “deuda social” que muestra la “presencia real” del Estado en el territorio y frente a sus habitantes⁶⁴.

Presencia real y concreta del Estado, mediante un derecho administrativo (derecho constitucional en acción, dicen los alemanes) –hay que añadir– replanteado desde sus pilares.

BIBLIOGRAFÍA

Berrocal Guerrero, Luis Enrique, *Manual del acto administrativo*, Librería del Profesional, Bogotá, 2016.

_____, Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional.

_____, Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* y Leyes de la República [http:// www.secretariassenado.gov.co/](http://www.secretariassenado.gov.co/)

_____, Consejo de Estado, sentencias <http://www.consejodeestado.gov.co/>

_____, Corte Constitucional, sentencias <http://corteconstitucional.gov.co/>

_____, Corte Suprema de Justicia, sentencias en *Gaceta Judicial* y <http://www.corte.suprema.gov.co/>

Chemás Jaramillo, Jorge Eduardo, “Electricidad y derecho: Régimen de contratación y contratos de las empresas que forman parte del sector eléctrico colombiano”, en *Revista de Derecho Público N° 14*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002, pp. 79 y ss.

Díez, Manuel María, *El acto administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1961.

Duguit, Léon, *Las transformaciones del derecho público*, Librería española y extranjera, Madrid, 1926.

Jèze, Gaston, *Principios generales del Derecho Administrativo I*, Depalma, Buenos Aires, 1949.

Martín Retortillo, Sebastián, *Derecho administrativo económico I*, La Ley, Madrid, 1988.

Montaña Plata, Alberto, “El régimen normativo de la responsabilidad contractual en los servicios públicos domiciliarios-Configuración teórica de las prerrogativas públicas y protección del capital en consideración con su destinación”, en AAVV *Memorias IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Moreno Castillo, Luis Ferney, *Teoría de la regulación: Hacia un derecho administrativo de la regulación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

⁶⁴ SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Temis, Bogotá, 1996, pp. 323 y ss.

Ochoa, Francisco, Valencia, Darío y Ayala, Ulpiano, “Servicios públicos e intervención del Estado”, en *Seminario sobre la intervención del Estado en la economía*, Comisión presidencial para la reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano, Grupo Editorial 87, Bogotá, 1990.

Palacio Jaramillo, María Teresa, “Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia”, en *Revista de Derecho Público N° 14*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002, pp. 19 y ss.

Palacios Mejía, Hugo, “Derecho público y derecho privado en los actos y contratos de las empresas de servicios públicos”, en *Revista Supervisión N° 2*, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Bogotá, 1996, pp. 15 y ss.

_____, *El derecho de los servicios públicos*, Derecho Vigente, Bogotá, 1999.

Prat, Julio “Los servicios públicos”, en AAVV *El derecho administrativo en América Latina II*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986.

Rousseau, Jean Jacques, *Du Contrat Social*, Gallimard, Livre II, Chapitre IX. Paris, 1993.

Sánchez, Luis Carlos, *Constitucionalismo colombiano*, Temis, Bogotá, 1986.

_____, “De la descentralización a la cogestión y la autogestión participativas”, en *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, N° 539 vol. 80, Bogotá, julio-septiembre de 1987.

_____, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Temis, Bogotá, 1996.

Sánchez Luque, Guillermo *et al.* “Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”, en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, N° 13, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

_____, “Los deberes de la solidaridad en el modelo tarifario de servicios públicos” en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, N° 19, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando y Béjar Rivera, Luis José, *El servicio público: Aproximaciones a su estructura teórica*, Ubijus-Universidad Panamericana, México 2013.

Tafur Galvis, Álvaro, *Teoría del acto administrativo*, Ediciones rosaristas, Bogotá 1975.

Vidal Perdomo, Jaime, “Principios constitucionales y legales de la nueva contratación administrativa”, en VVAA, *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*, Ediciones rosaristas, Bogotá 1995.

_____, “Mito y realidad del servicio público”, en (Guillermo Sánchez Luque *et al.* editores) Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica Tomo IV, Imprenta Nacional, Bogotá 2001, pp. 27 y ss.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

Gilbert M. De la Cruz Álvarez*

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña (UNPHU)

Resumen: *Se expone, a partir de un reparo de las normas aplicables y los criterios jurisprudenciales existentes, la situación actual de la expropiación forzosa en el derecho dominicano.*

Palabras Clave: *Buena Administración, causa expropriandi, control judicial, expropiación y justiprecio.*

Abstract: *Based on the existing and applicable legal frame and jurisprudential criteria, the legal figure of forced expropriation in the Dominican law is exposed.*

Key words: *Good Administration, causa expropriandi, judicial control, expropriation and justiprecio.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de propiedad, visto desde la perspectiva constitucional, significa el derecho que tienen las personas sobre un bien mueble o inmueble que le permite el ejercicio de los atributos de disposición, uso y disfrute. Sin embargo, el mismo no es absoluto ni ilimitado, ya que su ejercicio debe realizarse en armonía con la función social que le permite al Estado limitarlo o privarlo en ciertas circunstancias.

Por lo que surge la incógnita de saber ¿cuándo puede el Estado privar el derecho de propiedad? ¿O acaso la determinación de ello debe dejarse sin más a la Administración por la alegada discrecionalidad de la prerrogativa?

Ha sido en consideración de esto que nos hemos animado a realizar el presente y breve texto para exponer, a partir de un reparo de las normas aplicables y los criterios jurisprudenciales existentes (que no son muchos), los requisitos que debe reunir la expropiación para su adecuada realización, y de esa manera dar cuenta de la situación actual de la cuestión en el ordenamiento dominicano.

II. UNA BREVE EXPLICACIÓN DE LOS ANTECEDENTES DE LA EXPROPIACIÓN EN EL DERECHO DOMINICANO

Aunque los antecedentes históricos de la técnica expropiatoria preceden la Revolución Francesa¹, resulta indiscutible que su origen constitucional coincide con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879 (art. 17), con la consagración expresa de la propiedad como un *droit inviolable et sacré* (*derecho sagrado e inviolable*).

* Master en Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca (USAL).

¹ Villar Palasí, José Luis, *Técnicas remotas del derecho administrativo*, INAP, Madrid, 2001, p. 46.

Desde entonces suele considerarse que la regulación legislativa de la expropiación como un tema directamente ligado al alcance con el que los textos constitucionales plasman el derecho de propiedad y sus garantías.

Así pareció considerarlo Eduardo García de Enterría al expresar lo que sigue:

“No es necesario ponderar demasiado la significación que toda ley de expropiación forzosa, por el hecho de su materia, presenta en el marco general de un ordenamiento positivo. Esta significación suele tener desde la Revolución francesa un reconocimiento formal expreso: **las leyes de expropiación forzosa son siempre leyes en desarrollo directo e inmediato de principios con tenidas en las Constituciones. La expropiación forzosa, como institución, se legítima, se limita, se ordena *in vía recta* sobre declaraciones constitucionales formales y solemnes.**”²

En ese contexto fue que hace un tiempo Rafael Bonnelly llegó a sostener que “[t]oda constitución democrática garantiza, pues, como la nuestra, el Derecho de propiedad.”³ Y ello es, justamente, porque en nuestra historia desde la declaración de *Independencia* en 1844 la Constitución, mejor conocida como *Constitución de San Cristóbal*, se consagró expresamente la protección de la propiedad privada. El art. 21 de la Constitución de 1844 disponía que “[n]adie puede ser privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad pública, previa la correspondiente indemnización a juicio de peritos.”

Disposición, esta última, que siguió repitiéndose en las constituciones sucesivas⁴ hasta la reforma de 1942, que amplió la *causa expropriandi* de *utilidad pública* a *utilidad pública o interés social* para permitir que la expropiación se utilizara para resolver problemas de índole social. A partir de este momento se introdujo en el derecho dominicano una concepción diferenciada entre *utilidad pública* e *interés social*, capaz de permitir que el beneficiario de la expropiación sea un sujeto privado, distinto a la Administración Pública expropiante.

En este sentido es de destacar la reflexión de Manuel Amiama:

“En nuestro país, el derecho de propiedad está consagrado en el inciso 13 del Art. 8 de la Constitución. Según su texto, la propiedad privada cual que su naturaleza, no puede ser tomada por el Estado ni por otras personas autorizadas por el Estado, sino por causa debidamente justificada de utilidad pública o interés social y previa justa indemnización. Según esto, la posibilidad de tomar la propiedad privada en tales casos no corresponde al antiguo concepto de la expropiación, sino más bien a la figura jurídica de la enajenación o venta forzosa. La introducción del interés social como justificante de esta enajenación forzosa en nuestro texto constitucional data de la reforma de 1942. Significa que el Estado puede ordenar la expropiación remunerada no sólo para obras destinadas a ingresar y permanecer en el patrimonio del Estado, sino también para resolver problemas en provecho de ciertos grupos o núcleos de la comunidad necesitados de un asiento territorial para fines de habitación o trabajo. Es esta la primera forma de aplicación que se ha dado a la reforma de 1942.”⁵

² García de Enterría, Eduardo, *Principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, Civitas, Madrid, 2006, p. 29; énfasis nuestro.

³ Bonnelly, Rafael, *Derecho constitucional*, Amigos del Hogar, Santo Domingo, 2018, p. 58.

⁴ Constituciones de febrero 1854 (art. 14), de diciembre de 1854 (art. 15), de 1858 (art. 17), de 1865 (art. 20), de 1866 (art. 21), de 1872 (art. 8.15), de 1874 (art. 21), de 1875 (art. 20), de 1877 (art. 11.3), 1878 (art. 11.3), de 1879 (art. 11.3), de 1880 (art. 11.3), de 1881 (art. 11.2), de 1887 (art. 11.3), de 1896 (art. 11.3), de 1907 (art. 9.3), de 1908 (art. 6.6), de 1924 (art. 7) y de 1934 (art. 7).

⁵ Amiama, Manuel, *Notas de derecho constitucional*, 6ª ed., Editora Punto Mágico, Santo Domingo, 1995, pp. 73-74.

En desarrolló de esta disposición constitucional fue que se promulgó la Ley núm. 344 de 29 de julio de 1943, que establece un Procedimiento especial para las Expropiaciones intentadas por el Estado, el Distrito de Santo Domingo o las Comunes (en adelante “LPE”), la cual adoptó el modelo expropiatorio francés para que sea el juez judicial quien acordara la transferencia de la propiedad afectada de utilidad pública o interés social y la fijación del *justiprecio*.

En ese sentido conviene destacar que la LPE, actualmente vigente, contiene algunas disposiciones que históricamente han sido utilizadas de manera deficiente para restringir el derecho de propiedad. Tal es el caso, por ejemplo, de la expropiación de urgencia por necesidad de ocupación y el método de valoración asentado en el criterio catastral (en base al cual suelen fijarse precios disconforme con la realidad⁶), los cuales vienen siendo objeto de algunas interpretaciones correctivas (y con este dato adelantamos algunos de los comentarios del trabajo) por parte de la jurisprudencia y la doctrina recientes, en aplicación del art. 51 de la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010 y del derecho convencional⁷.

III. FUNDAMENTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPROPIACIÓN

Según lo sostenido por Fernando Garrido Falla, la expropiación es “(...) un instituto de Derecho público que consiste en la transferencia coactiva de la propiedad de un particular a una Administración pública, o a otro particular, por razón de interés público y previo pago de su valor económico.”⁸

Sosteniendo en algunas páginas siguientes y haciendo referencia al criterio del Tribunal Constitucional español, que la expropiación tiene una doble naturaleza porque constituye una técnica destinada a la consecución del interés público y, a la vez, es una garantía constitucional del derecho de propiedad privada⁹. Por lo que constituye –al decir Miguel Marienhoff– “(...) un medio de solucionar y armonizar la situación antagónica entre dos intereses: el público y el privado.” Se trata, en definitiva, de la doble faz que envuelve uno de los dogmas del derecho administrativo, que es el equilibrio entre las potestades de la Administración Pública (prerrogativas y privilegios justificadas por razones de interés general) y el control de su ejercicio para la defensa de los derechos y garantías de las personas¹⁰, lo cual tiene base, en el derecho dominicano, en los artículos 8, 68, 69 y 74.4 de la Constitución.

Dentro de su concepción como potestad pública la expropiación se enmarca dentro de la denominada potestad *ablatoria*, que denota una categoría de conducta administrativa que suele quitar o eliminar los derechos¹¹.

⁶ Así, la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo, mediante Sentencia núm. 030-02-2018-SSEN-00326, de fecha 28 de septiembre de 2018, sostuvo “(...) que la competencia para determinar el valor de un inmueble es atribución exclusiva de la susodicha Dirección General de Catastro Nacional (...)”. *Vid.* Recio, Adonis, *Jurisprudencia del tribunal superior administrativo*, Santo Domingo, 2019, p. 310.

⁷ *Cfr.* Rojas Báez, Julio José, “La expropiación en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a la República Dominicana”, en Jorge Prats, Eduardo (Dir.), *La organización del poder para la libertad*, Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2020, pp. 907-940.

⁸ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 287.

⁹ *Ibidem*, p. 294.

¹⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 17ª ed., Civitas, Madrid, 2015, 73.

¹¹ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, t. II, Palestra, Lima, 2010, pp. 585-ss.

Aunque debe indicarse, a fin de ser más preciso, que su encuadramiento como una actividad *ablatoria* responde a elementos objetivos de interés general¹², por lo que su ejercicio siempre deberá responder a las necesidades de adquirir cierto bien por razones utilidad pública o interés social y no por situaciones subjetivas o particulares de los sujetos. Y es precisamente sobre esta idea que el Tribunal Constitucional diferenció la expropiación de la confiscación o decomiso para la aplicación apropiada de las garantías que el art. 51 de la Constitución dispone en protección de la propiedad¹³.

Como garantía, la expropiación asegura que la limitación de la propiedad se realice en los casos estrictamente necesarios y, en caso de producirse, permite la integridad patrimonial¹⁴ de las personas. De ahí que Ramón Parada haya sostenido que la expropiación suele abordarse en los textos constitucionales de manera negativa para que constituya una garantía radical frente al desposeído por la Administración Pública y no de modo positivo, como si se tratase de una simple potestad de ésta para eliminar la propiedad privada¹⁵.

IV. LA POTESTAD EXPROPIATORIA

1. *Elementos subjetivos*

Aunque la LPE no enuncia expresamente los sujetos de la expropiación, se acepta sin mayores inconvenientes que, en principio, son dos: el expropiante y el expropiado. *El primero* es el expropiante, que en el ordenamiento dominicano es el Poder Ejecutivo, ya que en virtud del art. 1 de la LPE es quien debe declarar, mediante decreto, la necesidad de utilidad pública o interés social para disponer el inicio del procedimiento expropiatorio¹⁶.

El segundo es la persona contra quien se dirige la potestad expropiatoria y sobre cuyos bienes recae la expropiación. De acuerdo a la doctrina comparada se trata de una cualidad *ob rem* y, por tanto, no definida por la situación subjetiva del sujeto, sino por la de titularidad del objeto de la expropiación¹⁷. Tanto así que el art. 15 de la LPE contempla expresamente la posibilidad de expropiar los bienes de personas incapaces, por motivos de minoría de edad o interdicción.

Y finalmente podría presentarse un tercer sujeto denominado *beneficiario*, que es la persona u organismo que se favorece de la expropiación.

¹² Recordando lo sostenido en España por José Luis Meilán Gil (*Categorías jurídicas en el derecho administrativo*, Iustel, Madrid, 2011, p. 25), respecto al hecho de que “[e]l interés general no se identifica necesariamente con el interés de la Administración.”

¹³ Sentencia TC/0205/13, 13 de noviembre de 2013.

¹⁴ Según Rachel Hernández Jerez “Expropiación y responsabilidad patrimonial del Estado en la República Dominicana”, en Jorge Prats, Eduardo [Dir.], *El nuevo constitucionalismo y la constitucionalización de la sociedad y el derecho*, Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2008, p. 426, ello implica una obligación de buena Administración.

¹⁵ Parada, Ramón, “Evolución y crisis del instituto expropiatorio”, en *Documentación Administrativa*, núm. 222, 1999, p. 45.

¹⁶ Amiama, Manuel, *Prontuario de legislación Administrativa Dominicana*, SEAP, Santo Domingo, 2008, p. 221.

¹⁷ García de Enterría, Eduardo, *Principios de la ...*, *ob. cit.*, p. 57.

Puede tratarse de un ente público¹⁸ distinto a la Administración que inicia el procedimiento expropiatorio o un sujeto de derecho privado, según la expropiación tenga como causa una situación de utilidad pública o interés social¹⁹.

Una ilustrativa descripción de esto último lo constituye lo expresado por la Suprema de Justicia:

“(…) que ese texto no limita la expropiación a los casos en que el Estado u otras entidades de derecho público necesiten por sí mismos los bienes a tomar, *sino que se extiende a los casos en que los bienes a expropiar deban pasar al patrimonio de otras personas, públicas o privados, cuando ello sea requerido por interés social (…)*”²⁰

2. Elemento objetivo

Puede ser objeto de expropiación cualquier tipo de derecho e interés patrimonial legítimo que forme parte de la esfera jurídica de las personas. Ello se deduce del contenido del art. 51 de la Constitución, que sin realizar ninguna distinción entre los tipos de bienes solo se refiere a la propiedad, y el 1 de la LPE, que al aludir el posible objeto de expropiación expresa que puede ser “una propiedad cualquiera”. De manera que, por la dicción literal de la normas citadas, no existe inconveniente en que los supuestos objeto de la expropiación sean un bien mueble o inmueble²¹.

En ese sentido, debe resaltarse que para nuestro Tribunal Constitucional la propiedad y sus garantías jurídicas comprenden los *derechos administrativos reales* consecuentes de actos administrativos favorables, como por ejemplo la autorización^{22y23}. De manera que puede utilizarse la expropiación para extinguir este tipo de derecho cuando así lo exija una causa de utilidad pública²⁴.

3. La causa expropriandi

La *causa expropriandi* es la razón que justifica y legitima el ejercicio de la potestad expropiatoria, por lo que su presencia en el supuesto particular, ya sea la utilidad pública (como la ejecución de una obra pública) o el interés social (por ejemplo, solución de un problema social), debe ser declarada de manera previa y concreta por la Administración Pública, que implica la obligación de tener que explicar el futuro al que se destinará el bien objeto de la expropiación, conforme al principio de racionalidad del art. 3.4 de la Ley núm. 107-13, sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo (en adelante “LPA”).

¹⁸ Como los municipios, por ejemplo, que en virtud del art. 60.9 de la Ley 176-07 deben realizar una solicitud de declaratoria de utilidad pública frente al Poder Ejecutivo para la realización de una expropiación en su favor.

¹⁹ Amiama, Manuel, *Notas de derecho ...*, ob. cit., pp. 73-74.

²⁰ SCJ, agosto de 1966, B. J. 669, pp. 1361.

²¹ Troncoso de la Concha, Manuel de Jesús, *Elemento de derecho administrativo*, 4ª ed., INAP, Santo Domingo, 1981, p. 248.

²² Sentencia TC/0226/14, de 23 de septiembre de 2014.

²³ Coincidiendo en este sentido con lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos *caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 122; *caso Granier y otros [Radio Caracas Televisión] vs. Venezuela*, sentencia de 22 de junio de 2015, párr. 335; y *caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, sentencia de 1 de septiembre de 2015, párr. 199.

²⁴ González Pérez, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, Madrid, 2016, pp. 68-70.

Ello responde al hecho de que el interés general no es una noción que pueda utilizarse indiscriminadamente para imponer los privilegios de autotutela sobre las personas sin mayores precisiones, sino que debe ser efectivamente demostrado y racionalmente motivado²⁵. En esta dirección de pensamiento, podemos ver la opinión del profesor español Jaime Rodríguez-Arana (y aunque la opinión se realiza de manera genérica, resulta aplicable para el caso de la potestad de expropiación):

“(…) el interés público no es un cheque en blanco, no es una fórmula abierta que permita el desencadenamiento de la potestad administrativa sin más. Necesita ser demostrado en lo concreto, precisa ser puntualizado con detalle, debe ser específico y fácil de aprehender por la ciudadanía. De lo contrario, el concepto se convierte en un peligroso expediente para el autoritarismo y el ejercicio unilateral del poder.”²⁶

Como ilustración de esto en el derecho dominicano podemos traer a colación las líneas contenidas en una vieja sentencia donde la Suprema Corte de Justicia, refiriéndose a la *causa expropriandi*, sostenía lo que sigue:

“(…) entre las facultades del tribunal que sea apoderado de este procedimiento se encuentra la de comprobar si el Decreto de expropiación así dictado cumplía esos fines; que, por consiguiente, el Tribunal a-quo, pudo correctamente, como lo hizo, declarar inconstitucional el referido Decreto de expropiación, fundándose, según consta en la sentencia impugnada, *en que el mismo no había perseguido fines de utilidad pública o interés social, sino fines comerciales* (...)”²⁷

En una decisión más reciente, la Suprema Corte de Justicia también sostuvo:

“15. Para que un decreto de expropiación pueda privar a un particular de su sagrado derecho de propiedad, es preciso que se fundamente en una causa de utilidad pública o de interés social debidamente comprobada y materializada por el Estado, cosa que no se cumple en la especie, ya que aunque dicho decreto fue emitido en el ejercicio de una facultad constitucional del Poder Ejecutivo, devino en un acto administrativo no consumado efectivamente por la inejecución de la causa de utilidad pública que motivó dicha expropiación.”²⁸

Esta afirmación se enmarca en una línea jurisprudencial que nos enseña que, en atención a lo dispuesto por el art. 51.1 de la Constitución²⁹, no es posible quitar la propiedad privada mediante la potestad expropiatoria sin la real y efectiva determinación de la *causa expropriandi*, en vista de que se trata de un presupuesto indispensable para la validez de la expropiación; que implica, además, una interdicción para el rechazamiento de cualquier conducta expropiatoria que carezca de una causa legítima³⁰.

²⁵ Sentencia TC/0623/15, de 18 de diciembre de 2015.

²⁶ Rodríguez-Arana, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado de bienestar*, Iustel, Madrid, 2012, p. 15.

²⁷ SCJ, 28 de mayo de 1986, B.J. 906, pp. 612-613.

²⁸ SCJ, 3ª Sala, 29 de noviembre de 2019, núm. 672-2019.

²⁹ Que dispone que “ninguna persona puede ser privada de su propiedad, sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social (...)”.

³⁰ Lo cual puede ser verificado por la jurisdicción contencioso-administrativa mediante el control de la motivación y de los hechos determinantes.

V. LA INDEMNIZACIÓN EXPROPIATORIA: GARANTÍA ECONÓMICA

1. *La indemnización previa y la expropiación de urgencia*

Sin la indemnización previa la expropiación no es más que una antijurídica confiscación. Así lo expresó el Tribunal Constitucional³¹ al indicar que el *justiprecio* debe materializarse con anterioridad a la privación de la propiedad, salvo que se trate de un supuesto de Estado de emergencia o de defensa proclamado con autorización del Congreso Nacional. La indemnización entonces ha de ser entendida como un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la potestad expropiatoria, sin lo cual no puede producirse válidamente la expropiación³².

Esta regla, sin embargo, ha sido históricamente ignorada ante la expropiación de urgencia por necesidad de ocupación, cuya regulación legal, según la acertada explicación de Justo Pedro Castellano Khoury, ha sido mal entendida y aplicada para evitar el previo pago del *justiprecio*³³. Ello, en virtud del art. 13 de la LPE, que dispone que cuando no exista un acuerdo sobre el valor de la propiedad afectada de utilidad pública o interés social y el Poder Ejecutivo haya declarado la urgencia, puede tomar la posesión del bien con el simple depósito del valor catastral en la Tesorería Nacional, lo cual implica un absoluto desconocimiento de la Constitución.

La cuestión estriba en que esa disposición desconoce que, de acuerdo al art. 51.1 de la Constitución, solo “[e]n caso de declaratoria de Estado de Emergencia o de Defensa, la indemnización podrá no ser previa”, los cuales requieren la autorización del Congreso Nacional (art. 262, Constitución)³⁴.

No obstante, esta situación ha desaparecido como consecuencia de una reciente decisión (tipo manipulativa condicional) en la que el Tribunal Constitucional impuso la regla dispuesta por la Carta Magna, indicando que la expropiación de emergencia del art. 13 de la LPE deberá restringirse al supuesto en el que no haya “(...) acuerdo sobre el valor de la propiedad que deba ser adquirida y se declare el Estado de Emergencia o de Defensa, conforme a los términos que establece la Constitución (...)”³⁵. Erradicándose la posibilidad de que la expropiación de emergencia sea utilizada desviadamente para eludir la regla del pago previo del justo valor.

2. *Acerca del justo valor de la indemnización*

En aplicación del art. 10 de la LPE los tribunales han venido utilizado como método de valoración el criterio catastral, que implica la fijación de precios expropiatorios incompatibles con la realidad de mercado³⁶. Una muestra de esto lo constituye la aseveración de la

³¹ Sentencia TC/0205/13, 13 de noviembre de 2013.

³² García de Enterría, Eduardo, *Principios de la ...*, *ob. cit.*, p. 117.

³³ Castellano Khoury, Justo Pedro, “La tutela del derecho de propiedad frente a la potestad expropiatoria del Estado en República Dominicana”, en Jorge Prats, Eduardo (Dir.), *La organización del ...*, *ob. cit.*, pp. 810-811.

³⁴ Y aunque en este supuesto excepcional no se impone el pago previo del justiprecio, deberá considerarse la exigencia de indemnización *adecuada, pronta y efectiva* de la Corte IDH, *caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 96.

³⁵ Sentencia TC/182/20, 23 de junio de 2020.

³⁶ Lo que constituye una exigencia del derecho convencional, en vista de que la Corte IDH, *caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, sentencia de 6 de mayo de 2008, párr. 98 ha indicado que la justa

Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo, que llegó a indicar “(...) que la competencia para determinar el valor de un inmueble es atribución exclusiva de la susodicha Dirección General de Catastro Nacional (...)”³⁷.

Esto comporta una situación que desconoce la naturaleza garantista de la indemnización, que según Manuel Amiama debe tratarse del *justo valor* determinado mediante acuerdo entre las partes o por sentencia de juez competente, “(...) que se ha interpretado siempre en el sentido de que corresponda cuando menos al valor al momento de la expropiación (...)”³⁸.

Situación que ha sido restaurada por la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia en base a la idea de integridad patrimonial, marcado así la necesidad de que el expropiado reciba el equivalente económico de la privación experimentada, sin perjuicio de la compensación económica por otros daños consecuentes de la expropiación, incluyendo el lucro cesante³⁹. Valoración que, según la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, le corresponde realizar al juez judicial so pena de incurrir un desconocimiento de la tutela judicial efectiva, la cual “(...) le otorga a toda parte afectada por una expropiación por causa de utilidad pública e interés social, el derecho de acudir a la jurisdicción competente a fin de que decida sobre el pago del precio justo de la misma (...)”⁴⁰.

VI. EL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

1. *El procedimiento como garantía de buena Administración*

En el estado actual del ordenamiento dominicano el procedimiento se encuentra configurado como una garantía de certeza de la actuación administrativa y de la tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas. De hecho, el *considerando séptimo* de la LPA es taxativo en ese sentido:

“Que el mandato de la Carta Fundamental del Estado de incorporar con carácter general en la Administración Pública el procedimiento administrativo, en adición a garantizar la vigencia efectiva de la cláusula constitucional del Estado Democrático, constituye un instrumento esencial que posibilita el acierto de las decisiones administrativas y potencializa el respeto de los derechos fundamentales de las personas en su relación con la Administración y demás órganos y entes que ejercen función de naturaleza administrativa en el Estado.”

Lo que implica la integración de la buena Administración como un conjunto de derechos de naturaleza procedimental que persiguen que el ejercicio de la función administrativa se enmarque dentro de una aplicación normativa objetiva, oportuna, que considere las alegaciones de los interesados y que sea racionalmente motivada, como expresamente dispone el art. 4 de la LPA. Según indicó el Tribunal Constitucional, se trata de una serie de obligaciones dimanantes de la buena Administración, que es un derecho fundamental nuevo recogido implícitamente por los artículos 138, 139 y 146 de la Constitución⁴¹.

indemnización, para ser adecuada y cumplir con el art. 21 de la Convención Americana, debe tomar como referencia el valor comercial del bien expropiado.

³⁷ Recio, Adonis, *Jurisprudencia del tribunal ...*, ob. cit., p. 310.

³⁸ Amiama, Manuel, *Notas de derecho ...*, ob. cit., p. 74.

³⁹ SCJ, 3ª Sala, 20 de diciembre de 2019, núm. 0808-2019; y SCJ, 3ª Sala, 30 de enero de 2020, núm. 033-2020-SS-00040.

⁴⁰ SCJ, 3ª Sala, 30 de octubre de 2019, núm. 589.

⁴¹ Sentencia TC/0322/14, 22 de diciembre de 2014.

De modo que la LPA se instituye en el vehículo jurídico que expande la buena Administración hacia todas las relaciones de las personas con los organismos públicos, pues como ha indicado el Tribunal Constitucional tiene consideración universal y su disfrute no se encuentra condicionado ni mediatizado por ninguna exigencia ni por ninguna autoridad⁴². De ahí que el Tribunal Constitucional agregue, en la misma decisión:

“Toda persona tiene derecho, por tanto, a exigir el imperio de los parámetros propios de la buena administración en sus relaciones con las instituciones públicas, los cuales imponen a la Administración el respeto de un cierto estándar de comportamiento en sus relaciones con los administrados.”⁴³

En ese orden ha de destacarse que los derechos concretos de la buena Administración deben observarse en el procedimiento expropiatorio conjuntamente con los principios enumerados en el art. 3 de la LPA, a fin de que se realice un ejercicio adecuado de la potestad de expropiación y se obtenga una buena decisión.⁴⁴ Dentro de estos preceptos pueden enunciarse, sin ánimos de exhaustividad, que la potestad expropiatoria sea ejercida de manera proporcionada (que de acuerdo al art. 3.9 de la LPA implicaría su reducción a lo estrictamente necesario, es decir: aquellos supuestos donde no existe otra medida alternativa menos restrictiva⁴⁵) y que la decisión expropiatoria esté adecuadamente motivada (art. 3.4, LPA).

Por tanto, la buena Administración exige que el ejercicio de la potestad expropiatoria se realice observando los derechos y principios procedimentales de la LPA para garantizar que la declaratoria de utilidad pública o interés social se realice mediante un acto razonable, adecuado al fin que se persigue, debidamente motivado y respetuoso del derecho de defensa de la persona expropiada.

2. Las fases del procedimiento expropiatorio

La expropiación, de acuerdo a la lógica de los artículos 1 y 2 de la LPE, inicia de manera extrajudicial, a través de la emisión de un decreto del Poder Ejecutivo que declara la afectación de utilidad o interés social del bien que se desea adquirir. Este decreto constituye un acto administrativo que inicia lo que suele conocerse como la *fase administrativa* del procedimiento expropiatorio, dándole paso a un acercamiento hacia el sujeto expropiado para intentar un acuerdo para la adquisición o cesión amistosa del bien declarado de utilidad pública o interés social.

⁴² Sentencia TC/0341/15, de 9 de octubre de 2015.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Entre nosotros hay quienes Jiménez Martínez, Katia Miguelina, *La buena administración como base de la potestad expropiatoria*, Santo Domingo, IUDEX, 2017, pp. 115-ss. han advertido la necesidad de reformar la LPE para adaptar su fase administrativa a las exigencias de la buena Administración, debido a la ausencia de contenido específico en la referida norma legal. No obstante, y sin dejar de reconocer la necesidad de revisión y sustitución de la LPE por un nuevo texto, consideramos que la falta de regulación o contenido específico no implica una imposibilidad para que el procedimiento expropiatorio sea realizado acorde con la exigencia de buena Administración, en vista de que la LPA es aplicable supletoriamente (y por lo tanto debe necesariamente considerarse) en virtud de su art. 15. Se trata de una situación de supletoriedad normativa y no, como se ha indicado, de ausencia de base legal.

⁴⁵ Que también parece tener base en el derecho convencional. *Vid.* Corte IDH, *caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, sentencia de 3 de marzo de 2011, párrs. 63-65; y Corte IDH, *caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*, sentencia de 8 de octubre de 2015, serie C N° 305, párr. 154

En caso de que el acercamiento (que constituye un trámite procedimental obligatorio) permita la concretización de un acuerdo entre las partes, el procedimiento expropiatorio finalizará en la fase administrativa, conforme al art. 28.f de la LPA.

Se configuraría entonces, según el decir del Tribunal Constitucional⁴⁶, de una *expropiación voluntaria* porque no se cuestiona el acto expropiatorio y existe un acuerdo sobre el *justiprecio* del bien afectado de utilidad pública o interés social, que es uno de los supuestos expresamente previsto por el art. 51.1 de la Constitución.

Pero en caso de no lograrse acuerdo sobre el *justiprecio*, la Administración Pública deberá apoderar al Tribunal Superior Administrativo, una jurisdicción especializada del Poder Judicial, para que pronuncie la expropiación pretendida. Se trata de la expropiación del derecho público francés⁴⁷, que es el sistema establecido en el ordenamiento dominicano, en virtud del cual la Administración debe procurar del juez judicial el pronunciamiento de la expropiación del bien afectado de utilidad pública o interés social, a través de un proceso contradictorio que deberá observar todas las garantías que impone el derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁸.

Lo que comprende, lógicamente, la obligación de que el tribunal centre su análisis para verificar si el decreto que inició el procedimiento realmente se encuentra justificado en una causa de utilidad pública e interés social, si está debidamente motivado y respetó el derecho de audiencia del expropiado.

VII. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DECISIÓN EXPROPIATORIA

Entre nosotros se ha sostenido con justa razón que la LPE no es una norma que regule el proceso expropiatorio en su totalidad, sino que se trata de una ley que dispone un proceso judicial para determinar el precio del bien afectado por la decisión expropiatoria en el supuesto de no lograrse un acuerdo con el propietario⁴⁹. De manera que en este proceso no está concebido para cuestionar la legalidad de la expropiación en sí, sino para la determinación del *justiprecio* correspondiente.

Situación que no resulta en nada extraña, pues en base a normas de contenido similar se ha sostenido en derecho comparado que la única garantía del expropiado es el *justiprecio* por la privación de su propiedad, en el entendido de que no puede oponerse al ejercicio de la potestad expropiatoria. Tanto así que la doctrina comparada da cuenta de una línea jurisprudencial que consideraba que la expropiación se producía “por las buenas o por las malas”, de manera que no existía forma de evitar la privación de la propiedad⁵⁰.

Línea de pensamiento que (al parecer) se intentó sostener en un primer momento en el ordenamiento dominicano cuando la Suprema Corte de Justicia sostuvo:

“(...) la recurrente sostiene, en esencia, que (...) no se estaba en presencia de un caso de utilidad pública ni de interés social; pero, (...) la apreciación de en qué momento o en qué circunstancia existe una causa de utilidad pública o interés social (...) corresponde soberanamente a las instituciones de carácter político establecidas por la Constitución del Estado, y

⁴⁶ Sentencia TC/0261/14, 5 de noviembre de 2014.

⁴⁷ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *Principios de la ...*, ob. cit., pp. 54-55.

⁴⁸ Sentencia TC/00205/13, de 13 de noviembre de 2013.

⁴⁹ Castellanos Khoury, Justo Pedro, “La tutela del ...”, ob. cit., p. 805.

⁵⁰ Hernández-Mendible, Víctor, “Contribución al estudio del artículo 101 de la constitución de la república”, en *Revista de la Facultad de Ciencia Jurídica y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, núm. 89, 1993, p. 330.

que ese carácter político resulta precisamente (...) de la capacidad el indicado poder el de apreciación de necesidades variables; que no entrando la cuestión planteada en el ámbito judicial, el medio que al respecto se ha propuesto no puede ser acogido;⁵¹

Criterio que la Suprema Corte de Justicia varió unos años luego al sostener que “(...) sólo al Poder Ejecutivo compete la facultad de declarar la expropiación de un inmueble determinado y no a los tribunales de justicia, pero no les niega a éstos la facultad de examinar el procedimiento de expropiación (...)”⁵². Agregando, en la página siguiente, “(...) que (...) entre las facultades del tribunal que sea apoderado de este procedimiento se encuentra la de comprobar si el Decreto de expropiación así dictado cumplía esos fines (...)”⁵³.

Llegados a este punto debe indicarse que el establecimiento de una cláusula general de competencia y de la tutela judicial efectiva mediante los artículos 69, 139 y 165.2 de la Constitución despeja cualquier duda al respecto, ya que ello implica la existencia de un control judicial pleno y universal de la actuación administrativa; y es así, precisamente, como lo viene considerando la jurisprudencia dominicana tras la reforma constitucional de 2010.⁵⁴

Por lo que debe concluirse que la persona expropiada tiene, además del derecho a que la expropiación se realice mediante un procedimiento adecuado (de buena Administración), el derecho a combatir el acto expropiatorio mediante su impugnación judicial, ya sea por vicios de forma, desviación de poder, el control de los hechos determinantes de la *causa expropriandi* (a fin de determinar su veracidad) o cualquier otro tipo de contrariedad a derecho, debiendo el juez, una vez constada la transgresión denunciada, declarar la nulidad del acto.

Ese es el sentido correcto del control judicial pleno que proclama la Constitución dominicana. Y en esa línea de ideas puede citarse como ejemplo una reciente decisión de la Corte de Casación dominicana, en la cual declaró:

“Esta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia considera, que si bien es cierto que conforme a lo establecido por el artículo 51 de la Constitución de la República, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de emitir decretos de expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, esto no significa, como entendiera el tribunal *a quo*, que el decreto así emitido esté exento del control que la propia Constitución pone a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa, al disponer en el artículo 139 que dicha jurisdicción controlará la legalidad de la actuación de la Administración Pública; lo que evidentemente incluye al decreto de expropiación cuestionado en la especie, por ser un acto emanado del ejercicio de una actuación pública que le corresponde al Poder Ejecutivo como órgano del Estado, y que tiene una finalidad definida, como lo es, la limitación del derecho fundamental sobre la propiedad privada, basado en causas justificadas de utilidad pública o de interés social.”⁵⁵

De ahí que en el estado actual del ordenamiento dominicano los tribunales pueden controlar la actividad expropiatoria por cualquier tipo de contrariedad a derecho a través del proceso contencioso-administrativo regulado por la Ley núm. 1494 de 1947, que instituye la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y la Ley núm. 13-07, de Transición hacia el Control Jurisdiccional de la Actividad Administrativa. Solo así adquieren sentido las garantías formales y materiales que rodean el derecho de propiedad, pues sin un control judicial adecuado nada impediría que la Administración sobrepase los límites normativos para privar el derecho de propiedad de las personas de manera arbitraria.

⁵¹ SCJ, 17 de agosto de 1966, B. J. 669, pp. 1366-1367.

⁵² SCJ, 28 de mayo de 1986, B.J. 906, p. 612.

⁵³ *Ibidem*, p. 613.

⁵⁴ SCJ, 3ª Sala, 22 de agosto de 2018, núm. 540.

⁵⁵ SCJ, 3ª Sala, 29 de noviembre de 2019, núm. 672-2019.

VIII. CONCLUSIONES

Llegados a este punto podemos enunciar, a modo de conclusión, que la figura de la expropiación es una herramienta útil para que la Administración Pública pueda perseguir la satisfacción del interés general cuando ello exija privar la propiedad privada de alguna persona por causa de utilidad pública o interés social. De hecho, esto conecta con la función social que el art. 51 de la Constitución le asigna a la propiedad.

Sin embargo, no debe olvidarse que la expropiación es también una garantía orientada a restringir la privación de la propiedad a los supuestos donde no existe otra medida alternativa menos restrictiva, cuya verificación deberá realizarse observando los derechos y principios de buena Administración, a fin de que se adopte una decisión correcta y de calidad.

Se trata, igualmente, de una figura que asegura la integridad patrimonial de la persona expropiada, por lo que el pago de justo valor indemnizatorio deberá realizarse de manera previa a la transferencia de la propiedad, salvo que se trate de una expropiación de emergencia, que solo procede en los casos de Estado de emergencia o de defensa proclamado con autorización del Congreso Nacional.

EL ORIGEN DEL IMPUESTO AL VALOR AGREGADO Y EL GRAVAMEN DE LAS VENTAS DE INMUEBLES

THE ORIGIN OF THE VALUED ADDED TAX AND THE TAXATION OF REAL ESTATE SALES

Luis Fraga-Pittaluga*

Abogado

Resumen: *Este trabajo relata de manera breve el origen y la historia del impuesto al valor agregado, desde su creación en Francia, pasando por su desarrollo en Europa y su recepción en Venezuela, para luego enfocarse en el problema de si este impuesto grava normalmente la venta de bienes inmuebles, con el objeto de analizar la modificación efectuada por Decreto Constituyente del 29 de enero de 2020, que autoriza gravar con una sobretasa las ventas de bienes inmuebles que sean pactadas y pagadas en moneda distinta a la de curso legal en el país, o criptomonedas o criptoactivos diferentes a los emitidos y respaldados por la República Bolivariana de Venezuela.*

Palabras Clave: *Impuesto al valor agregado, inmuebles, venta, sobretasa, hecho imponible, base imponible, reserva legal.*

Abstract: *This work briefly recounts the origin and history of the value added tax, from its creation in France, through its development in Europe and its reception in Venezuela, to then focus on the problem of whether this tax normally taxes the sale of real estate, in order to analyze the modification made by Constitutional Decree of January 29, 2020, which authorizes to tax with a surcharge the sales of real estate that are agreed and paid in a currency other than the legal tender in the country, or cryptocurrencies or crypto assets other than those issued and backed by the Bolivarian Republic of Venezuela.*

Key words: *Value added tax, real estate, sale, surcharge, taxable event, tax base, legal reserve.*

I. EL ORIGEN DEL IVA

El impuesto a las ventas, tipo valor agregado (*taxe sur la valeur ajoutée* o TVA), nació en Francia en 1954. Fue creado por Maurice Lauré, un joven francés de 37 años que nació en Marruecos en 1917, donde su padre trabajaba como expatriado, y murió en Neuilly-sur-Seine el 20 de abril de 2001, a la edad de 83 años. Lauré fue un brillante egresado de la prestigiosa École Polytechnique de Paris (L’X) –donde luego sería profesor– que inventó el impuesto al valor agregado mientras se desempeñaba como Director General Adjunto de Impuestos del

* Ex profesor en el postgrado de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), ex profesor de Derecho Financiero en la Universidad Monteávila, ex profesor en el postgrado de Derecho Tributario de la Universidad Católica del Táchira y ex profesor en el Programa Avanzado de Gerencia Tributaria de la Universidad Metropolitana de Caracas. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público. Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero, de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario.

Ministerio de Finanzas francés.¹ Entre 1953 y 2001, publicó nueve libros que tuvieron gran influencia en materia fiscal, presupuestaria y económica, destacándose entre ellos sus dos primeros libros: *La taxe sur la valeur ajoutée*² y *Impôts et productivité*.³

Según las fuentes disponibles, el 29 de marzo de 1954, el presidente del Consejo, Joseph Laniel, y su ministro de finanzas y de asuntos económicos, Edgar Fauré, hicieron votar por la Asamblea Nacional un proyecto de ley sobre «la reforma fiscal» que sustituía el impuesto sobre la producción que existía hasta ese momento, remplazándolo por un «impuesto sobre el valor agregado percibido sobre los negocios». Paradójicamente este impuesto no fue impulsado para su aprobación por el Ministro de Finanzas de la época, Edgar Fauré, sino por el presidente de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional, Pierre Mendès France.⁴ Así, el 10 de abril de 1954, se promulgó la Ley N° 54-404 y de este modo nació el IVA.⁵

Los antecedentes inmediatos de este impuesto en Francia fueron el impuesto general a las ventas de bienes y servicios, que se instauró en 1917 y que se llamó “impuesto sobre los pagos” (*taxe sur les paiements*) aplicable a los consumidores; y luego en 1920, el impuesto sobre la “cifra de negocios” (*taxe sur la chiffre d'affaires*), aplicable a las empresas. Pero estos tributos tenían un gran defecto y es que, al no ser tipo valor agregado y plurifásicos, sino acumulativos, producían el denominado efecto *cascada* e incrementaban el precio del producto en cada etapa de la cadena de producción y comercialización, generando inflación y perjudicando en gran medida y de manera especial al consumidor final.

La creación de Lauré era sencillamente genial desde todo punto de vista, porque el impuesto gravaba toda la cadena de producción y comercialización, por el valor añadido en cada etapa, pero sin aumentar significativamente el precio pagado por el consumidor final, como ocurría con los impuestos acumulativos al consumo existentes hasta entonces.

El Fisco comenzaba a recaudar el tributo desde el momento mismo que el producto salía de la fábrica hacia el distribuidor y seguía recaudando porciones del impuesto hasta el consumidor final. La evasión era extraordinariamente difícil, puesto que cada eslabón de la cadena controlaba al anterior y al siguiente, gracias al sistema de traslación y de crédito y débito fiscal. Además, cada actor económico se convertía en un auxiliar del ente recaudador, garan-

* Ex profesor en el postgrado de Derecho Financiero de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), ex profesor de Derecho Financiero en la Universidad Monteávila, ex profesor en el postgrado de Derecho Tributario de la Universidad Católica del Táchira y ex profesor en el Programa Avanzado de Gerencia Tributaria de la Universidad Metropolitana de Caracas. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Público. Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero, de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo y de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario.

¹ Ver al respecto: Babeau, A. « Maurice Lauré: Une œuvre d'une grande originalité ». *La Jaune et la Rouge*. Août-Sep, 2002, N° 577 / Cozian, M – Deboissy, F. *Précis de Fiscalité des Entreprises*. Lexis-Nexis, Paris, 2014, 38 Édition, pp. 507 y ss. / DISCHAMPS, J.C. « Au secours de la T.V.A. (note bibliographique) » *Revue Economic*. Librairie Armand Colin, Paris, 1959, Vol. 10, N° 3, pp. 475-476 / TREFFEL, R. « La TVA une invention française ». *L'Economiste*. <https://www.leconomiste.eu/decryptage-economie/601-la-tva-est-une-invention-francaise.html>

² Librairie du recueil Sirey, Paris, 1953.

³ Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1953.

⁴ https://www.lemonde.fr/economie/article/2014/04/04/la-tva-une-invention-francaise_4395627_3234.html

⁵ *Vid.* Journal Officiel de la République Française, N° 3484, 11 avril 1954. https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000864818&pageCourante=03482

tizando el flujo seguro y constante de recursos para el Fisco. La posterior fiscalización y determinación de cualquier diferencia de impuesto o de ilícitos cometidos durante el proceso, era extremadamente simple, pues durante toda la cadena de producción y comercialización se generaban registros contables y documentos probatorios (*i.e.* facturas) que no podían ser ocultados o falsificados porque el control cruzado de evidencias no lo permitía o al menos lo hacía muy complicado y riesgoso.

En Francia, el IVA representa casi la mitad de la recaudación tributaria⁶ y actualmente está regulado en el Código General de Impuestos (artículo 256 y ss.)⁷ con una tarifa ordinaria del 20% y otras tarifas especiales, incrementadas o reducidas, según el caso.

II. LA EXPANSIÓN DEL IVA E EUROPA

Aunque el IVA fue inventado en Francia, su notable eficiencia recaudatoria pronto estimuló su aplicación en el resto de Europa. Ello se debió tal vez a que en el Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957⁸, que instituyó el mercado común europeo, se previó la necesidad de una armonización tributaria entre los Estados miembros. Hasta hoy en día, el IVA es el impuesto más uniforme en toda la Unión Europea.

Un hito muy importante en el desarrollo del IVA a nivel europeo, que materializó el uso del exitoso *modelo francés*, comenzó con la Primera Directiva del 11 de abril de 1967⁹, en la que se impuso a los Estados miembros la obligación de adoptar el sistema del IVA y abandonar las otras variantes de imposición a las ventas.

Es muy importante rememorar el contenido de esa Directiva, porque en ella se definen las bases fundamentales del IVA moderno. La Directiva indicó que era conveniente una armonización de las legislaciones en materia de impuestos sobre volumen de negocios con objeto de eliminar, en la medida de lo posible, y tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, los factores susceptibles de falsear las condiciones de competencia y de alcanzar en consecuencia el objetivo consistente en la supresión de los gravámenes a la importación y de las desgravaciones a la exportación en los intercambios comerciales, entre los Estados miembros.

Asimismo, señaló la Directiva que la armonización debía conducir a la desaparición de los sistemas de impuestos acumulativos en cascada, y a la adopción por todos los Estados miembros de un sistema común de impuesto sobre el valor añadido, que lograra un máximo de sencillez y de neutralidad a través de la mayor generalidad posible y extendiendo su ámbito de aplicación a la totalidad de las fases del proceso de producción y distribución de bienes, y a la prestación de servicios, incluyendo la fase del comercio al por menor.

A partir de esas bases fundamentales, la Directiva ordenó:

“Artículo 1: Los Estados miembros sustituirán su sistema actual de impuestos sobre el volumen de negocios por el sistema común de impuesto sobre el valor añadido definido en el artículo 2. En cada Estado miembro, la ley que disponga esta sustitución se promulgará en el plazo más breve posible con el fin de que pueda entrar en vigor en la fecha que sea fijada por cada uno de ellos teniendo en cuenta la situación coyuntural, pero en ningún caso con poste-

⁶ <https://www.performance-publique.budget.gouv.fr/budget-comptes-etat/budget-etat/approfondir/recettes-etat/recettes-fiscales#.XtELaW5FySc>

⁷ https://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006069577

⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11957E/TXT>

⁹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-X-1967-60005>

rrioridad al 1 de enero de 1970. A partir de la entrada en vigor de dichas leyes ningún Estado miembro podrá aplicar o dictar medida alguna de compensación a las importaciones o a las exportaciones en concepto de impuesto sobre el volumen de negocios en los intercambios entre los Estados miembros.”

“Artículo 2: El principio del sistema común de impuestos sobre el valor añadido consiste en aplicar al comercio de bienes y servicios un impuesto general sobre el consumo exactamente proporcional al precio de los bienes y de los servicios, sea cual fuere el número de transacciones que se produzcan en el circuito de producción y distribución precedente a la fase de gravamen. En cada transacción será exigible el impuesto sobre el valor añadido, liquidado sobre la base del precio del bien o del servicio gravados al tipo impositivo aplicable a dichos bienes y servicios, previa deducción del importe de las cuotas impositivas devengadas por el mismo impuesto que hayan gravado directamente el coste de los diversos elementos constitutivos del precio.

El sistema común del impuesto sobre el valor añadido se aplicará hasta la fase de venta al por menor, incluida ésta. No obstante lo anterior, hasta la fecha en que se haga efectiva la supresión de los gravámenes a la importación y de las desgravaciones a la exportación en los intercambios comerciales entre los Estados miembros, estos últimos dispondrán de la facultad, previo ejercicio de la consulta prevista en el artículo 5, de aplicar este sistema sólo hasta la fase de comercio al por mayor, incluida, y de aplicar, en su caso, a la fase de comercio minorista, o anterior a ésta, un impuesto complementario autónomo.”

El desarrollo del IVA en Europa prosiguió, lento pero seguro, y a través de la Sexta Directiva de la CEE del 17 de mayo de 1977¹⁰ se dictó el sistema común de impuesto al valor añadido, regulando detalladamente el ámbito de aplicación, los sujetos pasivos, el hecho imponible, la base imponible, el devengo y exigibilidad del impuesto, los tipos impositivos, los supuestos de no sujeción, las exenciones internas y externas, las deducciones, los responsables tributarios, los deberes formales, los regímenes especiales, entre otras cosas. A esta segunda Directiva suele calificársele como el “Código Europeo del IVA”.

El 28 de noviembre de 2006, fue dictada la Directiva 2006/112/CE¹¹, que sustituyó la Sexta Directiva, y estableció el Sistema Común del Impuesto al Valor Agregado, con 414 artículos y 12 anexos.

Esta Directiva recoge todas las enmiendas que se hicieron a la Sexta Directiva y es en la actualidad la que regula el IVA en la Unión Europea.

3. *La recepción del IVA en Venezuela*

El IVA llegó tardíamente a Venezuela, cuando ya la mayoría de los países de Latinoamérica lo habían puesto en funcionamiento¹². Según relata el recordado profesor Armando Montilla (uno de los fundadores del Derecho tributario moderno en Venezuela) en 1983 la Comisión de Estudio y Reforma Fiscal creada por el Decreto N° 550 de marzo de 1980¹³

¹⁰ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1977L0388:20060101:ES:PDF>

¹¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0112&from=ES>

¹² Como lo afirma el profesor Eusebio González, países como Colombia (1963), Brasil (1965) y Uruguay (1967) adoptaron prontamente la incorporación del IVA a sus sistemas tributarios. González, E. “La moderna rehabilitación de ciertas formas de imposición indirecta: Especial referencia a los problemas que suele plantear la introducción del IVA”. *III Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. AVDT, Caracas, 1989, p. 40. Nótese que en Colombia, Brasil y Uruguay el IVA fue introducido antes de que el IVA tuviera una regulación uniforme en Europa.

¹³ G.O. N° 31.948 del 20 de marzo de 1980.

(presidida nada menos y nada más que por el ilustre Don Tomás Enrique Carrillo-Batalla) presentó un informe en el cual recomendó la introducción en el país de un impuesto general a las ventas, que sería el paso intermedio para la promulgación posterior de un impuesto al valor agregado.¹⁴

En un ambiente propicio para la reforma del sistema tributario venezolano, impulsada por las recomendaciones del Departamento de Finanzas Públicas del Fondo Monetario Internacional, fueron celebradas en Caracas, en noviembre de 1989, las III Jornadas Nacionales de Derecho Tributario, y en ellas un trabajo de José Rafael Bermúdez da cuenta de dos proyectos de ley presentados en agosto de 1989, por el Ministerio de Hacienda en relación a la reforma del Impuesto sobre la Renta y la introducción del Impuesto al Valor Agregado.¹⁵

Desafortunadamente y como lo explica Leonardo Palacios Márquez, el programa maestro de reformas tributarias fue definido, pero no ejecutado durante el período de gobierno comprendido entre 1989 y 1993, que culminó intempestivamente con la salida del Presidente de entonces Sr. Carlos Andrés Pérez.¹⁶

Llegamos así a la promulgación de la primera Ley de Impuesto al Valor Agregado en Venezuela, por el Presidente de la República Sr. Ramón J. Velázquez, mediante Decreto N° 3.145 del 16 de septiembre de 1993¹⁷. En esta primera Ley, el hecho imponible comprendía, conforme a su artículo 8: La venta de bienes *muebles* corporales, incluidas la de partes alícuotas en los derechos de propiedad sobre ellos; así como los retiros o desincorporación de bienes muebles; la importación definitiva de bienes muebles; la importación de servicios gravados por esta Ley; la prestación de servicios independientes en el país, a título oneroso, en los términos de la Ley y el consumo de los servicios propios del objeto, giro o actividad del negocio, en los casos a que se refería el numeral 3° del artículo 9 de la Ley¹⁸.

Este impuesto causó un impacto importante en la población, por lo que rápidamente fue derogado y sustituido por un tributo idéntico, pero con otro nombre, que transmitía la falsa

¹⁴ Montilla Varela, A. "Introducción del Impuesto al Valor Agregado en Venezuela". *Revista de Derecho Tributario*. AVDT, Caracas, 1991, N° 53, p. 69.

¹⁵ Bermúdez, J.R. "La introducción de un impuesto al valor agregado en Venezuela". *III Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. AVDT, Caracas, 1989, p. 275.

¹⁶ Palacios Márquez, L. "Los efectos del IVA en la economía". *Imposición al valor agregado (IVA) en Venezuela*. (Coordinador Jesús Sol). AVDT, Caracas, 2004, p. 75. Del mismo autor consúltese: "Anotaciones para la sinceración del impuesto general al consumo tipo valor agregado en Venezuela". *Revista de Derecho Tributario*. AVDT, Caracas, N° 82, pp. 61 y ss.

¹⁷ G.O. N° 35.304 del 24 de septiembre de 1.993.

¹⁸ Artículo 9, numeral 3: "Retiro o desincorporación de bienes muebles: los retiros o desincorporaciones de bienes muebles propios del objeto, giro o actividad de la empresa, efectuados por los contribuyentes ordinarios con destino al uso o consumo propio, de los socios, de los directores o del personal de la empresa, o a cualquier otra finalidad distinta, tales como rifas, sorteos o distribución gratuita con fines promocionales y, en general, por cualquier causa distinta de su disposición normal por medio de la venta o entrega a título oneroso. Se consideran retirados o desincorporados, y por lo tanto, gravables, los bienes que falten en los inventarios y cuya salida no puedan ser justificada por el contribuyente, a juicio de la Administración Tributaria. No constituirán hechos imponibles los retiros de bienes muebles, cuando sean destinados a ser utilizados o consumidos en el objeto, giro o actividad del negocio, a ser trasladados al activo fijo del mismo o a ser incorporados a la construcción o reparación de un inmueble destinado al objeto, giro o actividad de la empresa.

idea a la población de que solamente se aplicaba al consumo suntuario o de bienes de lujo y a las ventas al mayor: “El Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor” promulgado mediante Decreto N° 187 del 25 de mayo de 1994.¹⁹

Además de esta manipulación semántica, el nuevo tributo no ordenaba discriminar el monto del impuesto en la factura respectiva²⁰, con lo que, como bien afirma Jesús Sol Gil, se encubría: “...el traslado de la carga fiscal dentro del precio de los bienes y servicios a quienes, en definitiva, eran los contribuyentes económicos del impuesto, presentando un efecto que podemos definir como ‘Anestesia’, como fase de lo que denominamos primera fase de cultura tributaria de esta exacción”.²¹

Luego de cinco (5) años de *anestesia fiscal*, el impuesto al valor agregado en Venezuela retomó su verdadero nombre, con el Decreto con Rango y Fuerza de Ley N° 126 del 5 de mayo de 1.999²² y así permanece hasta la fecha²³.

En *ninguna* de las veinte (20) leyes de impuesto al valor agregado que estuvieron en vigencia en Venezuela desde 1993 y hasta la última reforma proveniente del Decreto Constituyente de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, del 17 de agosto de 2018²⁴, se contempló la venta de bienes *inmuebles* como hecho imponible de este tributo y, de hecho, el Decreto Constituyente del 29 de enero de 2020 (en adelante la “LIVA”)²⁵ no incluye la venta de inmuebles dentro de los hechos imponibles definidos en su artículo 3. La doctrina ha entendido siempre, de manera pacífica, que las transacciones que involucrasen bienes inmuebles estaban fuera del ámbito de aplicación objetivo del IVA.²⁶

IV. EL IVA EN LAS OPERACIONES INMOBILIARIAS EN FRANCIA

Siendo que el IVA es un invento francés, es válido acudir a la fuente original para saber cómo regula dicho impuesto las transacciones inmobiliarias. Aunque el IVA evolucionó de distinta forma en los países donde fue adoptado, consultar la concepción original del tributo, es sin duda un dato relevante.

En sus orígenes y como se desprende de la interpretación conjunta de la Ley 54-404 del 10 de abril de 1954 y de los artículos 256 y 277 del Código General de Impuestos aplicable

¹⁹ G. O. Extraordinario N° 4.727 del 27 de mayo de 1994

²⁰ Aunque el artículo 27 de la Ley preveía que el monto del débito fiscal debía ser trasladado por los contribuyentes ordinarios a quienes fungiesen como adquirentes de los bienes vendidos o receptores o beneficiarios de los servicios prestados, quienes estarían obligados a soportarlos, se dejaba específicamente establecido que: “Solo en los casos de operaciones entre contribuyentes ordinarios del impuesto deberá indicarse separadamente el débito fiscal en la factura o documento equivalente emitido por el vendedor o prestador de servicios. En los demás casos el impuesto formará parte del precio.”

²¹ Sol Gil, J. “Clasificación de los impuestos y el impuesto tipo valor agregado”. *Imposición al valor agregado (IVA) en Venezuela*. (Coordinador Jesús Sol). AVDT, Caracas, 2004, p. 94-95.

²² G.O. N° 5.341 Extraordinario del 5 de mayo de 1999.

²³ G.O. N° 6.507 Extraordinario del 29 de enero de 2020.

²⁴ G.O N° 6.396 Extraordinario del 21 de agosto de 2018.

²⁵ G.O. N° 6.507 del 29 de enero de 2020.

²⁶ ESCALANTE, X. *Manual Venezolano de Derecho Tributario*. Tema XI, Impuesto al Valor Agregado. AVDT, Caracas, 2013, T. II, p.

en razón del tiempo²⁷, la venta de inmuebles no fue gravada con el IVA en Francia. Actualmente el IVA (*i.e.* la TVA) se aplica en Francia a las transacciones inmobiliarias, pero dentro de unas circunstancias muy específicas. El IVA inmobiliario presenta varias particularidades en relación con el IVA de derecho común y por eso se dice que es más próximo en su regulación a los llamados *derechos de mutación a título oneroso*, que del IVA.²⁸

Para que el IVA pueda ser aplicado en las transacciones inmobiliarias, debe tratarse de una operación que se haya hecho en el marco de una actividad económica por una persona que tenga la condición de contribuyente ordinario del impuesto²⁹. Es decir se trata de transacciones inmobiliarias efectuadas por personas cuya actividad consiste, precisamente en comprar y vender terrenos para ser construidos o inmuebles en construcción, o inmuebles que no tengan más de cinco años de construidos.³⁰

De modo pues que, si una persona que no es contribuyente ordinario del impuesto vende un terreno o un inmueble, nuevo o usado, la transacción respectiva no está sujeta al IVA. La única excepción a este principio general es el caso en el cual una persona que es arrendatario de un inmueble, se hace propietario del mismo dentro del programa de los llamados *dispositivos de accesión social*, aplicándose en este caso una tarifa reducida de IVA del 5,5%.

V. EL IVA EN LAS OPERACIONES INMOBILIARIAS EN LATINOAMÉRICA

No hemos analizado la totalidad de las leyes de IVA Latinoamericanas, sino sólo algunos ejemplos que, arbitrariamente, hemos considerado representativos por ser países pioneros en la introducción de este impuesto. Este examen aleatorio, por supuesto, no representa el estado actual de la cuestión en América Latina; para ello sería necesario un estudio más exhaustivo de derecho comparado, el cual desborda con creces los propósitos de estas breves notas.

Brasil tiene uno de los sistemas tributarios más complejos de toda América Latina. Existen cuatro tipos de impuestos al consumo: El IVA estatal (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, ICMS), el IVA federal (Imposto sobre Produtos Industrializados, IPI) el Impuesto de Servicio Municipal (ISS), y las contribuciones sobre ingresos brutos (PIS-PASEP y COFINS). Ni el ICMS ni el IPI, gravan la venta de bienes inmuebles. El PIS y el COFINS sí pero cuando la venta del inmueble es parte de la actividad económica del vendedor.³¹

En Chile, que fue una de las legislaciones de IVA seguidas como modelo por Venezuela, este tributo grava la venta de *inmuebles*, según se desprende del texto expreso de los artículos 2.1 y 4 del Decreto Ley N° 825³², pero dentro de ciertas condiciones. Si se trata de un inmueble nuevo, se causa el impuesto, pero si el precio de la vivienda es inferior a determinado monto, se concede una rebaja. Si la vivienda se adquiere con un subsidio habitacional,

²⁷ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000305639&categorieLien=id>

²⁸ Cozian, M – Deboissy, F. *Précis de Fiscalité... Cit.*, 621.

²⁹ Artículo 256 y ss, del Code Général des Impôts: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069577>

³⁰ La “construcción” a la que se refiere el Código General de Impuestos, no necesariamente es un inmueble que va a servir de vivienda, sino que abarca la construcción de cualquier obra: edificios, carreteras, autopistas, estacionamientos, puentes, túneles, diques, etc.).

³¹ <http://www.portalfederativo.gov.br/>

³² <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6369&idVersion=2020-03-01>

la operación estará exenta. Si se trata de la adquisición de un inmueble usado, no se causa el IVA, salvo que sea para su reventa, porque en ese caso se entiende que la actividad es parte del giro comercial del vendedor y, por lo tanto, se trata de un contribuyente del IVA.

En Colombia, la venta de bienes *inmuebles* usados no es gravada con el IVA³³; se aplica el IVA cuando la venta de inmuebles es parte del giro de negocio del vendedor, es decir, cuando se trata de una transacción hecha por un contribuyente ordinario de dicho impuesto. En el caso de las viviendas nuevas, se aplica el IVA si el precio de la vivienda supera el monto establecido en el Estatuto Tributario (artículo 420 y ss).

La Ley de IVA de Uruguay, es realmente compleja de analizar. Sin embargo, pareciera claro que la venta de inmuebles nuevos sí está gravada con el IVA, pero con la tarifa mínima aplicable; mientras que la venta de inmuebles usados no está gravada, a menos que se trate de inmuebles sobre los cuales sea han hecho refacciones o reciclajes significativos, que sean vendidos por empresas constructoras o promotoras.³⁴

VI. EL IVA EN LAS OPERACIONES INMOBILIARIAS EN VENEZUELA: ¿NUEVO TRIBUTO O AMPLIACIÓN ENCUBIERTA DEL HECHO IMPONIBLE DEL IVA?

La LIVA establece en su artículo 62.3, que cuando se realicen *ventas de bienes inmuebles* que sean pactadas y pagadas en moneda distinta a la de curso legal en el país, o criptomonedas o criptoactivos diferentes a los emitidos y respaldados por la República Bolivariana de Venezuela, se aplicará la alícuota impositiva establecida en el tercer aparte del artículo 27 de la Ley, es decir, la tarifa que fijará el Ejecutivo Nacional mediante Decreto y que estará comprendida entre un límite mínimo de cinco por ciento (5%) y un máximo de veinticinco por ciento (25%).

La norma indica que los registradores deberán solicitar, previo al registro del documento de compraventa, el o los documentos que demuestren el pago del inmueble en bolívares, o en criptomoneda o criptoactivo emitidos y respaldados por la República Bolivariana de Venezuela y que, en su defecto, deberá exigir el comprobante de pago de la obligación tributaria a la que se refiere el artículo 62.

Tratando de encontrar algún sentido a esta nueva regulación, expertos tributarios han asumido, en foros y conferencias, dos posiciones: (i) se trata de un nuevo tributo que no grava el consumo de bienes y servicios sino la forma de pago (entre otros, Alessandra Montagna³⁵); (ii) se trata del mismo tributo, sólo que el hecho imponible no sólo es el definido ahora en el artículo 3 de la Ley, sino también el definido en el artículo 62.3 (Juan Carlos Fermín³⁶).

Entendemos perfectamente la necesidad de convivir con una regulación que es una realidad de la cual resulta prácticamente imposible escapar, en un sistema donde la tutela judicial efectiva de los derechos y garantías de los ciudadanos es un espejismo. Además, el

³³ <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/es/Documents/fiscal/Deloitte-ES-DeloitteLegal-libro-IVA-2019.pdf>

³⁴ <https://www.dgi.gub.uy/wdgi/page?2,beneficios-fiscales-98,preguntas-frecuentes-ampliacion,O,es,0,PAG;CONC;1017;8;D;esta-gravada-por-el-iva-la-enajenacion-de-inmuebles;2;PAG;>

³⁵ Según ponencia expuesta en el Foro “Actualidad Tributaria” organizado por VENAMCHAM en Caracas (hotel Marriott®), el día 4 de marzo de 2020: <http://www.venamcham.org/>

³⁶ Según ponencia presentada en el Foro “Actualidad Tributaria 2020”, organizado por la AVDT en Caracas, el día 27 de febrero de 2020.

exigir que los registradores soliciten, previo al registro del documento de compraventa, el o los documentos que demuestren el pago del inmueble en bolívares, o en criptomoneda o criptoactivo emitidos y respaldados por la República Bolivariana de Venezuela o, en su defecto, exigir el comprobante de pago de la obligación tributaria, se crea un mecanismo de presión para arrinconar a los contribuyentes en un callejón sin salida.

Sin embargo, más allá de esa visión pragmática, que es completamente realista y justificada, creemos importante analizar si el legislador podía hacer lo que hizo y de poder hacerlo, si lo hizo bien.

a) *Si es un nuevo tributo*

Una de las explicaciones que se ha intentado dar a la sobretasa de IVA para las transacciones inmobiliarias pactadas y pagadas en moneda extranjera, es que se trata de un tributo distinto al IVA que grava los pagos por medios diferentes a la moneda de curso legal o las criptomonedas o criptoactivos respaldados por la República. Estamos persuadidos de que esta interpretación es un intento justificado de encontrar alguna explicación racional a la inclusión de esta sobretasa, pero desafortunadamente la misma plantea una serie de inconvenientes.

En primer lugar y desde la perspectiva del genuino respeto al principio de la legalidad tributaria, habría que convenir que esta no es, sin duda alguna, la forma de crear un nuevo tributo, porque no se satisfacen las exigencias del principio de reserva legal tributaria cuando se introduce de contrabando una exacción en la ley que regula otro tributo, sin que se describa con claridad y detalle, cuál es el objeto del nuevo impuesto, el hecho imponible, la base imponible, los sujetos pasivos, entre otras cosas.

La ausencia de una pormenorizada regulación en la Ley de este supuesto nuevo tributo, no permite determinar, por ejemplo, si el mismo entra dentro de los ramos rentísticos que corresponden al Poder Nacional y si es un tributo que satisface las exigencias establecidas en los artículos 133, 316 y 317 de la Constitución, en cuanto a su conformidad con los principios constitucionales de generalidad, capacidad contributiva, progresividad, justicia o equidad tributaria y la interdicción de los efectos confiscatorios de los tributos.

Por otro lado, no es congruente esta interpretación con el hecho de que el artículo 27, tercer aparte, de la LIVA, al que remite el artículo 62.3, *ejusdem*, se refiere a una alícuota *adicional* a la que grava las transacciones, operaciones y actividades que son objeto del IVA; es decir, es una tarifa que se añade a la tarifa ordinaria del IVA, de modo que pareciera claro que la intención del legislador no ha sido consagrar un nuevo tributo, sino incrementar la tarifa del que ya está regulado en la Ley, cuando la transacción es pactada y pagada en moneda extranjera, o criptomonedas o criptoactivos diferentes a los emitidos y respaldados por la República Bolivariana de Venezuela.

Finalmente, si estamos frente a un nuevo tributo que no es el IVA sino un gravamen a los pagos por medios distintos a la moneda de curso legal, las criptomonedas o criptoactivos emitidos y respaldados por la República Bolivariana de Venezuela, se trataría de una operación ajena al procedimiento de determinación de la cuota tributaria liquidable del IVA, de acuerdo con los artículos 28 al 31 de la LIVA.

b) *Si es el mismo impuesto*

Las transacciones inmobiliarias no pueden ser gravadas con una “sobretasa” de Impuesto al Valor Agregado, porque las transacciones inmobiliarias no constituyen hecho imponible en este impuesto, ni antes de la reforma ni después de la reforma.

Las transacciones de venta de inmuebles nuevos o usados jamás han sido hecho imponible desde que el Impuesto al Valor Agregado fue introducido en Venezuela en 1993, y no lo son en el país de origen de este tributo, sino dentro de las muy específicas limitaciones a las que ya se hizo referencia, que excluyen con toda claridad la venta de inmuebles nuevos o usados entre personas que no son contribuyentes ordinarios del impuesto.

Por otro lado, y como resulta evidente de la simple lectura de los artículos 1 y 3 de la LIVA, la compra-venta de bienes inmuebles, cualquiera que sea la forma de pago, no es hecho imponible en este tributo. El artículo 1 de la LIVA establece que el Impuesto al Valor Agregado es un tributo que grava: (i) la enajenación de bienes muebles, (ii) la prestación de servicios y (iii) la importación de bienes. Por su parte, el artículo 3 de la LIVA, en forma más pormenorizada, regula claramente cuáles son las actividades, negocios jurídicos y operaciones que constituyen hecho imponible en del IVA, a saber:

- a. La venta de bienes muebles corporales, incluida la de partes alícuotas en los derechos de propiedad sobre ellos; así como el retiro o desincorporación de bienes muebles, realizado por los contribuyentes de este impuesto;
- b. La importación definitiva de bienes muebles;
- c. La prestación a título oneroso de servicios independientes ejecutados o aprovechados en el país, incluyendo aquéllos que provengan del exterior, en los términos de la LIVA y el consumo de los servicios propios del objeto, giro o actividad del negocio, en los casos a que se refiere el numeral 4 del artículo 4 de la LIVA;
- d. La venta de exportación de bienes muebles corporales; y
- e. La exportación de servicios.

Luego, el artículo 4 de la LIVA ofrece una definición auténtica, de cada uno de los elementos que integran los hechos imposables definidos en el artículo 3, a los fines del Impuesto al Valor Agregado.

Obsérvese que, siguiendo la regla adoptada por la mayoría de los países, el IVA grava como prestación de servicios a los contratos de *obras inmobiliarias*, incluso cuando el contratista aporta los materiales, pero no grava la venta posterior del inmueble.³⁷

Ninguna de las normas precitadas, ni alguna otra de la LIVA, salvo por lo que respecta al artículo 62.3 ya mencionado, prevé la venta o cualquier otro negocio jurídico que tenga por objeto un bien inmueble, como hecho imponible a los fines del Impuesto al Valor Agregado, salvo el caso de los arrendamientos y las cesiones de uso.

³⁷ Artículo 4. LIVA: “A los efectos de esta Ley, se entenderá por: (...) Servicios: Cualquier actividad independiente en la que sean principales las obligaciones de hacer. También se consideran servicios los contratos de obras mobiliarias e inmobiliarias, incluso cuando el contratista aporte los materiales; los suministros de agua, electricidad, teléfono y aseo; los arrendamientos de bienes muebles, arrendamientos de bienes inmuebles con fines distintos al residencial y cualesquiera otra cesión de uso, a título oneroso, de tales bienes o derechos, los arrendamientos o cesiones de bienes muebles destinados a fondo de comercio situados en el país, así como los arrendamientos o cesiones para el uso de bienes incorporales tales como marcas, patentes, derechos de autor, obras artísticas e intelectuales, proyectos científicos y técnicos, estudios, instructivos, programas de informática y demás bienes comprendidos y regulados en la legislación sobre propiedad industrial, comercial, intelectual o de transferencia tecnológica. Igualmente, califican como servicios las actividades de lotería, distribución de billetes de lotería, bingos, casinos y demás juegos de azar. Asimismo, califican como servicios las actividades realizadas por clubes sociales y deportivos, ya sea a favor de los socios o afiliados que concurren para conformar el club o de terceros.”

Por esa razón, la “sobretasa” introducida por el artículo 62.3, en concordancia con el tercer aparte del artículo 27 de la LIVA, es inconstitucional porque viola el principio de la reserva legal tributaria (artículo 317 de la Constitución); y es ilegal porque es una ampliación clandestina y encubierta del hecho imponible definido en la Ley, que atenta contra el artículo 3 del Código Orgánico Tributario y los artículos 1 y 3 de la propia LIVA.

Como es bien sabido, la tarifa o alícuota es un elemento estructural del tributo que, aplicado a la base imponible, da como resultado el *quantum* de la obligación tributaria o cuota tributaria liquidable. La tarifa o alícuota de un tributo (sea ordinaria o incrementada), no puede aplicarse sino únicamente a las cantidades que conforman la base imponible del tributo respectivo y la base imponible sólo puede estar integrada por el producto económico del hecho imponible (e.g. renta, líquido hereditario, importe de la donación, precio del servicio o del bien vendido, ingresos brutos derivados de la actividad económica en el Municipio, etc.).

Por su parte, el hecho imponible es el presupuesto hipotético y condicionante previsto en la ley, en el cual se describen de manera típica ciertos actos o hechos cuya realización por o con respecto a un sujeto determinado (contribuyente), en un lugar y en un tiempo concreto, origina el nacimiento de la obligación tributaria y por tanto, legitima al ente titular de la potestad tributaria para determinar, liquidar y recaudar el tributo. Volviendo a los conceptos fundamentales del Derecho, tenemos que el hecho imponible es el supuesto de hecho de la norma tributaria o la hipótesis normativa y la obligación tributaria es la consecuencia jurídica de la verificación de ese supuesto de hecho.

Señalan Pérez de Ayala y González que: “La ley tributaria, como toda norma jurídica, al establecer un mandato ha de ligar la producción del efecto jurídico deseado a la realización de un determinado hecho, que en la doctrina recibe el nombre de supuesto de hecho. Ese supuesto de hecho o supuesto fáctico (también denominado riqueza gravada u objeto material del tributo) constituye, naturalmente, un elemento de la realidad social, que conviene tener perfectamente diferenciado de la forma en que el mismo es contemplado por el legislador tributario y transportado a la norma, convirtiéndolo así en un supuesto normativo, esto es, en un hecho jurídico, que en esta rama del derecho recibe, más específicamente, el nombre de hecho imponible”.³⁸

Por eso afirma el maestro Dino JARACH que el hecho imponible es un hecho jurídico al que la ley vincula el nacimiento de la obligación y que la ley no puede generar la obligación sin la existencia en la vida real del hecho imponible que puede subsumirse en la definición legal; y agrega que esa conexión entre el hecho imponible y la norma que es fuente de la obligación, tiene como consecuencia insalvable que el hecho imponible es un “hecho jurídico”, esto es, un hecho productivo de efectos jurídicos por voluntad de la ley.³⁹

El artículo 36 del Código Orgánico Tributario dice que: “El hecho imponible es el presupuesto establecido por la ley para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria”. Esa *tipificación* está hecha en la LIVA en su artículo 3, en el cual claramente se indica que: “Constituyen hechos imponibles a los fines de esta ley, las siguientes actividades, negocios jurídicos u operaciones...”.

La enumeración contenida en el artículo 3 de la LIVA, no es *enunciativa*, sino *taxativa*, de modo que no incluye cualquier otra actividad, negocio jurídico u operación, no indicado

³⁸ Pérez de Ayala, J.L.-González, E. *Curso de Derecho Tributario*. Editorial de Derecho Financiero-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, pp. 209-210.

³⁹ Jarach, D. *Curso de Derecho Tributario*. CIMA, Buenos Aires, 1980, p. 141.

expresamente en la norma. Como es consustancial a la definición del hecho imponible, sólo generan la obligación de pagar el tributo los hechos claramente definidos por el legislador. No pueden introducirse *otros hechos generadores* de manera *furtiva* en distintas disposiciones de la Ley. Precisamente por ello el legislador se ocupa de establecer en una única norma qué es lo que constituye hecho imponible; de lo contrario, habría que convenir que el artículo 3 es una mera referencia, y eso es cohonestar un fraude escandaloso al principio de la reserva legal tributaria.

Ahora bien, en los tributos variables y a diferencia de aquellos en los cuales la ley fija de una vez el importe tributario a pagar (tributos fijos), la ocurrencia del hecho imponible por sí sola no es suficiente para determinar el alcance cuantitativo de la obligación tributaria; es decir, la simple realización por parte del o con respecto al contribuyente, de los hechos o actos descritos por el legislador como generadores de la obligación de pagar un impuesto, una tasa o una contribución especial, no bastan para precisar en términos concretos el *quantum* de dicha obligación, porque el hecho imponible no contiene los elementos necesarios para precisar *la cuantía* del importe tributario.

Por tanto, en este supuesto, el hecho imponible debe ser reducido a una cifra económica, o mejor dicho, debe ser susceptible de ser cuantificado o expresado numéricamente. Recuérdese que la obligación tributaria, en la casi totalidad de los supuestos posibles, involucra una prestación de dar que, también en la generalidad de los casos, supone la entrega de una suma de dinero o al menos de bienes evaluables económicamente.

De esta forma, la precisa delimitación de esa prestación de dar, que como advertimos suele consistir en la entrega de una suma de dinero, exige una representación económicamente relevante del hecho imponible. Así, por ejemplo, el gravamen con el impuesto al valor agregado de una prestación de servicios no es posible sino en tanto y en cuanto, dicha prestación de servicios sea onerosa y exista por ende una magnitud económica —en este caso el precio pagado por el servicio— sobre la cual aplicar el impuesto correspondiente. Precisamente esa magnitud económica en que se traduce el hecho imponible y que hace posible cuantificar el importe tributario en los tributos variables, es la base imponible, también denominada base de medición.

De acuerdo con Ferreiro Lapatza: “...podemos definir la base imponible como la dimensión o magnitud de un elemento del presupuesto objetivo del hecho imponible que se juzga como determinante de la capacidad contributiva relativa (...) la base es siempre la dimensión o magnitud de un elemento integrante del hecho imponible, pues, en pura lógica, si el tributo se paga en relación con la base imponible, si no hay base imponible no hay cuota, no nace la obligación tributaria. Para que nazca la obligación tributaria es necesario que se dé el hecho imponible en todas sus partes completamente, y una de sus partes o elementos necesarios para que nazca la obligación tributaria es aquel cuya magnitud se toma como base”⁴⁰.

En la doctrina patria, el profesor Romero-Muci expresa que la: “...la base imponible es el parámetro legal al que se aplica el tipo imponible a fin de cuantificar, caso por caso, el importe de la prestación tributaria. La base imponible se convierte en la plataforma, en la magnitud sobre la cual opera el tipo de gravamen”⁴¹.

⁴⁰ Ferreiro Lapatza, J.J. *Curso de Derecho Financiero Español*. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 403.

⁴¹ Romero-Muci, H. *Jurisprudencia Tributaria Municipal y la Autonomía Local* (1.936-1.996). EJV, Caracas 1.997, T. I, p. CXII.

La jurisprudencia, siguiendo la doctrina clásica del Derecho Tributario –concretamente a Jarach– entiende la base imponible o base de medición como: “...la adopción de parámetros que sirvan para valorar cuantitativamente los hechos cuya verificación origina la obligación”⁴². Como se advierte, la jurisprudencia patria ratifica la estrecha vinculación que existe entre el hecho imponible y la base imponible, en tanto esta última constituye el parámetro de valoración cuantitativa de aquél.

Si como hemos dicho la base imponible supone la reducción del hecho imponible a una expresión numérica que se convierte en expresión económica de la parte de riqueza que, por mandato de la ley, las personas deben aportar para dar cumplida satisfacción a su deber constitucional de coadyuvar al sostenimiento de los gastos públicos, mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones, *ex* artículo 133 de la Constitución, podemos entonces establecer las siguientes características generales de la misma:

(i) *Elemento estructural del tributo*

La base imponible es un elemento estructural propio de los tributos variables, en los cuales el importe tributario no viene fijado de una vez por la ley, sino que requiere la aplicación de una alícuota sobre una base económica, en forma proporcional⁴³ o progresiva⁴⁴, según el caso.

(ii) *Magnitud económica*

La base imponible siempre es una magnitud económica perfectamente mensurable o cuantificable, como por ejemplo la renta, el ingreso bruto, el monto de la venta, el líquido hereditario, entre otras.

(iii) *Elemento cuantificador de la obligación tributaria*

En los tributos variables, la base imponible es uno de los elementos cuantificadores de la obligación tributaria, simple y llanamente porque la cuantía de ésta será el resultado aritmético de aplicar la tasa o alícuota del tributo sobre el monto de la base imponible.

(iv) *Materia propia de la reserva legal tributaria*

Como elemento estructural del tributo, la definición de la base imponible es materia de la más estricta reserva legal, como claramente lo establece el artículo 3 del Código Orgánico Tributario⁴⁵. En consecuencia, actos normativos distintos a las leyes no pueden intervenir en

⁴² Cf. S. TSJ/SC, 21.11.2000, caso Heberto Contreras Cuenca vs. Ley del IVA.

⁴³ Si el tipo de gravamen o alícuota es fijo independientemente de la variación de la base (*i.e.* IVA).

⁴⁴ Si el tipo de gravamen o alícuota varía según aumente o disminuya el monto de la base (ISLR, ISSDRC, etc.).

⁴⁵ Artículo 3, COT: Artículo 3°. Sólo a las leyes corresponde regular con sujeción a las normas generales de este Código las siguientes materias: 1. Crear, modificar o suprimir tributos; definir el hecho imponible; fijar la alícuota del tributo, la base de su cálculo e indicar los sujetos pasivos del mismo. 2. Otorgar exenciones y rebajas de impuesto. 3. Autorizar al Poder Ejecutivo para conceder exoneraciones y otros beneficios o incentivos fiscales. 4. Las demás materias que les sean remitidas por este Código. Parágrafo Primero. Los órganos legislativos nacional, estatales y municipales, al sancionar las leyes que establezcan exenciones, beneficios, rebajas y demás incentivos fiscales o autoricen al Poder Ejecutivo para conceder exoneraciones, requerirán la previa opinión de la Administración Tributaria respectiva, la cual evaluará el impacto económico y señalará las medidas necesarias para su efectivo control fiscal. Asimismo, los órganos legislativos correspondientes requerirán las opiniones de las oficinas de asesoría con las que cuenten. Parágrafo Segundo. En ningún caso se podrá delegar la definición y fijación de los elementos integradores del tri-

modo alguno en la definición de la base imponible de un tributo determinado, ni puede el legislador abdicar de hacerlo en un caso concreto, delegando dicha definición en el reglamentista, como también lo dispone con claridad el párrafo segundo del mencionado artículo 3 del Código Orgánico Tributario.

Por otra parte, en mérito de la vinculación estrecha que debe existir entre el hecho imponible y la base imponible, debemos señalar, siguiendo al profesor VILLEGAS, que el "...elemento cuantificante debe ser seleccionado por el legislador tan cuidadosamente como seleccionó los hechos imponibles. Ello por una razón muy simple. La 'cuantía' que resulte asignada a cada deuda tributaria debe ser abstractamente idónea para reflejar qué valor se atribuyó a cada hecho imponible como factor demostrativo de capacidad contributiva (...) el elemento cuantificante debe expresar hasta qué límite patrimonial es razonable llevar la obligación de tributar, conforme a la aptitud de pago público que el legislador pensó 'aprehender' al construir un cierto hecho imponible"⁴⁶.

(v) *Índice de capacidad contributiva*

En tanto la base imponible representa la porción de riqueza sobre la cual recae el tributo y por tanto es el índice de la capacidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que ha sido seleccionada por el legislador, ella representa uno de los datos esenciales a consultar a los fines de determinar hasta dónde una exacción es razonable y proporcionada y, por contra, cuando la misma se torna confiscatoria.

(vi) *Intimamente conectado al hecho imponible*

La magnitud económica que representa la base imponible está indisolublemente ligada o asociada a lo que el legislador ha definido como hecho imponible, en tanto se trata de la expresión cuantitativamente relevante del mismo. Puede decirse entonces que la base imponible guarda con el hecho imponible una relación de *instrumentalidad*.

De acuerdo con el profesor Héctor Villegas, luego de aclarar que la base imponible o elemento cuantificante de la relación jurídica tributaria, como él lo llama, no es parte del hecho imponible: "...es ahora posible acentuar la necesidad de que el elemento cuantificante sea adecuadamente coherente con el hecho imponible. Tal adecuación es esencial, so pena de distorsionar el tributo. Veamos: El hecho imponible debe ser siempre reducible a una expresión numérica que lo convierta en expresión económica de la parte de riqueza con la cual las personas deben soportar el gasto público. Para que eso sea razonablemente cierto, el

buto así como las demás materias señaladas como de reserva legal por este artículo, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el Parágrafo Tercero de este artículo. No obstante, la ley creadora del tributo correspondiente podrá autorizar al Ejecutivo Nacional para que proceda a modificar la alícuota del impuesto, en los límites que ella establezca. Parágrafo Tercero. Por su carácter de determinación objetiva y de simple aplicación aritmética, la Administración Tributaria Nacional reajustará el valor de la Unidad Tributaria de acuerdo con lo dispuesto en este Código. En los casos de tributos que se liquiden por períodos anuales, la unidad tributaria aplicable será la que esté vigente al cierre del ejercicio fiscal respectivo. Para los tributos que se liquiden por períodos distintos al anual, la unidad tributaria aplicable será la que esté vigente para el inicio del período. La unidad tributaria solo podrá ser utilizada como unidad de medida para la determinación de los tributos nacionales cuyo control sea competencia de la Administración Tributaria Nacional, no pudiendo ser utilizada por otros órganos y entes del Poder Público para la determinación de beneficios laborales o tasas y contribuciones especiales derivadas de los servicios que prestan.

⁴⁶ Villegas, H. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Depalma, Buenos Aires, 1980, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Depalma, Buenos Aires, 1980, T. I, pp. 251-252.

legislador debe encontrar una congruente vinculación entre la acción del destinatario legal tributario previamente hipotetizada en la norma, y el importe del tributo que debe pagar ante la realización de esa acción⁴⁷.

Por esa razón, cuando existe un divorcio o una desconexión entre los hechos que el legislador ha seleccionado como hipótesis de incidencia y la dimensión económica que va a servir para cuantificar la obligación tributaria, se produce un fenómeno muy particular que consiste en gravar de manera encubierta y oblicua una manifestación de riqueza que no fue la seleccionada por el legislador al definir el hecho imponible, violándose así el principio de la legalidad tributaria y la garantía constitucional de que los tributos deben recaer sobre la verdadera capacidad contributiva.

Esto es, precisamente, lo que ocurre con el artículo 62.3 de la LIVA, donde al margen de los hechos definidos en la ley como generadores de la obligación de pagar el impuesto, se crea una sobretasa que se aplica además sobre una magnitud económica que en ningún caso – de acuerdo con la voluntad del legislador- puede formar parte de la base imponible del tributo en cuestión.

Se trata pues de una forma de imposición clandestina, como afirma Romero-Muci, para quien: “...la necesaria operación de transformar el hecho imponible en una magnitud mensurable puede utilizar múltiples criterios, pero esos criterios deben siempre responder al principio constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica de cada quien, la cual se frustraría si se rompe el hilo lógico y jurídico que debe ligar la capacidad económica del contribuyente con la cuantía de la prestación tributaria, precisamente por desconexión del cauce formal ofrecido por la correspondiente definición legal del hecho imponible y de la base tributaria”⁴⁸.

Entonces, resulta claro que no pueden incluirse en la base imponible del Impuesto al Valor Agregado, ni de ningún otro tributo, magnitudes económicas que no tienen relación alguna con los hechos definidos en la ley como gravables. Por lo tanto, si como hemos dicho, las transacciones inmobiliarias no están descritas en el artículo 3 de la LIVA como hecho imponible, el importe de la respectiva transacción no puede formar parte de la base imponible de este tributo y por ende, no es constitucional ni legalmente posible aplicar ninguna tarifa o sobretasa de IVA en estas transacciones.

Por último, aunque no menos importante, no debe olvidarse que sólo pueden ser contribuyentes ordinarios del IVA, de acuerdo con el artículo 5 de la LIVA, los importadores habituales de bienes, los industriales, los comerciantes, los prestadores habituales de servicios y, en general, toda persona natural o jurídica que *como parte de su giro, objeto u ocupación, realice las actividades, negocios jurídicos u operaciones, que constituyen hechos imponibles de conformidad con el artículo 3 de la Ley*. Además de los contribuyentes ordinarios, están los contribuyentes ocasionales, que son específicamente señalados en el artículo 6 de la LIVA, a saber, los importadores no habituales de bienes muebles corporales.

En ninguna de estas categorías puede ser incluida la persona, natural o jurídica, que vende (pacta y cobra) un inmueble en moneda distinta a la de curso legal en el país, o criptomonedas o criptoactivos diferentes a los emitidos y respaldados por la República Bolivariana de Venezuela, sin que la venta de inmuebles sea parte *de su giro, objeto u ocupación*. Adicionalmente, y como ya se ha dicho, aunque la venta de inmuebles fuere parte del *giro, obje-*

⁴⁷ Villegas, H. *Curso de finanzas...Cit.*, T. I, p. 252.

⁴⁸ Romero-Muci, H. *Jurisprudencia...Cit.*, T. I, p. CXIII.

to u ocupación de la persona natural o jurídica, la misma *no es* una actividad, negocio jurídico u operación que constituya hecho imponible de conformidad con el artículo 3 de la Ley, como lo indica el artículo 5 de la LIVA.

VI. CONCLUSIÓN

Desde su creación en Francia en 1954, el IVA ha sido un tributo cuya vocación principal es gravar el consumo de bienes y servicios. En el caso de los bienes, la regla ha sido siempre gravar la venta de bienes *muebles* corporales. Excepcionalmente, la venta de bienes *inmuebles* está sujeta al IVA en algunas legislaciones, como la francesa, cuando se trata, por ejemplo, de bienes inmuebles nuevos, de bienes usados que han sufrido una remodelación o refacción considerable para su reventa, o de bienes inmuebles nuevos o usados que son vendidos por contribuyentes del impuesto y la operación forma parte de su giro comercial ordinario.

En el caso venezolano, no creemos que la LIVA haya creado de manera encubierta un nuevo tributo que grava la *forma de pago* de ciertos bienes; lo que en nuestra opinión ha ocurrido es que, de manera clandestina y en franca violación de los artículos 316 y 317 de la Constitución, 3 del Código Orgánico Tributario y 3, 4 y 5 de la propia LIVA, el Decreto Constituyente del 29 de enero de 2020, amplió ilegítimamente el hecho imponible del IVA para incluir las transacciones inmobiliarias y gravarlas con una sobretasa, cuando esta operación fuese pactada y pagada en moneda distinta a la de curso legal en el país, o criptomonedas o criptoactivos diferentes a los emitidos y respaldados por la República Bolivariana de Venezuela.

BIBLIOGRAFIA

Babeau, A. “Maurice Lauré: Une œuvre d’une grande originalité”. *La Jaune et la Rouge*. N° 577. Août-Sep, 2002.

Bermúdez, J.R. “La introducción de un impuesto al valor agregado en Venezuela”. *III Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. AVDT, Caracas, 1989.

Cozian, M – Deboissy, F. *Précis de Fiscalité des Entreprises*. 38 Édition. Lexis-Nexis, Paris, 2014,

Dischamps, J.C. “Au secours de la T.V.A. (note bibliographique)”, *Revue Economic*. Librairie Armand Colin, Vol. 10, N° 3, Paris, 1959,

González, E. “La moderna rehabilitación de ciertas formas de imposición indirecta: Especial referencia a los problemas que suele plantear la introducción del IVA”. *III Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. AVDT, Caracas, 1989, p. 40. Nótese que en Colombia, Brasil y Uruguay el IVA fue introducido antes de que el IVA tuviera una regulación uniforme en Europa.

Escalante, X. *Manual Venezolano de Derecho Tributario. Tema XI, Impuesto al Valor Agregado*. T. II. AVDT, Caracas, 2013.

Ferreiro Lapatza, J.J. *Curso de Derecho Financiero Español*. Marcial Pons, Madrid, 1996.

Jarach, D. *Curso de Derecho Tributario*. CIMA, Buenos Aires, 1980.

Montilla Varela, A. “Introducción del Impuesto al Valor Agregado en Venezuela”. *Revista de Derecho Tributario*. N° 53. AVDT, Caracas, 1991.

Palacios Márquez, L. “Los efectos del IVA en la economía”. *Imposición al valor agregado (IVA) en Venezuela*. (Coordinador Jesús Sol). AVDT, Caracas, 2004.

_____, “Anotaciones para la sinceración del impuesto general al consumo tipo valor agregado en Venezuela”. *Revista de Derecho Tributario*. N° 82, AVDT, Caracas.

Pérez De Ayala, J.L.-González, E. *Curso de Derecho Tributario*. Editorial de Derecho Financiero-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991.

Romero-Muci, H. *Jurisprudencia Tributaria Municipal y la Autonomía Local* (1.936 – 1.996). T. I. EJV, Caracas 1.997.

Sol Gil, J. “Clasificación de los impuestos y el impuesto tipo valor agregado”. *Imposición al valor agregado (IVA) en Venezuela*. (Coordinador Jesús Sol). AVDT, Caracas, 2004.

Treffel, R. “La TVA une invention francaise”. *L’Economiste*. <https://www.leconomiste.eu/decryptage-economie/601-la-tva-est-une-invention-francaise.html>

Villegas, H. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Depalma, Buenos Aires, 1980, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. T. I. Depalma, Buenos Aires, 1980.

EL ROL DEL ESTADO EN LA EMERGENCIA OCASIONADA POR EL COVID-19

Ezequiel Cassagne*

Abogado

*El pesimista se queja del viento, el optimista espera que cambie
y el realista ajusta las velas. William George Ward*

Resumen: *En este artículo se analiza el rol del Estado en situaciones de emergencia, partiendo de la premisa la misma está regulada en la propia Constitución la cual establece sus limitaciones, entre las cuales está que la misma no origina nuevos poderes a favor de los gobernantes, y su ejercicio siempre debe realizarse, de manera restrictiva y extraordinaria, con el fin de preservar la subsistencia de la sociedad y del Estado; pudiendo limitarse derechos de las personas, solo de manera transitoria, mientras dure ese estado de necesidad originado por la situación de emergencia, y siempre que los mismos no se desnaturalicen.*

Palabras Clave: *Estado de emergencia. Estado de necesidad. Derechos fundamentales. Restricción.*

Abstract: *This Paper analyses the role of the State in situations of emergency, which are regulated in the Constitution, in which are its limits are stated, in the sense that through it is not possible to grant new Powers to the government, and its exercise must always be accomplished in a restrictive and extraordinary way, for the purpose of preserve the existence of society and of the State. Within such powers, restrictions can be enacted regarding the citizen's rights and freedoms, but only in a transitory way, during the state of necessity originated by the emergency, and without denaturalizing them.*

Key words: *State of emergency. State of necessity. Fundamental rights. Restrictions.*

I. EL ROL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO EN LA EMERGENCIA

Una de las mayores conquistas de la humanidad ha sido la consagración del Estado de Derecho como modelo de organización de los países. No fue una tarea fácil, sino propia de la evolución del ser humano a lo largo de siglos. El Estado de Derecho consiste, básicamente, en asumir que el Estado debe sujetarse al ordenamiento jurídico y debe responder por sus conductas antijurídicas.

Nuestra Constitución nacional adopta este modelo de Estado, a la par que estatuye la forma republicana y representativa de gobierno¹. El reconocimiento de la república hace al

* El autor es abogado, especialista en Derecho Administrativo. Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Secretario General de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). Director de la Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica. Presidente de la Comisión de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Director de la Diplomatura de Contratos de Participación Pública Privada de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires. Socio de Cassagne Abogados. Miembro del Rotary Club de Buenos Aires

Estado de Derecho, pero no se agota ahí mismo. El Estado de Derecho se construye cada día, y se va fortaleciendo de precedentes y de hitos que pueden ir cambiando de acuerdo a distintas épocas. El derecho fluye, no es inmóvil.

El ordenamiento jurídico que el Estado debe respetar y hacer cumplir viene dado por la Constitución nacional, los tratados internacionales, las leyes, los reglamentos, los actos administrativos, los precedentes, y los principios generales del derecho.

Es en la Constitución nacional donde se reconocen los derechos y garantías de los ciudadanos, entre los que encontramos el derecho a la vida, la libertad de expresión, la propiedad, la igualdad, el derecho a trabajar, a reunirse, la libre circulación, el derecho de defensa, y muchos otros más². También en nuestra Carta Magna se definen las competencias de los tres poderes públicos que conforman el Estado: El Poder Ejecutivo³, el Poder Legislativo⁴ y el Poder Judicial⁵. La reforma del año 1994 incorporó nuevos derechos y garantías acordes con nuestro tiempo, como los derechos de los usuarios y consumidores o el derecho a un ambiente sano, entre otros⁶.

En nuestro sistema, la dignidad de la persona es la fuente central de todos los principios y derechos⁷. Se trata de un sistema constitucional sancionado en el año 1853, que hoy sigue plenamente vigente. Todos los derechos y garantías allí establecidos no pueden ser alterados por las leyes que las reglamenten⁸. Ciertamente no se trata de derechos absolutos dado que deben armonizarse entre sí, y deben también armonizarse entre los derechos de todos los ciudadanos⁹.

El rol del Estado está muy bien definido en nuestra Constitución. El Estado es el garante de nuestros derechos y garantías, y debe promover el bienestar nacional y la prosperidad del país¹⁰. Si uno lee el preámbulo, allí mismo los constituyentes se preocuparon en resaltar que

¹ Art. 1 de la C.N.

² Ver arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18 y 32, entre otros; y especialmente el art. 75, inc. 22, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico y les reconoce jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, a varios tratados internacionales de derechos humanos, que reconocen el derecho a la vida, a saber: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

³ Art. 99 de la C.N.

⁴ Véase art. 75 de la C.N.

⁵ Cfr. arts. 116 y ss.

⁶ Ver arts. 41 y 42 de la C.N.

⁷ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Los Grandes Principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 48. El principio de la dignidad de la persona está expresamente contemplado en el art 11.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que tiene jerarquía constitucional conforme lo establece el art. 75, inc. 22 de la CN.

⁸ Art. 28 de la C.N.

⁹ Cfr. CSJN, in re “Ercolano, Agustín c/Lanteri de Renshaw, Julieta” de fecha 28/4/1922, Fallos: 136:170; in re “Avico, Oscar Agustín c/de la Pesa, Saúl G.”, de fecha 7/12/1934, Fallos: 172:21.

¹⁰ Ver art 6, y 75, incs. 12, 18, 19, 23 y 32 de la C.N.

entre los fines del Estado se encuentran afianzar la justicia, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad. Y fueron estos mismos constituyentes de 1853 quienes también contemplaron la posibilidad de declarar, en casos de conmoción interior que pusiera en peligro la vida en sociedad, en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales¹¹.

Argentina es un país que vive en estado de emergencia desde hace ya varias décadas. Los argentinos nos hemos ido acostumbrando a convivir en situaciones de emergencia en las cuales muchos de nuestros derechos constitucionales se ven restringidos, a veces indefinidamente, a pesar de que la emergencia sólo le permite al Estado, como lo ha dicho la Corte Suprema en más de una oportunidad, limitar derechos de manera transitoria, precisamente mientras dure ese estado de necesidad originado por la situación de emergencia, y siempre que los mismos no se desnaturalicen¹². Pero en Argentina la excepción ha ido convirtiéndose poco a poco en la regla, y lo anormal se ha convertido en normal.

La emergencia está reconocida en la propia Constitución Nacional, y aparece tanto cuando se regulan los decretos delegados, como cuando se regulan los decretos de necesidad y urgencia¹³. Ambas facultades legales se hallan fundadas en el estado de necesidad. El artículo 76 de la Constitución Nacional le permite al Congreso Nacional dictar leyes de emergencia por las cuales se deleguen facultades legislativas al Poder Ejecutivo a los fines de dictar decretos con rango de ley para atender esas situaciones de emergencia. Por su parte, el art. 99, inciso 3, de la Carta Magna reconoce facultades al Poder Ejecutivo en casos de necesidad y urgencia para dictar decretos con rango de ley, algunos de los cuales pueden estar fundados en una situación de emergencia que habilite la suspensión transitoria de derechos constitucionales. Es dable aclarar que la necesidad y urgencia no siempre es emergencia, y a su vez la emergencia no siempre implica urgencia. De hecho el presupuesto habilitante para los decretos de necesidad y urgencia es que existan circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites previstos en la Constitución para la sanción de las leyes. Pueden ser circunstancias de emergencia o no. Pero si se configura una situación de emergencia que requiere de respuestas urgentes de naturaleza legislativa, los decretos de necesidad y urgencia son una opción válida constitucional, como veremos ha sido el caso de los decretos de necesidad y urgencia dictados a raíz del COVID -19, que tienen como fundamento esa emergencia.

Ahora bien, no sólo es importante comprender que el derecho de emergencia tiene bases constitucionales, sino que es en la propia Constitución nacional donde también encuentra sus limitaciones. En tal entendimiento, la Corte Suprema, a principios del siglo pasado, ya afirmaba que *“la Constitución es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus provisiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse. La sanción de una ley, aun de emergencia, presupone, pues, el sometimiento de la misma a la Constitución y al derecho público y administrativo del Estado en cuanto éste no haya sido derogado”*¹⁴.

¹¹ Art. 23 de la C.N.

¹² Cfr. C.S.J.N., in re “Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía Banco Central)”, de fecha 27/12/1990, LA LEY 1991-C, 158; in re “Videla Cuello, Marcelo sucesión de v. La Rioja, Provincia de s/daños y perjuicios”, Fallos 313:1638 (1990).

¹³ Véase Perrino, Pablo, “Algunas reflexiones sobre los reglamentos delegados en la reforma constitucional”, en Cassagne Juan Carlos (dir.), *Derecho Administrativo, obra en homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 971/992.

¹⁴ CSJN in re “Compañía Azucarera Tucumana v. Provincia de Tucumán”, Fallos 150:150 (1927).

Y durante la segunda guerra mundial, al analizar una ley de emergencia derivada de esa situación, la Corte Suprema tuvo oportunidad de sostener que *“el carácter excepcional de los momentos de perturbación social y económica, y de otras situaciones semejantes de emergencia y la urgencia en atender a la solución de problemas que crean, autorizan el ejercicio del poder de policía del Estado en forma más enérgica que la que admiten los periodos de sosiego y normalidad, siempre que las medidas adoptadas sean razonables y se las tome con carácter temporal, como lo es la emergencia cuyos efectos están destinados a atemperar”*¹⁵.

En rigor, la emergencia no habilita a frustrar o aniquilar derechos, sino a suspender su goce de manera transitoria. Por tal motivo, son válidas las medidas que restrinjan temporalmente durante un plazo breve y razonable los derechos –como el de propiedad, por ejemplo–, sin que se lesione o menoscabe su sustancia¹⁶.

En el caso Peralta, emblemático de la doctrina de la emergencia, la Corte Suprema explicaba que *“cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales se puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos, pues se trata de posibilitar el ejercicio de las facultades indispensables para armonizar los derechos y garantías individuales con las conveniencias generales, de manera de impedir que los derechos amparados por esas garantías, además de correr el riesgo de convertirse en ilusorios por un proceso de desarticulación de la economía estatal, puedan alcanzar un grado de perturbación social acumulada, con capacidad suficiente para dañar a la comunidad nacional”*¹⁷.

Es en esta afirmación donde radica el fundamento mismo de la emergencia, que consiste en la irrupción de un estado de necesidad que requiere y exige al Estado que adopte medidas extraordinarias y temporales, por las cuales se suspenden el goce de ciertos derechos constitucionales, para evitar un daño mayor al interés general. De ahí que la emergencia se funda en ese estado de necesidad, y las medidas de emergencia que se adopten deben estar directa y proporcionalmente relacionadas a esa situación excepcional imperante, cuyos efectos negativos se pretende reducir o eliminar. Se trata de la necesidad de poner fin, remediar o atenuar situaciones de gravedad que obligan a intervenir al Estado en el orden patrimonial y social, en miras a la sociedad en su conjunto. En el caso de la emergencia originada por el COVID-19, incluso con el objetivo de preservar de manera directa la vida humana.

Pero hay que comprender que la emergencia no origina nuevos poderes a favor de los gobernantes, y su ejercicio siempre debe realizarse, de manera restrictiva y extraordinaria, con el fin de preservar la subsistencia de la sociedad y del Estado, ajustándose a lo que Sagüés denomina la ética de mínima, en contraposición a la ética de máxima que todo lo permite en *pos* de la emergencia¹⁸.

¹⁵ CSJN, in re “Vicente Martini e Hijos, S.R.L., infracción Ley 12.591”, de fecha 27/12/1944, Fallos: 200:250.

¹⁶ CSJN, in re “Russo Ángel y otra c/C. de Delle Donne E. s/desalojo”, Fallos 243:467, de fecha 15/05/1959.

¹⁷ CSJN., in re “Peralta, Luis A. y otro c. Estado nacional (Ministerio de Economía-Banco Central)”, de fecha 27/12/1990, LA LEY 1991-C, 158.

¹⁸ Ver Sagüés, Néstor P., “Derecho Constitucional y derecho de emergencia”, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anales XXXV, Buenos Aires, 1990, p. 11.

A su vez, la posibilidad de suspender el goce de ciertos derechos no debe confundirse con la suspensión de las garantías constitucionales. La Corte Suprema se ha encargado de aclarar en varios precedentes que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales¹⁹.

En este punto es importante aclarar que la situación de emergencia generada por el coronavirus no habilita bajo ningún motivo, en nuestra opinión, a la declaración del estado de sitio. El fundamento de nuestra posición radica en que el Estado de sitio constituye una respuesta institucional ante una emergencia de carácter político generada por una conmoción interior o por un ataque exterior, en donde exista la perturbación del orden, supuestos que no se dan en este caso²⁰. En tal entendimiento, sería inconstitucional y muy peligroso una declaración de estado de sitio que faculte al Estado a arrestar personas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación fundado en el estado actual de necesidad sanitario creado por esta pandemia. No solo no sería proporcional sino que no se presentan los supuestos de hecho previstos por la propia norma constitucional, al menos en la situación actual en Argentina. Distinto sería el caso si como consecuencia de la pandemia se genera un estado de conmoción interior de tal gravedad que ponga en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella, que torne necesario declarar un estado de sitio.

Ello en modo alguno importa desconocer que esta emergencia es un desafío completamente distinto a las emergencias anteriores que ha sufrido nuestro país. A pesar de ser Argentina un país habituado a vivir en situaciones de emergencia, el escenario provocado por la pandemia del virus COVID-19 –declarada por la Organización Mundial de la Salud²¹– es bastante más grave, requiriéndose un imperioso fortalecimiento del rol del Estado y la consecuente protección de las garantías de los individuos.

De hecho, esta pandemia, que circula en nuestro país, nos ha encontrado ya en emergencia, toda vez que en el mes de diciembre de 2019 se dictó la última norma de emergencia, la ley 27.541 actualmente vigente, que declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social de la Argentina.

El Congreso nacional ha dictado en innumerables ocasiones la emergencia del país, justificando el uso de remedios excepcionales y extraordinarios²², pero en esta oportunidad nos

¹⁹ Cfr. CSJN in re “Cassin, Jorge H. y otros c/Provincia de Santa Cruz”, de fecha 31/10/1994, Fallos: 317:1462 y “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional”, de fecha 02/06/2000, Fallos: 323:1566. Véase al respecto Vergara, Esteban (n.), “Garantías judiciales en estados de emergencia. A propósito del COVID-19”, en ED, 11/05/2020, donde el autor repasa la inveterada doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de aquellas garantías judiciales que, aun en estados de emergencia, resultan indispensables conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁰ Cfr. Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada”, 5ed., LA LEY, Buenos Aires, 2018, p. 519.

²¹ Evaluación efectuada por la Organización Mundial de la Salud en fecha 11/03/2020; in re “Nordensthol, Gustavo J. c/Subterráneos de Buenos Aires”, de fecha 02/04/1985, Fallos: 307:326.

Véase <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>.

²² Entre las tantas declaraciones de emergencia de Argentina dictadas por el Congreso Nacional, recuérdese la configuración del estado de emergencia en el año 2002, por medio de la Ley 25.561, a raíz de la profunda crisis del año 2001. Esta emergencia fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2019, por las siguientes leyes: 25.972, 26.077, 26.204, 26.339, 26.456, 26.563, 26.729, 26.896, 27.200 y 27.345. Al principio la emergencia fue prorrogándose por término de un año, pero a partir de la ley 26.729 el Congreso comenzó a prorrogarla por dos años en cada ocasión. Otras normas

enfrentamos a una emergencia global, producida por factores exógenos al Estado. Podríamos decir que es la primera emergencia en Argentina no autoinfligida.

No obstante lo expuesto, la emergencia derivada del coronavirus no ha dado el tiempo suficiente para que el Congreso Nacional sancionara una ley que declarara el estado de excepción a raíz de la circulación del virus en nuestro territorio. Mucho menos se ha discutido o declarado el estado de sitio. En tal escenario, las normas de emergencia, que requerían jerarquía legal, fueron dictadas por el propio Poder Ejecutivo, a través de los decretos de necesidad y urgencia, por medio de los cuales se dictaron muchas restricciones a las libertades constitucionales, como el derecho a la circulación, o el derecho a trabajar, al disponerse la medida de aislamiento social obligatorio.

La limitación de los derechos de los habitantes por razones de salud pública es uno de los ejemplos tradicionales de la competencia legislativa usualmente denominada “poder de policía”. La novedad que presenta la emergencia es que habilita que esa competencia ya existente se ejerza con una mayor intensidad.

Pero el rol del Estado no debe acotarse a la adopción de medidas de carácter sanitario o de contención de la propagación o circulación del virus. Desde luego que estas medidas son primordiales, pero también son necesarias las ayudas públicas estatales y regulaciones que tengan como finalidad contener el impacto negativo económico y social de esta crisis. Es una de las funciones de la concepción subsidiaria Estado.

En este orden de ideas, el principio de subsidiariedad es uno de los principios rectores que justifican la intromisión del Estado en el plano económico y social de la comunidad. Tal modelo reconoce funciones indelegables del Estado –justicia, seguridad, defensa, relaciones exteriores, legislación- y otras que cumplen una misión supletoria de la actividad privada– educación, salud, servicios públicos. Este principio tiene una manda negativa por medio de cual el Estado debe abstenerse de intervenir en las actividades que los individuos pueden realizar por sí mismos sin inconvenientes y en un marco de igualdad, pero al propio tiempo contiene una manda positiva, que en tiempo de COVID-19 resulta importante, que estipula que el Estado debe acudir en auxilio de los individuos cuando estos se muestren insuficientes para desarrollar la actividad necesaria para el bien común, en este caso, para vivir dignamente, trabajar o producir²³.

Por último, el Congreso Nacional no se ha reunido aún con el objetivo de sancionar las leyes necesarias que regulen esta emergencia²⁴, siendo necesario que retome cuanto antes su actividad normal y regular, y se aboque a legislar sobre esta materia en todos sus aspectos, sobre todo en lo concerniente a las restricciones de las libertades constitucionales, y a varias

de emergencia han sido las leyes 23.696 y 23.697, durante la presidencia de Carlos Saúl Menem, y la ley 24.344 durante la presidencia de Fernando de la Rúa.

²³ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, tomo I, octava edición, Buenos Aires, 2006, p. 61-63, con citas de los Dres. Barra, Cassagne, Messner, Soto Kloss, Masini, y Sagües; Cfr. Messner, Johannes, *Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural* (Madrid 1967, Rialp), p. 949 y ss. Véase también Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico* (Granada 2004, Comares, tercera edición ampliada), con especial referencia a Pío XI (1931), *Quadragesimo Anno* (Roma), pp. 111-112; y UTZ, Arthur, *Ética social* (trad. de Carlos Latorre Marín, Barcelona 1961, Herder, tomo I), p. 312 y sigs.

²⁴ La Cámara de Senadores mediante res. RSA 548/2020 y la de Diputados mediante res. pres. 615/2020, adhirieron al régimen de aislamiento social preventivo y obligatorio dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, razón por la cual se suspendió toda actividad legislativa, no obstante algunas labores de comisión que se hicieron de manera virtual.

ayudas públicas que requiere la ciudadanía, muchas de cuales por tratarse de materia tributaria no pueden otorgarse por decretos de necesidad y urgencia. Esta situación ha comenzado a cambiar, tímidamente, luego del fallo de la Corte Suprema de la Nación en la causa “Fernández de Kirchner”, por medio del cual el Alto Tribunal ha ratificado que el Senado de la Nación tiene facultades suficientes para decidir sesionar en forma virtual²⁵.

Resulta que si bien al principio de la pandemia el riesgo a contagio ha sido una justificación suficiente para evitar las reuniones en los recintos, hoy en día se ha probado que los medios electrónicos disponibles permiten el ejercicio de la actividad legislativa sin mayores inconvenientes y con las garantías del caso, como sucede en varios países desde hace meses, e incluso en algunas provincias de nuestro país. Por ello ha sido muy importante que la Cámara de Diputados haya aprobado su funcionamiento remoto el día 29 de abril, y lo propio ha hecho la Cámara de Senadores el 4 de mayo²⁶.

Igual razonamiento cabe aplicar al funcionamiento de otro poder del Estado, el Poder Judicial. Hasta ahora, a nivel nacional y federal, el Poder judicial, a través de la Corte Suprema de la Nación, ha decidido dictar una feria judicial, que viene prorrogando por todo el tiempo en el que Poder Ejecutivo ha mantenido el aislamiento obligatorio²⁷. Es vidente que existe cierta sintonía entre ambos poderes respecto de la situación de parálisis de la actividad jurisdiccional del Estado, dado que el Poder Ejecutivo no la ha excepcionado del aislamiento obligatorio, como si lo ha hecho con diversas actividades que ha considerado esenciales. En nuestra opinión, la actividad judicial no sólo debe ser considerada una actividad esencial, sino que el funcionamiento de la justicia importa una garantía constitucional de todos los ciudadanos que no puede ni debe ser suspendida por razones de emergencia, dado que además de impartir justicia entre las personas –que deber ser efectiva²⁸–, la actividad jurisdiccio-

²⁵ Cfr. CSJN, *in re* “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza”, causa CSJ 353/2020/CS1, fallo de fecha 24/04/2020. En este curioso precedente, la Corte ha dicho que ninguna de las cláusulas de la Constitución Nacional “veta la posibilidad de que las reuniones se lleven a cabo de forma remota”, y que por el contrario, “la Constitución, al poner en cabeza de cada una de sus Cámaras el dictado de su propio reglamento en el art. 66, reconoce a cada una de ellas la autonomía necesaria para regular su propio funcionamiento y por ende regular los mecanismos para facilitar la realización de su función legislativa en estas circunstancias”.

²⁶ Ver Decreto Presidencial de la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación N° 8/2020, de fecha 4/05/2020, y Res. de fecha 29/04/2020 de la Cámara de Diputados que aprueba el Protocolo de Funcionamiento Parlamentario Remoto.

²⁷ La Corte Suprema de la Nación dispuso, por Acordada N° 6/20, la feria extraordinaria -por las razones de salud pública referidas en el Decreto de Necesidad Urgencia 297/2020- respecto de todos los tribunales federales nacionales y demás dependencias que integran el Poder Judicial de la Nación, desde el 20 al 31 de marzo inclusive, indicando en forma expresa que la misma iba a extenderse por igual plazo que el que el Poder Ejecutivo Nacional pudiera disponer su prórroga. A raíz de ello la Corte ha debido dictar seis nuevas Acordadas, prorrogando la feria, siendo la última hasta el 7 de junio de 2020. Al respecto, ver Acordadas Nros. 8/20, 12/20, 13/20, 14/20 y 16/20.

²⁸ El principio de la tutela judicial efectiva tiene rango constitucional, debido a la incorporación a nuestra carta magna del tratado de derechos humanos conocido como el Pacto de San José de Costa Rica. El principio de la tutela efectiva es la contracara del principio de la inviolabilidad del juicio –art. 18 de nuestra C.N.–, y debe aplicarse todo proceso jurisdiccional. Según el art. 8, inc. 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, directamente aplicable conforme al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acción penal formulada

nal del Poder Judicial importa el ejercicio de la competencia constitucional de uno de los poderes del Estado, siendo un factor importante de contralor de la actividad legislativa y administrativa. Su restricción o auto limitación atenta contra la misma idea de República, y altera el equilibrio de poderes propio del principio de separación de los mismos, consagrado en nuestra Constitución nacional.

II. LA EXIGENCIA DE LEGITIMIDAD (LEGALIDAD Y RAZONABILIDAD) DE LOS ACTOS ESTATALES DE EMERGENCIA

La pandemia nos ha sorprendido a todos, y el Estado debió dictar decretos de necesidad y urgencia para declarar la emergencia e imponer un aislamiento social tan necesario para contener al virus, como grave por la magnitud de las restricciones que impone a los derechos de los habitantes, entre ellos las libertades de circulación, de trabajo y de comercio e industria.

En rigor, por medio del primero de los decretos de necesidad y urgencia, el Decreto N° 260/20 de fecha 12/03/20, el Poder Ejecutivo amplió la emergencia sanitaria, social, tarifaria, financiera, económica, fiscal y administrativa dictada por el Congreso nacional en ley 27.541, prorrogando su plazo (por un año desde la sanción del decreto) y fundando esta ampliación en el estado de necesidad provocado por el arribo del virus a nuestro territorio, y la eventual circulación podía ocurrir –y que luego aconteció–. A partir de allí se emitieron varios decretos de necesidad y urgencia, por medio de los cuales se adoptaron distintas medidas tendientes a proteger la vida, como la por todos conocida cuarentena –y sus prórrogas–, y se regularon muchas actividades.

En efecto, pocos días después, el 16 de marzo de 2020 fue dictado el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 274/2020, por el cual se dispuso la prohibición de ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país; prohibición que luego fue ampliada a ciudadanos argentinos que se encontraran en el exterior. Este decreto fue luego prorrogado por los Decretos de Necesidad y Urgencia Nros. 313/20, 331/20, 365/20 y 409/20, manteniéndose vigente la prohibición de ingreso al territorio nacional hasta el 10 de mayo de 2020 según la norma mencionada en último término.

Luego fueron dictadas numerosas normas complementarias, entre las cuales cabe destacarse las Resoluciones Nros. 143/20 y 144/20 de la Administración Nacional de Aviación Civil, mediante las cuales se estableció la prohibición a líneas aéreas de comercializar servicios de transporte aéreo de pasajeros desde, hacia o dentro del territorio nacional sin previa autorización por parte de la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC), y de ofrecer o reprogramar tickets aéreos hasta el 1° de septiembre de 2020.

El 20 de marzo de 2020 se publicó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020, que estableció, en todo el territorio nacional, el denominado Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, hasta el día 31 de marzo inclusive, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. En esa misma norma se indicaron en forma taxativa los servicios y actividades exceptuados de cumplir con el aislamiento ordenado. Esta medida de aislamiento fue sucesivamente prorrogada por los Decretos de Necesidad y Urgencia Nros. 325/20²⁹, 355/20³⁰, 408/20³¹ y 459/20³².

contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”

²⁹ De fecha 31/03/2020.

Fue en este último decreto donde se dispuso que los Gobernadores de las Provincias puedan dar excepciones a los departamentos o partidos de hasta 500.000 habitantes, con el fin de autorizar actividades industriales, de servicios o comerciales³³, y en el caso de que estos excedan esa cantidad de habitantes, y no integren el Área metropolitana de Buenos Aires (AMBA), también podrán darse excepciones siempre y cuando el protocolo para el funcionamiento de esos departamentos o partidos se encuentre incluido en el “Anexo de Protocolos autorizados por la autoridad sanitaria nacional³⁴”.

El día 24 de mayo se publicó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 493/20 por el cual se dispuso la última prórroga del aislamiento social, preventivo y obligatorio, hasta el día 7 de junio de 2020 inclusive.

En forma simultánea a todos estos decretos de emergencia, el Poder Ejecutivo delegó en el Jefe de Gabinete de Ministros –en su carácter de coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional”– la facultad de ampliar o reducir las excepciones dispuestas. A raíz de ello, el Jefe de Gabinete de Ministros dictó las Decisiones Administrativas Nros. 429/2020 (de fecha 20/03/2020), 446/2020 (de fecha 01/04/2020), 450/2020 (de fecha 03/04/2020), 468/2020 (de fecha 07/04/2020), 490/2020 (de fecha 11/04/2020), 524/2020 (de fecha 18/04/2020), 729/2020 (de fecha 07/05/2020) y 745/2020 (de fecha 08/05/2020), que progresivamente ampliaron la lista de actividades y servicios exceptuados de cumplir con el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, considerando tanto criterios epidemiológicos como económicos y sociales, y de acuerdo a lo sugerido por especialistas médicos y por gobernadores de provincias e intendentes.

A su vez, entre otras medidas importantes el Poder Ejecutivo dispuso la suspensión de términos en los procedimientos administrativos reglados por la LNPA y sus normas reglamentarias y complementarias, mediante los Decretos Nros. 298/20 (de fecha 19/03/2020), 327/20 (de fecha 31/03/2020), 372/20 (de fecha 14/04/2020), 410/20 (de fecha 26/04/2020), 458/20 (de fecha 11/05/2020) y 494/20 (de fecha 24/05/2020), encontrándose vigente dicha suspensión hasta el 7 de junio de 2020 según el último decreto mencionado. Estos decretos no han sido de necesidad y urgencia, pues tratándose de la suspensión de los procedimientos de la propia Administración Pública, no es competencia exclusiva del Poder Legislativo, razón por la cual bastaba que fueran utilizadas las facultades autónomas y reglamentarias que posee el Poder Ejecutivo³⁵.

Otra de las cuestiones claves fue la implementación de un procedimiento eficaz para realizar compras destinadas a bienes y servicios para combatir la emergencia sanitaria. En tal sentido, el Poder Ejecutivo estableció el denominado “Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios en la Emergencia”, vigente respecto de aquellos procedimientos contractuales que se lleven a cabo para atender la emergencia declarada por el Decreto N° 260/2020. Las normas que regulan este procedimiento son los Decretos de Necesidad y Urgencia Nros. 260/2020 y 287/2020, la Decisión Administrativa N° 409/2020 y la Disposición de la Oficina Nacional de Contrataciones N° 48/2020.

³⁰ De fecha 11/04/2020.

³¹ De fecha 26/04/2020.

³² De fecha 10/05/2020.

³³ Véase art. 3 Decreto N° 459/20.

³⁴ *Cfr.* art. 4, Decreto N° 459/20.

³⁵ *Cfr.* art. 99, incs. 1 y 2, de la Constitución Nacional.

Una de las cuestiones que ha generado mucha crítica ha sido el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 457/2020, en virtud del cual se modificó el Presupuesto General de la Administración Pública para el ejercicio 2020 y se suspendió, durante el ejercicio 2020, la aplicación de los límites a las reestructuraciones presupuestarias que puede disponer el Jefe de Gabinete de Ministros para aquellas modificaciones presupuestarias necesarias en virtud de medidas dictadas en el marco de las disposiciones de la emergencia ocasionada por el COVID-19³⁶. Esa norma también facultó al Jefe de Gabinete a realizar las reasignaciones presupuestarias que impliquen una reducción de los gastos reservados y de inteligencia, pero esta facultada no ha sido cuestionada.

Los decretos de necesidad y urgencia son herramientas valiosas para este tipo de situaciones, y a pesar de su ostensible abuso en el pasado, en las actuales circunstancias su utilización –con apego a la constitución– no debiera ser cuestionada. La velocidad imprevisible con la que avanzó el COVID-19, y la gravedad de sus circunstancias, es casi un ejemplo de libro de una situación que impide seguir el trámite parlamentario para la sanción y promulgación de las leyes. Quienes cuestionan su utilización en estos casos, en realidad esconden un rechazo absoluto a esta herramienta.

Hay que comprender que esta herramienta es constitucional, pero en modo alguno es ilimitada³⁷. Hay exigencias formales, materias vedadas –como la impositiva o penal– y toda medida que se tome debe ser legítima, es decir sea razonable y proporcionada. Ciertamente, de no haberse dado esta urgencia, hubiese sido necesario que el Congreso dictara una ley de emergencia específica, y delegara en el Poder Ejecutivo el dictado de los reglamentos de emergencia necesarios para afrontar esta situación, conforme se encuentra previsto en el artículo 76 de nuestra Constitución Nacional. Pero ello no ha sucedido, dado el estado de necesidad urgente que exigió una respuesta inmediata.

Al respecto, debemos destacar que ninguna de las medidas adoptadas a través de los decretos de necesidad y urgencia antes mencionados han versado sobre temas vedados por la Constitución Nacional. A su vez, consideramos que están dados los supuestos de urgencia que exige la Constitución Nacional para el dictado de estas decisiones y, como hemos expuesto, consideramos también que en el marco de la emergencia actual las medidas adoptadas pueden restringir derechos constitucionales. De hecho, es incuestionable la facultad del Poder Ejecutivo de dictar estos decretos mientras el Congreso, a raíz de la pandemia, no se reúne a legislar. No obstante ello, incluso ante la posibilidad de que el Congreso se encuentre sesionando también puede convalidarse la utilización de esta herramienta, pero ciertamente de manera aún más restrictiva, y siempre que, a pesar de que el Congreso pueda sancionar leyes, exista una urgencia que justifique su dictado, conforme lo autoriza la Constitución³⁸.

³⁶ Las limitaciones al Jefe de Gabinete para reestructurar partidas se encuentran contempladas en el artículo 37 de la Ley N° 24.156.

³⁷ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, 9ed, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 192 y ss.

³⁸ Distinta es la opinión de autores como Buteler, para quienes si el Congreso puede sesionar o se encuentra en sesiones, no existe justificación para el dictado de los decretos de necesidad y urgencia. Véase Buteler, Alfonso, “La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria”, en *LA LEY*, 25/05/2020, donde el autor afirma que “no es posible justificar la imposibilidad de seguir el tratamiento para la sanción de las leyes, lo que implica que el DNU 260/2020 resulta contrario al texto de la Constitución Nacional. Lo mismo puede predicarse de muchos de los DNU que se han dictado después”.

Por lo expuesto, y por las razones que hemos indicado en el acápite anterior referidas a la ausencia de presupuestos que justifiquen en nuestro caso el estado de sitio, no compartimos la opinión de aquellos autores que sostienen que la prohibición de circulación –o sea, el aislamiento social obligatorio– sólo podría dictarse por medio de una ley formal que declare el estado de sitio³⁹.

Lo dicho hasta aquí en modo alguno desconoce que toda medida de esta naturaleza que restrinja libertades constitucionales –aún en el caso anterior donde el Congreso no se reunía a legislar– debe interpretarse restrictivamente, y su control debe ser estricto, ya que la posibilidad que da la Constitución al Poder Ejecutivo de ejercer facultades legislativas se concede con sujeción a las exigencias formales antes referidas, y únicamente bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad⁴⁰.

Además de ello, el Poder Ejecutivo debe necesariamente enviar los decretos de necesidad y urgencia al Congreso para su posterior convalidación o rechazo, conforme lo exige la Constitución nacional, cuyo artículo 99, *in fine*, que es claro al exigir que “el jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

A raíz de ese mandato constitucional, el Congreso Nacional sancionó la ley N° 26.122, que regula el procedimiento de convalidación o rechazo de los decretos de necesidad y urgencia. Y en ejercicio de la competencia atribuida por esa ley, la Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo se reunió en forma virtual el día 28 de abril de 2020 para tratar los decretos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de la pandemia, validando los veinte decretos dictados hasta ese momento. Luego, el 18 de mayo, la referida Comisión volvió a reunirse, validando en su dictamen seis decretos posteriores.

Ha quedado pendiente su aprobación por el plenario de ambas Cámaras, cuestión no menor que no debiera ser demorada bajo ningún concepto, pues si bien los decretos de necesidad y urgencia son válidos mientras no sean rechazados por ambas Cámaras⁴¹, tratándose de graves limitaciones constitucionales es saludable, para nuestra República, que los mismos sean ratificados por el Congreso Nacional, sobre todo teniendo en cuenta que ambas cámaras han retomado la actividad parlamentaria, de manera remota y virtual, y han comenzado a

³⁹ Ver, por ejemplo, la opinión de Roberto Gargarella, en la entrevista publicada en el Diario LA GAZETA, de fecha 17/05/2020, titulada “Estamos viviendo en un estado de sitio de facto inaceptable según la Constitución”. En dicha entrevista, Gargarella sostiene estamos sufriendo en nuestro país restricciones de derechos fundamentales hechas de una manera que la Constitución no permite porque no se sigue el procedimiento de la sanción de una ley o de la declaración del estado de sitio. Véase también Díaz Lacoste, Alejandro, “COVID-19. El resguardo del Estado de derecho ante el estado de pandemia Los aspectos prima facie inconstitucionales de los DNU dictados por el Poder Ejecutivo Nacional”, en *LA LEY*, 5/05/2020.

⁴⁰ Véase Sagüés, Néstor P., “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, JA, 2003-IV-1220.

⁴¹ *Cfr.* arts. 17 y 24 de la Ley N° 26.122.

tratar en forma diaria proyectos de leyes. Es dable destacar que el Senado ha aprobado varios de estos decretos en su sesión especial del día 13 de mayo de 2020⁴².

Ahora bien, debemos destacar que muchas de las decisiones adoptadas por la Administración Pública constituyen lo que en derecho denominamos actividad discrecional administrativa, que le permite al Poder Ejecutivo elegir entre varias alternativas, todas igualmente válidas. No es infrecuente escuchar preguntas del tipo ¿es legal que la cuarentena se extienda hasta fin de junio?, ¿resulta legal que por decreto de necesidad y urgencia se extienda hasta junio cuando en Brasil es mucho más flexible?, ¿es legal que no me permitan ir al trabajo, si en países como Suecia o Alemania siguen con la vida normal? La respuesta a este tipo de interrogantes y tantos otros es que sí, es legítimo, en la medida que esos actos sean razonables. Esta es la función que debe ejercer el Poder Ejecutivo en un Estado de Derecho en épocas de excepción y urgencia. Es más, es un rol indelegable del Poder Ejecutivo actuar como lo está haciendo. Y sus decisiones son –dentro de lo razonable– enteramente discrecionales, aunque algunos de sus alcances puedan no gustarnos o consideremos que quizás existen alternativas mejores.

Ello en modo alguno significa que el Gobierno de turno tenga libertad para actuar de manera arbitraria. Sus actos siempre deben ser razonables, transparentes, y deben explicarse sus motivos expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto⁴³. Si la Administración Pública, amparándose en la discrecionalidad y en los poderes de emergencia, dictara actos arbitrarios, será función del Poder Judicial controlarlos y revocarlos si fuere necesario. Los jueces podrían, a petición de los ciudadanos, por ejemplo, controlar si las medias dispuestas en los actos dictados son proporcionales a los fines buscados.

Tomás Ramón Fernández manifiesta, de manera acertada, que “es sencillamente imposible dar un solo paso en el debate jurídico sin acudir a la idea de lo razonable, sin manejar la lógica de lo razonable”⁴⁴. Coincide nuestra doctrina vernácula, al sostener –como lo hace Cassagne– que el criterio central del razonamiento jurídico “no se concibe entonces como una operación deductiva apreciada únicamente conforme el principio de legalidad, sin ocuparse de su carácter justo, razonable o aceptable”⁴⁵.

Juan Francisco Linares ha sostenido, en su célebre estudio sobre la razonabilidad de las leyes, que el principio de razonabilidad se funda en el art. 28 de nuestra Constitución Nacio-

⁴² La Cámara de Senadores de la Nación, en reunión de fecha 11/05/2020, aprobó los primeros 20 Decretos de Necesidad y Urgencia que habían recibido dictamen favorable por parte de la Comisión Bicameral de Trámite Legislativo, esto es, los DNU Nros. 260/20, 274/20, 287/20, 297/20, 311/20, 312/20, 313/20, 316/20, 319/20, 320/20, 325/20, 326/20, 329/20, 331/20, 332/20, 347/20, 355/20, 365/20, 367/20 y 376/20.

⁴³ La motivación es uno de los elementos esenciales del acto administrativo, y su ausencia genera la nulidad absoluta e insanable de los mismos. Véanse arts. 7 y 14 de la Ley 19.549. Como sostiene Coviello, cuando se hace referencia al derecho a una decisión fundada, “con ello no es que sólo nos estamos refiriendo a la motivación del acto administrativo como elemento esencial de él. Antes bien, ello apunta a algo más elevado: la forma republicana de gobierno o sana democracia significa que los poderes públicos –todos– deben dar razón de sus decisiones”. Ver Coviello, Pedro, “El Debido Procedimiento Adjetivo y el Procedimiento Administrativo”, en *AAVV*, Cuestiones de Procedimiento Administrativo, RAP, Buenos Aires, 2006, p. 608.

⁴⁴ Fernández, Tomás Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994, p. 216.

⁴⁵ Cassagne Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 189.

nal que dice: “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores capítulos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”⁴⁶. Este precepto resulta extensivo a todos los actos de los distintos poderes públicos⁴⁷.

Es así que desde la óptica del derecho constitucional, Sola señala que “uno de los principios que orienta al Estado contemporáneo es el de que los actos estatales no deben sólo emanar de una autoridad política elegida por el pueblo y ser resultado de procedimientos preestablecidos: los actos practicados en nombre de un Estado Democrático de Derecho, también, además de ser legítimos (...) deben reflejar los valores e intereses de la población”⁴⁸. Precisamente la legitimidad de los actos abarca tanto la legalidad como la razonabilidad –o justicia– de los mismos”⁴⁹.

En rigor, un adecuado análisis de razonabilidad es la forma de controlar eficazmente las potestades discrecionales de la Administración. Para ello, es importante distinguir entre potestades regladas de la administración, y potestades discrecionales. Al respecto, la actividad reglada reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa, debiendo aplicar lo que la propia ley también ha determinado⁵⁰. En cambio, la facultad discrecional requiere la necesidad de una valoración subjetiva de la propia Administración, al permitirle elegir entre una o más alternativas válidas, igualmente justas desde la perspectiva del Derecho⁵¹.

Dado que las alternativas deben ser justas, se puede –y corresponde– analizar esa justicia, esa razonabilidad. Y si bien –como sostiene Muñoz Machado– “la actuación discrecional consiste en definir con libertad lo que son intereses generales, o lo que conviene para la mejor satisfacción de los intereses generales ya definidos por el legislador sin concretar totalmente las políticas que ha de seguir la Administración para atenderlos eficazmente”⁵², lo cierto es que esta actividad discrecional debe ajustarse a derecho, o sea, ser justa, equitativa y razonable, dado que, aunque demás está decirlo, en modo alguno el ordenamiento jurídico tolera actos arbitrarios –injustos e irrazonables–⁵³.

⁴⁶ Cfr. Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, 2da ed., Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 165.

⁴⁷ Cassagne Juan Carlos, *El principio de legalidad ...*, cit., p. 198 y 201.

⁴⁸ Sola, Juan Vicente, *Control Judicial de Constitucionalidad*, 2da ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 579.

⁴⁹ Cfr. Cassagne Juan Carlos, *El principio de legalidad ...*, cit., p. 119.

⁵⁰ Cfr. García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 8 ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 444.

⁵¹ Cfr. García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 449 y ss.

⁵² Cfr. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I, Thompson Civitas, 1ª ed., Madrid, 2004, p. 519. Por su parte, Balbín señala que “la actuación discrecional del Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones no es un espacio enteramente privilegiado, porque éste no puede resolver libremente en términos absolutos sin de acuerdo con el marco normativo que reconoce comúnmente un grado de libertad, pero, insistimos, dentro de ciertos límites. Claro que en el marco de las potestades regladas el arbitrio estatal es mucho menor o, según el caso, casi inexistente”, en Balbín, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I., La Ley, Prov. Buenos Aires, 2011, p. 806.

⁵³ Al respecto, Schmidt-Assmann sostiene que “la Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamen-

La Corte Suprema ha reiterado, en un pronunciamiento relativamente reciente, que “la circunstancia de que la entidad administrativa opere en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad –constituida por la legalidad y la razonabilidad– con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias”⁵⁴.

En efecto, el principio de interdicción de la arbitrariedad administrativa posee fundamento constitucional, dado que el art. 19 de nuestra Constitución Nacional establece que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”, siendo aplicable a los funcionarios públicos, quienes tienen prohibido, por tal motivo, emitir actos administrativos contrarios a las leyes positivas, a la razón o a la justicia. Por otra parte, la prescripción contenida en el art. 28 de nuestra Carta Magna, que estatuye que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, también da sustento a la prohibición de arbitrariedad, en la medida que si bien aparece concebida para las leyes, resulta extensiva a todos los actos de los distintos poderes públicos⁵⁵. Finalmente, el derecho a la igualdad, consagrado en el art. 16 de nuestra Constitución, veda las conductas arbitrarias puntuales.

Una de las formas de controlar la razonabilidad consiste en verificar si el acto es proporcional, esto es, si hay una proporción entre el fin y el medio elegido⁵⁶. Supone una valoración entre los medios elegidos, los sacrificios y el interés general, los que deben guardar proporción o, en otros términos, ser razonables⁵⁷.

El jurista español Javier Barnés Vázquez, por su parte, nos explica que el juicio de proporcionalidad debe realizarse mediante tres análisis, el de proporcionalidad en sentido estricto, el de necesidad, y el de adecuación. En tal sentido, al examen de proporcionalidad típica,

te en el marco de la habilitación actuada. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones –sobre todo cuando se trata de normas de programación final–, se recogen expresamente en aquélla en forma de directrices para el ejercicio del poder discrecional atribuido. A estos parámetros se unen los de la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad, así como los cada vez más precisos mandatos establecidos en el Derecho de la Unión Europea”, en Schmidt-Assmann, Eberhard, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003, p. 221.

⁵⁴ CSJN, en “Silva Tamayo Gustavo Eduardo c. EN - Sindicatura General de la Nación - Resol. 58/03 459/03 s/empleo público”. Sentencia del 27/12/2011. Ver también Fallos: 307:639 y 320:2509. A su vez, es interesante el desarrollo que la Corte hace sobre el ejercicio de facultades discrecionales en materia de asignación de publicidad oficial, en la famosa causa “Editorial Río Negro” (Fallos: 320:1191) y en la causa “Perfil”, esta última in re “Perfil c. Estado Nacional s/amparo”, CSJN, sentencia del 2 de marzo de 2011. En ambos precedentes se establece que, aunque la selección de los medios de prensa para efectuar la pauta oficial trasunta una facultad discrecional, no puede ser ejercida en forma arbitraria.

⁵⁵ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad ...*, cit., pp. 198 y 201.

⁵⁶ Cfr. Coviello, Pedro, “El principio de razonabilidad (o proporcionalidad?) en el Derecho Público Argentino”, en *REDA*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Marzo/Junio 2011, p. 144.

⁵⁷ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Los Grandes Principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 18.

que ya hemos comentado, se le suma el juicio de necesidad, que exige valorar si la medida es la menos restrictiva de los derechos de todas las posibles que puedan tomarse, y el de adecuación, por medio del cual debe valorarse la idoneidad del fin⁵⁸.

Sagüés distingue tres exámenes de control de razonabilidad que pueden realizarse de las normas y los actos administrativos. El primero consiste en un test de razonabilidad normativa, en el cual se deberá analizar la coherencia de estos con la norma constitucional; el segundo es un análisis de razonabilidad técnica, esto es, que exista una apropiada adecuación entre los fines de la ley y los medios para lograrlos y, finalmente, un test de razonabilidad axiológica, que apunta a valorar su sentido de justicia⁵⁹.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emitido una reciente e importante declaración denominada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, por medio de la cual señala, con acierto, que las medidas que los Estados adopten, en particular aquellas que resulten en restricciones de derechos o garantías, deben ajustarse a los principios pro persona, de proporcionalidad, temporalidad, y deben tener como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada⁶⁰.

En la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, la justicia ha declarado inconstitucional la decisión del Poder Ejecutivo local de exigir una autorización a aquellas personas mayores de 70 años que quisieran salir de sus casas para ir al supermercado o realizar cualquier actividad exceptuada por las normas nacionales que limitan la libre circulación. En este fallo, de primera instancia, el juez ha evaluado que la imposición a todo adulto mayor de 70 años de edad de la necesidad de comunicarse con el servicio de atención ciudadana al número 147, previamente a hacer uso de la posibilidad de realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos, resulta una exigencia más gravosa para el colectivo de personas que para el resto de la población⁶¹.

Al propio tiempo, la justicia de la Ciudad de Buenos Aires ha convalidado en reiteradas oportunidades las medidas de confinamiento obligatorio, en hoteles porteños, dispuestas por el Gobierno de la Ciudad para aquellos habitantes que arribaran a la Ciudad provenientes de países considerados de riesgo⁶².

⁵⁸ Barnés Vázquez, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *RAP* N° 135, Madrid, 1994, p. 495 y ss.

⁵⁹ Sagüés, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, 2da ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 700/701.

⁶⁰ Véase Resolución N° 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, perteneciente a la Organización de Estados Americanos (OEA), titulada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, de fecha 10 de abril de 2020. El documento comprende en su parte resolutive 85 recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros.

⁶¹ Véase Juzgado de 1ra instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, secretaria N° 27, in re “Lanzieri, silvano c/ GCBA s/ amparo”, sentencia de fecha 20/04/2020. Ver también: Álvarez Atilio, “Jueces hay en la República. En torno al fallo Lanzieri”, en ED, de fecha 13/05/2020.

⁶² Cfr. sentencia de fecha 28/03/2020, de la Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas, sobre *Habeas Corpus*, número de causa: CAU 8035/2020-0 CUIJ: CAUJ-01-00018118-4/2020-0 Actuación Nro: 14536784/2020; y de fecha 31/03/2020, sobre *Habeas Corpus*, número de causa: CAU 8054/2020-0 CUIJ: CAU J-01-00018335-7/2020-0 Actuación Nro: 14539640/2020.

En Francia, el Consejo Constitucional ha validado, el 11 de mayo de 2020, la gran mayoría de las limitaciones que contiene la ley, dictada el 8/05/2020, que establece la prórroga del estado de urgencia sanitaria. No obstante ello, el referido tribunal declaró inconstitucional algunas de sus previsiones, entre ellas el aislamiento de las personas que entren en territorio nacional, sin la intervención de un juez. También los jueces estimaron que el aislamiento completo de los pacientes de COVID-19 que implica no poder salir de su domicilio o de algún lugar durante más de 12 horas por día, no se podrán adoptar sin el control de un juez de las libertades⁶³.

Por otro lado, el Consejo Constitucional Francés ha puesto límites al plan del gobierno francés para rastrear, con las llamadas brigadas sanitarias, a los futuros enfermos de COVID-19 y a sus contactos. Un sistema que ha suscitado en Francia y en el mundo preocupación con respecto al secreto médico y al respeto a la vida privada. Para los jueces constitucionales este sistema persigue el objetivo constitucional de protección de la salud, aunque sin embargo decidieron que los organismos de acompañamiento social, como por ejemplo los centros municipales de acción social, no tendrán acceso a los datos médicos de las personas rastreadas sin el consentimiento de éstas. Asimismo, antes de usar dicha información, las autoridades tendrán que borrar los mails y números de teléfono asociados, además de nombres y direcciones.

Hasta el momento, en nuestra opinión, las medidas que ha adoptado el Poder Ejecutivo nacional han sido todas razonables, dentro de la discrecionalidad que ha tenido⁶⁴. Se ha valorado correctamente que entre los derechos humanos afectados por la pandemia el más trascendente es el derecho a la vida, y en consecuencia las medidas adoptadas estuvieron orientadas a la protección de ese bien tan preciado. A su vez, estas decisiones dictadas fueron oportunas y necesarias, como la limitación de la circulación de las personas, el cierre de fronteras, el control del abastecimiento de productos, la asistencia económica a los sectores carenciados, la garantía del suministro y prestación de los servicios públicos a ciertas personas, las restricciones a ciertas actividades, comercios e industrias, los permisos y las excepciones dadas, el congelamiento de alquileres y de tarifas, la prohibición de las ejecuciones hipotecarias, y los controles sanitarios.

No podemos dejar de observar que ciertos países del continente americano, como Estados Unidos de Norteamérica, México y Brasil, que no han adoptado a tiempo similares medidas, han sufrido una mayor cantidad de contagios y muertes. Incluso países como Chile, Perú y Ecuador tienen bastante más contagiados y fallecimientos por coronavirus que Argentina. Pero el caso de Brasil es el más elocuente, dado que si bien ese país lindero tiene una población cuatro veces y media más grande que Argentina, al cierre de este artículo cuenta con un registro, a raíz de esta pandemia, de treinta veces más de contagiados, y cuarenta y ocho

⁶³ Véase: https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/05/11/le-conseil-constitutionnel-valide-la-loi-prorogeant-l-etat-d-urgence-sanitaire-mais-censure-deux-dispositions_6039355_823448.html#xtor=AL-32280270

⁶⁴ El aislamiento ha sido declarado constitucional por la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala de FERIA, en el *habeas corpus* presentado por el Sr. Patricio Kingston. En este precedente, los jueces sostuvieron que ante la falta de un tratamiento antiviral efectivo, ni con vacunas que prevengan el virus, las medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorio revisten un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19, y encuentran fundamento en la necesidad de preservar la salud y el orden público.

veces más de muertes, que Argentina⁶⁵, lo que demuestra que la mayor cantidad de casos en Brasil no es una cuestión vinculada al tamaño de su población sino a la velocidad de circulación del virus, precisamente lo que se quiere evitar en Argentina con las medidas antes señaladas. Es un hecho también que al cierre de este artículo se está dando en ambos países un crecimiento exponencial tanto de contagios como de fallecimientos, lo cual también revela el acierto de las medidas adoptadas en nuestro país, al encontrarnos con una situación bastante más controlada y de menor impacto que la de dichos países, al menos por ahora.

Excedería este trabajo analizar y explicar en detalle la razonabilidad de cada medida, y ello tomaría un artículo por cada una. *Prima facie* parecen todas razonables en atención a la emergencia que vive nuestro país y el mundo entero. No obstante ello, la medida que nos genera mayor preocupación es el Decreto N° 457/20, que otorgó al Jefe de Gabinete poderes extraordinarios para reasignar partidas presupuestarias. Como ha expresado María Angélica Gelli en un reciente trabajo, “como es sencillo de advertir, la acumulación de poder en el Presidente de la Nación que emana del DNU 457/2020 es enorme; y en punto a la reestructuración de partidas presupuestarias resulta, a mi modo de ver, excesiva”⁶⁶. Si bien la autora no lo señala en forma expresa, de considerarse excesivas las facultades otorgadas al Jefe de Gabinete, el Decreto N° 457/2020 sería en esa parte inconstitucional, pues no sería razonable ni proporcional.

III. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA EN ÉPOCAS DE EMERGENCIA

Toda crisis genera una oportunidad. Quizás los argentinos podamos aprovechar el COVID-19, al trabajar todos juntos para amortiguar sus consecuencias negativas y al propio tiempo construir los cimientos de una nueva Argentina.

Ciertamente, a la fecha en que me encuentro escribiendo este artículo, estamos muy lejos de haber ganado la guerra al virus o siquiera tener la situación controlada. En este escenario, muchas de las medidas sanitarias que restringen derechos de los ciudadanos habrán de mantenerse, algunas se modificarán o eliminarán, y muchas nuevas medidas deberán adoptarse conforme vaya evolucionando la circulación del COVID y según sea la reacción del comportamiento social frente a las reglas impuestas. Como he dicho *ut supra*, todas las medidas de emergencia deben ser por esencia transitorias, no deben desnaturalizar los derechos, y deben ser proporcionales a los fines que persiguen. Por ejemplo, si hay dos alternativas igualmente válidas, debe optarse por la alternativa que afecte en menor grado los derechos y garantías de los ciudadanos. En nuestro Estado de Derecho es dable reiterar, a fuerza de cansancio, que está terminantemente prohibida la arbitrariedad, aún en el marco de un Estado de Necesidad como el que estamos viviendo. De hecho, los Estados de Necesidad son instrumentos de defensa de los derechos constitucionales, pues si no se permiten ciertas restricciones de nuestros derechos cuando una situación de emergencia lo exige, el sistema colapsa por completo.

⁶⁵ Al cierre de este artículo en Argentina se habían registrado 12.628 casos confirmados de personas afectadas con COVID-19, y se habían producido 471 muertes. Brasil, por su parte, tenía a la misma fecha 363.211 casos confirmados, y 22.666 fallecimientos a causa del COVID-19. En ambos países las cifras continúan creciendo, y las proporciones de relación entre ambos países se mantienen. Esta información ha sido publicada en “el mapa del coronavirus en tiempo real” del Diario Clarín de fecha 26/05/2020, y se actualiza día a día.

⁶⁶ Gelli, María Angélica, “La pandemia de COVID-19: Desafíos democráticos y límites constitucionales. En una emergencia indiscutible”, LA LEY, 18/05/2020.

Sin desmerecer en modo alguno la importancia de las medidas que tienden a proteger la salud y la vida de las personas, y que buscan impedir la aceleración de los contagios de esta enfermedad, a la par de lograr el tiempo suficiente para equipar el sistema sanitario, el rol del Estado consiste asimismo en concretar políticas públicas de emergencia orientadas a impedir que nuestra economía se vea profundamente dañada a raíz de la paralización o el deterioro de muchos sectores productivos y de consumo.

Entre las numerosas medidas que nuestro sistema productivo, económico y financiero requiere en un caso de emergencia como el que estamos viviendo, se encuentran las que deben orientarse a subsidiar a los individuos y las actividades que lo necesiten, a ordenar las relaciones jurídicas entre los ciudadanos que se ven impactadas por esta situación, a evitar el quiebre o cierre de empresas, industrias y comercios, y a reactivar el aparato productivo y de servicios, o al menos amortiguar el impacto económico, productivo y financiero negativo de la crisis sanitaria.

Para ello el Congreso debe retomar su actividad –con continuidad–, y avocarse a sancionar en forma urgente un paquete de leyes de emergencia dirigidas a paliar la crisis. El Poder Ejecutivo, la AFIP y el Banco Central no tienen las suficientes facultades constitucionales para dictar todas las medidas necesarias en este escenario. Por ejemplo, el Poder Ejecutivo ni aun mediante decretos de necesidad y urgencia puede tratar temas fiscales⁶⁷. La Administración Pública sólo está facultada a conceder planes de pago, pero en modo alguno podría crear, eliminar, aumentar o reducir tributos. Por su parte, muchas otras medidas como incentivos fiscales, subsidios, promociones industriales o no industriales también requieren ley.

No obstante ello, el Poder Ejecutivo ha otorgado importantes medidas de subsidios a personas y empresas, ha dado ciertas ayudas públicas necesarias, y ha regulado ciertas actividades para amortiguar el impacto económico y social negativo de la crisis en la vida de las personas.

Entre ellas, por medio del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 311/2020, de fecha 25 de marzo de 2020, se prohibió a las empresas prestadoras de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, disponer la suspensión o el corte de los respectivos servicios a determinados usuarios considerados particularmente afectados por la emergencia sanitaria, en caso de mora o falta de pago de hasta tres facturas consecutivas o alternas, con vencimientos desde el 1° de marzo de 2020.

Por su parte, el 29 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 319/2020, en virtud del cual congeló el valor de las cuotas de créditos hipotecarios y de los créditos prendarios actualizados por Unidad de Valor Adquisitivo (UVA), ordenando que éste quede fijado de acuerdo al vigente al mes de marzo de 2020; y dispuso la suspensión, hasta el 30 de septiembre de 2020, de las ejecuciones hipotecarias judiciales o extrajudiciales cuando éstas recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados con el referido destino por la parte deudora.

A su vez, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 320/2020, sancionado ese mismo día, dispuso la suspensión, hasta el 30 de septiembre de 2020, de los desalojos y la suspensión de ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalojo de: inmuebles y habitaciones destinados a vivienda; inmuebles destinados a actividades culturales o comunitarias; inmuebles rurales destinados a pequeñas producciones familiares y pequeñas producciones

⁶⁷ Cfr. Art. 99, inc. 3, de la C.N.

agropecuarias; inmuebles alquilados por personas adheridas al régimen de Monotributo, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria; inmuebles alquilados por profesionales autónomos para el ejercicio de su profesión; inmuebles alquilados por Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MiPyMES); e inmuebles alquilados por Cooperativas de Trabajo o Empresas Recuperadas inscriptas en el INAES.

Por la misma norma se dispuso la prórroga automática hasta el 30/09/2020 de los contratos antes mencionados, cuando su vencimiento operara entre el 20 de marzo de 2020 y dicha fecha. Asimismo, se ordenó el congelamiento del precio de los alquileres –también hasta el 30/09/2020–, fijando el valor correspondiente al canon locativo del mes de marzo como el precio máximo de éstos.

En cuanto a medidas económicas de asistencia directa, el Poder Ejecutivo creó el “Ingreso Familiar de Emergencia”, como una prestación monetaria no contributiva de carácter excepcional destinada a compensar la pérdida o grave disminución de ingresos de personas afectadas por la situación de emergencia sanitaria declarada por el Decreto N° 260/20. Dicha prestación consistió en una suma fija de \$10.000, abonada en el mes de abril⁶⁸.

Dada la persistencia de la situación de emergencia y en tanto las medidas de aislamiento ordenadas por el Poder Ejecutivo Nacional fueron sucesivamente prorrogadas, se adoptaron luego diversas medidas paliativas, entre las cuales cabe destacar la que dispuso la prohibición de los despidos y suspensiones sin justa causa ni por causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, por el plazo de 60 días⁶⁹.

Asimismo, se creó el Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción, cuyos beneficios son: (i) la postergación o reducción de hasta el 95% del pago de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino); (ii) pago de un Salario Complementario por el Estado para trabajadores en relación de dependencia del sector privado; (iii) crédito a tasa cero para personas adheridas al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes y para trabajadores autónomos en las condiciones que establezcan la Jefatura de Gabinete y el BCRA, con subsidio del 100% del costo financiero total; (iv) prestación económica por desempleo para trabajadores que reúnan los requisitos de la Ley 24.013 y de la Ley 25.371. En forma simultánea se creó el Comité de Evaluación y Monitoreo del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción, cuyas funciones son básicamente definir, con base en criterios técnicos, los beneficiarios de dicho régimen⁷⁰.

El mencionado salario complementario consiste en una asignación abonada por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), equivalente al 50% del salario neto del trabajador, aunque con un tope máximo por empleado. Por otra parte, el Crédito a Tasa Cero consiste en una financiación a ser acreditada en la tarjeta de crédito del beneficiario. Dicha financiación no podrá exceder una cuarta parte del límite superior de ingresos brutos establecidos para cada categoría del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes y, a su vez, tendrá un límite máximo de 150.000 pesos.

⁶⁸ Véase Decreto N° 310/2020, de fecha 24/03/2020.

⁶⁹ Medida dispuesta en el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 329/2020, de fecha 31/03/2020.

⁷⁰ Decreto de Necesidad y Urgencia N° 332/2020, de fecha 31 de marzo de 2020, luego modificado por los Decretos de Necesidad y Urgencia Nros. 347/2020 y 376/2020.

El Fondo Nacional de Desarrollo Productivo, bonificará el 100% de la tasa de interés y del costo financiero total que devenguen los créditos otorgados a personas adheridas al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes y trabajadores autónomos⁷¹.

Otro ejemplo de intervención del Estado en la economía es la limitación de derechos dispuesta por varias resoluciones de la Secretaría de Comercio Interior en la que se fijaron precios máximos para bienes, intimándose a las empresas que integran la cadena de producción, distribución y comercialización de esos mismos bienes a incrementar su producción hasta el máximo de su capacidad instalada⁷².

En ese marco, por medio del Decreto N° 351/20 se convocó a los intendentes de todos los municipios del país a realizar, en forma concurrente con la Nación, la fiscalización del cumplimiento de los precios máximos establecidos por la Secretaría de Comercio Interior. Esta convocatoria se circunscribe a los supuestos comprendidos en el artículo 15 de la Ley de Abastecimiento, es decir, a aquellos casos en los que la infracción afectara o pudiera afectar el comercio interjurisdiccional⁷³.

En fecha 21 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud de la Nación y el Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación dictaron la Resolución Conjunta N° 1/2020, por la cual intimaron a las empresas productoras, distribuidoras y comercializadoras de la cadena de producción de “insumos críticos sanitarios” a incrementar su producción hasta el máximo de su capacidad instalada y arbitrar los medios para asegurar su distribución y provisión a la población y entidades de salud, por un plazo de 90 días. A su vez, el Ministerio de Salud dictó la Resolución N° 695/2020, de fecha 1/04/2020, que obliga a las empresas fabricantes, distribuidoras o comercializadoras de ventiladores mecánicos invasivos a no realizar entregas sin autorización previa de dicho Ministerio.

Estas últimas medidas mencionadas, limitativas de derechos, han sido dictadas en el marco de lo dispuesto por la Ley de Abastecimiento N° 20.680, de 1974, que autoriza al Poder Ejecutivo la fijación de precios máximos y el control de la producción y comercialización de bienes y servicios para asegurar el abastecimiento de los mismos en el territorio de la República Argentina.

⁷¹ Las medidas de este régimen especial fueron reglamentadas, entre otras normas por las Resoluciones Generales AFIP 4693/2020, 4698/2020, 4702/2020 y 4707/2020. Por ellas se crearon los servicios web “Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción - ATP” y “Crédito Tasa Cero”, a fin de que los empleadores interesados puedan acceder a los beneficios del Decreto PEN 332/2020. Asimismo, se estableció la postergación del vencimiento para el pago de las contribuciones patronales al SIPA del periodo devengado marzo 2020 hasta las fechas establecidas en la Resolución según la terminación del CUIT para los sujetos cuya actividad se encuentra incluida en el listado publicado por la AFIP.

⁷² Por medio de la Resolución N° 100/2020, la Secretaría de Comercio Interior ordenó la retrocesión de precios de bienes de consumo masivo al día 6 de marzo de 2020, por 30 días corridos, principalmente de productos alimenticios, de limpieza y cuidado personal. Luego, por Resolución N° 114/20, ordenó la retrocesión del precio de venta al público a los valores del 6 de marzo de 2020 de termómetros corporales de contacto y del barbijo no quirúrgico, fijando respecto de este último producto un precio máximo de cuarenta pesos. Asimismo, mediante la Resolución N° 115/20 se fijaron precios de referencia para la venta al público de alcohol en gel. Por medio de la Resolución de la Secretaría de Comercio Interior N° 117/20 se prorrogó el plazo que establecía la Resolución N° 100/20 por otros 30 días corridos desde la finalización del primer término.

⁷³ *Cfr.* Sanguinetti, Juan Carlos, “Delegación de facultades a los intendentes para el control de precios máximos”, en *Abogados.com*, de fecha 13/04/2020.

La Ley de Abastecimiento ha recibido por parte de la doctrina fuertes críticas dada su evidente inconstitucionalidad en varios aspectos formales –sobre todo a partir de la reforma constitucional que establece límites claros a la delegación legislativa que dicha ley no cumple– y sustanciales, pero dicho análisis excede el presente trabajo⁷⁴.

En Argentina se necesitan crear nuevas reglas de juego para salir de esta crisis, y ello solo puede hacerse desde el Estado. Se trata de un importante rol del Estado que la ciudadanía sola no puede afrontar. A su vez, el Estado debe hacer todos los esfuerzos posibles en el plano económico para mantener el empleo, y fomentar asimismo su constante creación.

Nuestro actual sistema económico y social no resiste el impacto de esta pandemia y no está preparado para enfrentarla. Es aconsejable que las medidas que adopte el Estado sean fruto de un consenso entre el Gobierno, los partidos de la oposición, los sectores productivos y los trabajadores. Hoy más que nunca deben formarse mesas de diálogo tendientes a un gran acuerdo nacional, sin banderas partidarias ni ideológicas, ni oportunismos.

IV. LA RECOMPOSICIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Uno de los escenarios donde el Estado debe actuar en forma inmediata es el de la contratación pública. No resulta difícil advertir que por medio de la contratación del Estado se construyen las grandes obras de infraestructura que nuestro país necesita para desarrollarse. La obra pública, además, es una de las principales fuentes de generación de empleo a nivel nacional, y da actividad a numerosas empresas, muchas de ellas pequeñas y medianas. A su vez, a diferencia de los contratos del sector privado, los contratos estatales tienen un interés público por medio del cual se busca contribuir al bien común de la sociedad.

La normativa vigente exime de responsabilidad al contratista que por causas de fuerza mayor no pueda cumplir su obligación contractual⁷⁵. Estas causas deben ser ajenas, inevita-

⁷⁴ A los fines de profundizar en el análisis de la constitucionalidad de la ley de abastecimiento, ver: Castro Videla, Santiago M. - Maqueda Fourcade, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento*. Estudio constitucional sobre los controles de precios y la producción, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2015

⁷⁵ Ver el tratamiento de la fuerza mayor regulado en el artículo 1730 del Código Civil y Comercial de la Nación, que se aplica de manera analógica a los contratos públicos. Allí establece que "...El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario". Por su parte, La ley de Obras Públicas, N° 13.064, en sus artículos 39, 50 in fine, 53 y 54, exime de responsabilidad al contratista cuando se presenta una fuerza mayor que imposibilita el cumplimiento de las obligaciones del contrato. El Régimen General de Contratación de la Administración Pública Nacional también establece que la fuerza mayor exime del cumplimiento de la obligación, en caso de que fuere de carácter natural. Así se encuentra establecido en el artículo 13, incisos a) y c) del Decreto 1023/01. En nuestra opinión, ha sido un desacierto acotar la fuerza mayor a los acontecimientos de origen natural, y aun cuando esa sea la redacción de la norma, una interpretación razonable conlleva a extenderlo a supuestos que no sean de origen natural pero que imposibiliten el cumplimiento de la obligación por causas ajenas, imprevisibles e inevitables por parte de quien lo invoca. De eso se trata la fuerza mayor, que no distingue de orígenes, salvo por sus características esenciales recién referidas. De ahí que para obtener un reconocimiento pleno de la fuerza mayor, que abarque todos los supuestos, debe invocarse el art. 1730 del Código Civil y Comercial de la Nación, a lo fines de darle su adecuado encuadre. Una cuestión no menor es que el Reglamento del Régimen de Contrataciones, que ha sido modificado constantemente, cuando regula la fuerza mayor no la restringe a hechos de origen natural. *Cfr.* Arts. 93 y 94 del Decreto 1030/2016. Ahora bien, en el caso de la fuerza mayor originada por el COVID-19, podría eventualmente incluirse dentro de la concepción que exige el origen natural de la fuerza mayor. Por su parte, la regulación de los contratos de participación pública privada también contempla la necesidad de mitigar el im-

bles e imprevisibles. Es una situación que puede darse en algunos contratos y en otros no. Y es algo que puede ser definitivo o transitorio. Ciertamente no procede la invocación abstracta sino que deberá demostrarse que no se pudo cumplir determinada obligación y la causa de ello. Y mientras dura esa causal, quedan suspendidos los plazos de cumplimiento y no se aplican multas ni sanciones⁷⁶. En muchos casos la fuerza mayor da derecho al contratista a rescindir el contrato sin culpa suya⁷⁷.

Es importante comprender que la fuerza mayor es una situación de hecho ajena a la parte que la sufre, que genera la imposibilidad de cumplimiento de una obligación contractual, ya sea de forma temporal o definitiva, y a la que el ordenamiento jurídico le da ciertos efectos y consecuencias, como hemos indicado.

Por otra parte, los contratistas, al igual que sucede en los contratos privados, pueden dejar de cumplir sus obligaciones si el Estado deja de cumplir las suyas, cuestión que se presenta con mayor frecuencia en situaciones de emergencia como la de ahora. Se trata de la aplicación de la excepción de incumplimiento contractual⁷⁸, que ha sido receptada por el derecho administrativo, pero exigiéndose que el incumplimiento de las prestaciones a cargo de la Administración le ocasione el contratista una razonable imposibilidad de cumplir el contrato⁷⁹.

Sin perjuicio de ello, el Código Civil y Comercial de la Nación –aplicable por analogía a los contratos administrativos–, contiene una regla, el de la tutela preventiva, que a nuestro modo de ver implica una instancia mayor de protección que la clásica *exceptio non adimpleti contractus*. En rigor, el art. 1032 de dicho código establece que una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. Este principio novedoso de la tutela preventiva podría ser invocado también por el Estado, desde luego.

Pero lo que en general sucede a raíz de las situaciones de emergencia como la actual en los contratos públicos en ejecución, es que éstos se tornan excesivamente onerosos, como consecuencia de varios factores, provenientes de la propia situación de crisis que genera el COVID-19 o de las medidas dictadas por el Estado para contenerlo –hechos del príncipe–, que inciden en el quiebre de la ecuación económica y financiera de los contratos, tornándose muy gravosa su prestación. Ello pone en riesgo el cumplimiento de los contratos –y por ende, su finalidad–, la situación patrimonial de las empresas y las fuentes de trabajo que genera.

Y aquí es donde el Estado tiene un rol determinante, debiendo tomar decisiones tendientes a evitar un daño mayor y a preservar los contratos públicos⁸⁰. Entre las soluciones previstas por la normativa hay diferentes modos de rescisión de los contratos, desde mutuo acuer-

pacto de la fuerza mayor. Ver al respecto art. 9, inc. b, de la Ley 27.328. En tal sentido, en los contratos de PPP viales se establecieron numerosas cláusulas que eximen del cumplimiento de las obligaciones contractuales en casos de fuerza mayor, además de la exigencia de contar con seguros que cubrieran este tipo de eventos.

⁷⁶ Cfr. art. 94 del Reglamento del Régimen de Contrataciones Dec. 1030/2016. Ver también art. 35 de la Ley de Obra Pública N° 13.064.

⁷⁷ Así se establece en el art. 53 Ley de Obra Pública N° 13.064.

⁷⁸ Cfr. art. 1031 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁷⁹ Cfr. CSJN, in re “Cinplast SA v. ENTEL (Empresa Nacional de Telecomunicaciones), Fallos 316:212, 1993.

⁸⁰ Los deberes de evitar causar un daño no justificado y de no agravar el daño si ya se produjo, están consagrados en el artículo 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación.

do⁸¹, por causales de fuerza mayor⁸², o por decisión de la propia Administración motivada en razones de oportunidad, mérito o conveniencia⁸³, en cuyo caso deberá indicarse su fundamento en forma expresa. También podría una de las partes pedir la rescisión del contrato invocando la teoría de la imprevisión, al haberse modificado las condiciones tenidas en cuenta al momento de la celebración del mismo (por aplicación del principio *Rebus sic stantibus*). Pero todas estas alternativas importan la terminación de los contratos, y sus consecuencias pueden resultar altamente perjudiciales para las empresas y los trabajadores, y también para el Estado y la sociedad, pues si la finalidad por la que se celebró tal contrato se mantiene, deberá convocarse a una nueva licitación, con los costos y la prolongación en el tiempo que ello conlleva.

No obstante ello, como señala la doctrina, “nada impide que la Administración y el contratista puedan acordar la modificación de un contrato administrativo, siempre que con ello se preserve el cumplimiento de la finalidad de interés público tenida en vista al celebrar el acuerdo originario de voluntades”⁸⁴. En efecto, los contratos administrativos en Argentina pueden modificarse con acuerdo de ambas partes, pero siempre que esa modificación no exceda del treinta y cinco por ciento del monto total del contrato⁸⁵. Esta limitación cuantitativa no se aplica al contrato de obra pública, dado que su régimen especial no ha fijado límite alguno⁸⁶.

Y si bien el contrato administrativo puede modificarse por acuerdo de partes, esa modificación no debe alterar el fin del contrato, ni el derecho de igualdad de aquellos oferentes que en su momento compitieron para obtener dicho contrato, o de aquel universo de oferentes que de haber conocido de antemano dichas modificaciones hubieren tenido intenciones de competir⁸⁷.

Estas previsiones deben respetarse en un escenario de normalidad contractual, pero no son aplicables estrictamente frente a supuestos extraordinarios que alteran las ecuaciones económicas del contrato, como ser situaciones de emergencia, o que den lugar a la teoría de la imprevisión. En estos casos se impondrá la necesidad de recomponer la ecuación financie-

⁸¹ Ver art. 97, Decreto 1030/16.

⁸² Cfr. art. 53 Ley de Obra Pública N° 13.064.

⁸³ Cfr. art.12, inc. b, Dec. 1023/01, y art. 95 Dec. 1030/16.

⁸⁴ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 3 ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 94.

⁸⁵ Cfr. art. 100, inc a), p. 1 del Reglamento del Régimen General de Contrataciones, aprobado por Dec. 1030/2016. Es la misma previsión que tenía el anterior Reglamento, el Dec. 893/12, en su art. 124.

⁸⁶ Téngase en cuenta que si bien el título I del Régimen General de Contrataciones (1023/01) es aplicable a los contratos de obra pública regidos por la ley 13064, no así la Reglamentación del Régimen General de Contrataciones (Dec. 1030/16).

⁸⁷ Cfr. PEREZ HUALDE, Alejandro, “Reflexiones sobre renegociación de contratos administrativos”, en AA.VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, RAP, Buenos Aires, 2007, p. 478. En el contrato de obra pública, si bien la ley 13.064 no establece límites cuantitativos ni cualitativos en los casos de modificaciones consensuadas entre comitente y contratista, lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia han fijado varios límites en orden a salvaguardar la igualdad y la transparencia, tales como: a) que se trate de trabajos relacionados con el opus contractual originario, b) que las porciones de obra que se incorporan no posean individualidad propia susceptibles de ser calificadas como trabajos complementarios, o que c) el cambio en el objeto de la contratación no transforme el emprendimiento primitivo en uno nuevo. Véase Druetta Ricardo y Guglielminetti Patricia, *Ley 13.064 de Obras Públicas*, 2ed., comentada y anotada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 230/231.

ra, para lo cual deberán implementar todos los cambios necesarios a los fines de su restablecimiento. De hecho, como se verá más adelante, se trata de un derecho del contratista. Asimismo, debe comprenderse que algunos contratos, por su larga duración, son esencialmente dinámicos y mutables, como es el caso de las concesiones de servicios públicos, por ejemplo. En rigor, estos contratos están destinados a cambiar, lo previsible es que cambie⁸⁸. No obstante ello, el límite de cualquier modificación que hagan las partes por mutuo acuerdo es que no se altere el fin del contrato.

Argentina ha tenido una importante experiencia no tan lejana de renegociación de contratos públicos, como consecuencia de la crisis económica generada en el año 2001, que impactó en el equilibrio económico de los contratos, debiéndose adoptar disposiciones de emergencia que a su vez generaron su propio impacto en los contratos públicos. En el año 2000, por ejemplo, se dictó la Ley de Emergencia N° 25.344, que declaraba en emergencia la situación económico financiera del Estado Nacional, la prestación de los servicios y la ejecución de los contratos a cargo del sector público nacional. Dicha normativa facultaba al Estado Nacional a rescindir los contratos de todo tipo que generen obligaciones a cargo del Estado, previendo a su vez que la rescisión no procedía en aquellos casos en que fuera posible la continuación de la obra, o la ejecución del contrato, previo acuerdo entre el Estado y el contratista que se inspire en el principio de sacrificio compartido⁸⁹.

En el año siguiente, el 2002, se dictó la Ley de Emergencia, la N° 25.561, que prohibió las cláusulas de ajuste de los precios y tarifas, y las cláusulas indexatorias, ordenándose al Poder Ejecutivo la renegociación los contratos celebrados por la Administración Pública, incluidos los de obra y servicios públicos⁹⁰.

Estos ejemplos refieren a casos en los que se aplica la teoría de la imprevisión, en los cuales se había ocasionado un desequilibrio masivo de la ecuación de los contratos. Incluso en algunos supuestos la ruptura de dichos equilibrios provino también de hechos del príncipe, como ser las normas generales de emergencia, que influyeron –e intervinieron– de manera general en los contratos.

En cualquier caso, resulta importante destacar que en Argentina se reconoce el principio del equilibrio financiero del contrato público, como un principio propio de la contratación administrativa. En este entendimiento, el contratista particular, que toma a su cargo la realización de un cometido público, tiene, en efecto, derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, o sea, a la equivalencia de las prestaciones, principio constitucional que tiene su fundamento jurídico positivo en el derecho constitucional de propiedad, dado que a nadie pueden imponérsele sacrificios a sus intereses particulares en beneficio público sin la correspondiente reparación⁹¹.

El principio comentado también descansa en la garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas⁹², ya que no es concebible que un individuo en especial, a través del cumplimiento de un contrato administrativo, sufra un detrimento en su patrimonio por razones de

⁸⁸ Cfr. Pérez Hualde, Alejandro, “Reflexiones sobre renegociación de contratos administrativos”, en AA.VV., *Cuestiones de Contratos Administrativos*, RAP, Buenos Aires, 2007, p. 472.

⁸⁹ Ver arts. 1, 2 y 3 de la Ley 25.344.

⁹⁰ Véase art. 8 y 9 de la Ley 25.561.

⁹¹ Art. 17 de la Constitución Nacional.

⁹² Art. 16 de la Constitución Nacional.

interés público⁹³. Así, la necesidad de compensar los desequilibrios contractuales encuentra también su razón de ser en la circunstancia de que el contratista público se convierte, en la mayor parte de los contratos administrativos, en un colaborador de la actividad concreta que cumple la Administración, cuya finalidad superior tiende al bien común y está por sobre las previsiones contractuales⁹⁴.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho, en numerosos pronunciamientos, que “el equivalente económico, como derecho subjetivo surgido de la relación contractual administrativa, constituye una propiedad en el sentido constitucional del término”⁹⁵. Y, en este orden de ideas, la doctrina ha afirmado que el principio general que impera en las contrataciones públicas según el cual el cocontratante privado tiene derecho al “mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato”, en tanto éste integra su derecho de propiedad, se encuentra garantizado por el artículo 17 de la Constitución Nacional⁹⁶.

Se acepta, por lo tanto, de manera uniforme, y es además una realidad innegable, que el particular que celebra un contrato con la Administración Pública lo hace guiado por el propósito de obtener de esa relación contractual un beneficio económico, que resultará de la diferencia que exista entre el costo que para él significan las prestaciones y obligaciones que debe cumplir y el precio contractual que tiene derecho a percibir junto a los demás importes complementarios que le correspondan. El cocontratante particular, en ese sentido, actúa de la misma manera como lo haría en un contrato de derecho privado⁹⁷.

En Argentina, las manifestaciones y la caracterización general del desequilibrio financiero del contrato no se encuentran definidas por la legislación ni por la reglamentación contractual, sino que han sido desarrolladas por obra de la doctrina, la jurisprudencia, y la práctica contractual. No obstante ello, hay ciertas prescripciones normativas que resguardan el equilibrio financiero del contrato frente a las prerrogativas unilaterales que ejerce la Administración Pública, o incluso frente a supuestos ajenos a la voluntad de las partes.

En tal sentido, el Régimen General de Contrataciones prevé el derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo⁹⁸. Se trata de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, conocida también como teoría de la imprevisión, que tiende a compensar la excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes del contrato, provocada por un cambio imprevisible.

Asimismo, en Argentina también se reconoce el derecho de recomponer la ecuación alterada por el ejercicio de la prerrogativa de modificación unilateral del contrato. La jurisprudencia ha dicho al respecto que “si las modificaciones de la Administración rompen el equilibrio-financiero del contrato, el contratista debe ser indemnizado”⁹⁹. Este quizás sería el caso

⁹³ Conf. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-A, *ob. cit.*, p. 469 y ss.

⁹⁴ Véase Cassagne, Juan Carlos, “El equilibrio económico financiero del contrato administrativo”, en *REDA* N° 1, Buenos Aires, 1989, p. 32

⁹⁵ Fallos: 145:307; 158:268, entre otros.

⁹⁶ Berçaitz, Miguel A., *Teoría general de los contratos administrativos*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 409.

⁹⁷ Conf. Escola, Héctor, *Contratos Administrativos*, T° I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 452.

⁹⁸ Véase art. 13, inc. a), del Dec, 1023/01.

⁹⁹ *Cfr.* Suprema Corte de Santa Fe, in re “Transportes La Florida SRL y otros v. Municipalidad del Rosario”.

de las decisiones estatales que han intervenido directamente ciertos contratos de servicios públicos, como ser el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 311/2020, por el cual se prohibió a las empresas prestadoras de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente la suspensión o corte de sus servicios, o el caso de la Resolución de la Dirección de Vialidad Nacional N° 98/2020, y sus prórrogas, en virtud de la cual se suspendió el cobro de peajes de varios concesionarios de obras públicas que operan corredores y accesos viales.

Por su parte, la Ley de Obra Pública establece el derecho de recomposición frente a aumentos de costos o trabajos contratados, aunque excluye el reconocimiento en caso de reducción de los trabajos, salvo en casos de acopio o adquisición de materiales para dichas obras suprimida¹⁰⁰. La ley también dispone que el contratista tendrá derecho a que se fije un nuevo precio unitario si se modifica algún ítem (aumento o disminución) superior a un veinte por ciento. De allí que en el contrato de obra pública el procedimiento de redeterminación de precios es esencial para el mantenimiento de la ecuación de los contratos, y se aplica en todos los contratos de manera regular y constante. Este mecanismo, cuya última modalidad ha sido instaurada por el Decreto 691/2016, autoriza a los contratistas a reclamar la redeterminación de los precios de la obra pública cuando los costos reflejen una incidencia de aumento superior al cinco por ciento¹⁰¹.

También se reconoce la posibilidad de recomposición de un contrato administrativo cuyo equilibrio económico se ha visto alterado por normas o actos generales de la autoridad pública. En rigor, se trata de la aplicación irrestricta de la “Teoría del Hecho del Príncipe” –*factum principis*–, que posee base constitucional en los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional que consagran el derecho de igualdad y el de propiedad, respectivamente. Al respecto, se ha afirmado de manera contundente que “no existe duda de que mediando un hecho del príncipe, el cocontratante particular deber ser indemnizado de todos los perjuicios que se le hayan ocasionado al alterarse o vulnerarse la ejecución del contrato”¹⁰². La doctrina explica asimismo que para que proceda el reajuste del contrato afectado por esta alea administrativa, la medida debe ser general, provocar una excesiva onerosidad sobreviniente, ser imprevista, y debe existir una relación causal entre la medida adoptada por la Administración y el daño¹⁰³. Muchas de las medidas adoptadas por la Administración Pública en el marco de esta pandemia constituyen hechos del príncipe, como por ejemplo, la prohibición de circulación, el cierre de fronteras, el cierre de ciertos comercios, etc.

Es por todo ello que consideramos que el Estado debe orientar sus esfuerzos por tratar de recomponer los contratos afectados. Es más, es un deber del Estado hacerlo, siempre que el contratista lo acepte o lo solicite. A través de renegociaciones contractuales se acuerdan modificaciones de ciertas obligaciones para restablecer el equilibrio inicial de cada contrato. De esta forma se mantiene el empleo y la actividad que la ejecución de estos contratos genera, y hace posible el cumplimiento del fin de interés público de cada uno de los contratos estatales. Es importante destacar que el derecho de mantener la ecuación de los contratos

¹⁰⁰ Art. 30 de la ley 13.064.

¹⁰¹ Véase Aberastury, Pedro, “La redeterminación de precios en el contrato administrativo”, en AA.VV., *Tratado General de los Contratos Públicos*, Dir. Juan Carlos Cassagne, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 227. El Decreto 691/2016 disminuye el umbral de revisión que fijaba el anterior régimen de redeterminación de precios regulado en el Decreto 1295/2002, del 10% al 5%.

¹⁰² Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 458.

¹⁰³ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, 3 ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 107.

también puede ser invocado a favor de la Administración Pública. Sería aconsejable que el Congreso Nacional, que ha comenzado a sesionar, dictara una ley que regule el procedimiento de renegociación de los contratos y fije las pautas y principios a seguirse.

Al respecto es dable destacar que en la Provincia de Buenos Aires el Poder Ejecutivo ha dictado el Decreto 204/2020, de fecha 2/05/2020, por medio del cual se aprobó un “Procedimiento de Renegociación y Rescisión de Contratos de Bienes y Servicios del Sector Público”, que puede ser iniciado por la Provincia o por el contratista particular. Es interesante observar que en dicho régimen el contratista deberá acreditar el impacto producido por la emergencia mediante una explicitación circunstanciada y documentada de la afectación directa e inmediata que la emergencia económica pueda haber tenido sobre las obligaciones en curso de ejecución (estructura de costos y toda otra documentación que estime pertinente), que demuestre una afectación superior al diez por ciento de la ecuación económica financiera del contrato.

Por su parte, el Gobernador de la Provincia de Santa Fe dictó el Decreto N° 415/2020 por el cual se crea un Programa de Emisión de Títulos de Deuda para el Ejercicio 2020 con destino a la atención de renegociaciones de contratos públicos, y se faculta, asimismo, al Ministro de Economía a autorizar la emisión de cheques de pago diferido con destino a la atención de dichas renegociaciones¹⁰⁴. Los considerandos del decreto dan cuenta de una situación inédita que ha provocado la disminución abrupta de la recaudación provincial, tanto por la disminución de los recursos coparticipados como por la disminución de la recaudación de tributos provinciales, dinámica que es de prever se sostenga en el tiempo ante la continuidad de las medidas extraordinarias de emergencia pública sanitaria, lo que podría dar lugar incluso a la eventual invocación de fuerza mayor por parte de la esa Provincia.

En la Provincia de Mendoza, ya en fecha 19/03/2020 el Poder Ejecutivo había dictado el Decreto N° 401/2020 que habilita al Sector Público Nacional a renegociar los contratos públicos por medio de acuerdos entre las partes. El decreto fue luego ratificado por la legislatura provincial, el 2/05/2020, a través de un debate desarrollado por videoconferencia.

En España, por ejemplo, se ha dictado, el día 17 de marzo de 2020, el Decreto Real Decreto-ley 8/20 de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, cuyo artículo 34 contiene numerosas previsiones relativas a la suspensión de las obligaciones contractuales y distintas situaciones que pueden darse en la ejecución de los contratos. Merece destacarse el punto cuarto de dicho artículo, en tanto establece que en los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios, el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local, con el fin de combatir el impacto negativo del COVID-19, darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato, previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.

Se trata de una norma muy precisa y necesaria, que aclara que dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19.

¹⁰⁴ Ver arts. 1° y 6°, Decreto 415/2020.

En nuestra opinión, para llevar adelante un proceso de renegociación de los contratos públicos en el ámbito nacional, sería aconsejable crear órganos *ad-hoc* en cada ministerio y entidad autárquica, con funcionarios actuales, que se dediquen de manera exclusiva a la revisión de los contratos públicos, a los fines de proponer su readecuación, si la misma fuere posible. Esta función tendrá que ser absolutamente transparente –mediante la publicación de todos los avances del trámite de renegociación, el acceso irrestricto del expediente y la posibilidad concreta de participación de terceros interesados–, debiendo respetarse las garantías de igualdad y razonabilidad. Será necesario extremar las medidas de control público, tanto interno como externo, siendo importante la intervención directa de la Procuración del Tesoro de la Nación¹⁰⁵ y de la Sindicatura General de la Nación¹⁰⁶, y otorgándole un rol activo a la Auditoría General de la Nación¹⁰⁷.

¹⁰⁵ El Procurador del Tesoro de la Nación ejerce la función consultiva jurídica interna de la Administración Pública. En el ámbito nacional de nuestro país, la función consultiva fue ejercida primigeniamente por el Fiscal General, designado en 1862. Luego, en el año 1865 el Fiscal General fue sucedido por el Procurador del Tesoro de la Nación (creado por ley 74 del año 1863), máximo asesor jurídico del Estado, que a partir del año 1947 dirige, a esos fines, el actual Cuerpo de Abogados del Estado creado en la ley 12.954. Entre sus funciones, el Procurador del Tesoro de la Nación asesora jurídicamente al Poder Ejecutivo, Ministros, Secretarios, Subsecretarios y a las máximas autoridades de las entidades descentralizadas, (27 (28) Por su parte, el Cuerpo de Abogados del Estado que dirige está integrado por todos los servicios de asesoramiento jurídico del Estado Nacional y de sus entidades descentralizadas. Estos abogados dependen técnica y profesionalmente de la Procuración, pero orgánicamente mantienen su posición –y por ende su vinculación administrativa (jerárquica y funcional)– en la estructura de los organismos a los que asesoran. No obstante ello, se aconseja que sea la propia Procuración del Tesoro quien intervenga en estos trámites de recomposición contractual.

¹⁰⁶ La ley 24.156 creó la Sindicatura General de la Nación, como una entidad descentralizada, con personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, dependiente del Presidente de la Nación, que tiene la función de control interno de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependan del mismo. Al respecto, véase art. 102 de la Ley 24.156. Asimismo, el sistema de control diseñado en esa ley ha permitido la creación de Unidades de Auditoría Interna en todas las jurisdicciones y Entidades de la Administración Pública, que si bien dependen jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo, son coordinadas técnicamente por la Sindicatura. Es importante destacar que, aunque es interno, se trata de un control posterior a la actuación administrativa¹⁰⁶. A su vez, es dable precisar que la Sindicatura General de la Nación está a cargo de un funcionario denominado Síndico General de la Nación, designado por el Presidente de la Nación –del que depende directamente–, con rango de Secretario de la Presidencia de la Nación.

¹⁰⁷ Por medio de La Ley N° 24.156, en el año 1992 se creó la Auditoría General de la Nación, órgano de control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, de la Administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones de los respectivos contratos, que luego adquirió rango constitucional a partir de la reforma del año 1994 (art. 86 de la Constitución Nacional). Este órgano de control externo tiene personería jurídica propia, y depende del Congreso Federal. Entre sus facultades, puede requerir la colaboración de todas las entidades del sector público nacional y efectuar todas las auditorías financieras, de legalidad y de gestión que estime pertinentes. La Auditoría General de la Nación se conforma de siete miembros designados por las Cámaras de Senadores y de Diputados de la Nación cada uno como Auditor General, duran ocho años en su función, y pueden ser reelegidos. Sólo podrán ser removidos por el propio Congreso en caso de inconducta grave o manifiesto incumplimiento de sus deberes. Ciertamente, la Auditoría General de la Nación audita numerosos contratos administrativos en cada una de sus auditorías, y sería fundamental que participe activamente en un proceso de renegociación de los con-

Todo proceso de renegociación contractual debe realizarse de buena fe. Este es el principio cardinal que debe guiar una recomposición de los contratos públicos. Adviértase que el propio Código Civil y Comercial establece que en los contratos de larga duración la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos¹⁰⁸. Si existe esta regla para los contratos privados, más aún deberá aplicarse a la contratación administrativa.

tratos públicos. En el caso de los contratos de participación pública privada, la auditoría que efectúa este órgano es obligatoria pues así lo exige la Ley 27.328 en su art. 22.

¹⁰⁸ Ver art. 1011 del Código Civil y Comercial de la Nación.

RETOS DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 PARA EL ESTADO DE DERECHO, LA DEMOCRACIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Carlos Ayala Corao*

Abogado

Resumen: *Este artículo analiza los retos que la pandemia causada por el Covid-19 ha presentado para el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos. Los Estados han enfrentado jurídicamente esta pandemia, dictando estados de excepción o emergencia de diversos tipos, con medidas extraordinarias que incluyen el encerramiento domiciliario, el distanciamiento social y la cuarentena de las personas. Estas medidas restrictivas han afectado, entre otros, el ejercicio de derechos de reunión pública y las manifestaciones y la celebración de elecciones. Además, se ha visto afectado el funcionamiento normal de los controles de los poderes legislativo y judicial. Las medidas adoptadas además han puesto en evidencia, la necesidad de garantizar el igual acceso a la salud pública y de darle un trato diferenciado a determinados grupos vulnerables. En conclusión: todas las medidas extraordinarias para enfrentar la pandemia deben estar dentro de la Constitución y el Derecho internacional.*

Palabras Clave: *Pandemia, Covid-19, Estado de Derecho, democracia, derechos humanos, estados de excepción o estados de emergencia.*

Abstract: *This article analyses the challenges that the pandemic caused by Covid-19 has presented for the rule of law, democracy, and human rights. The States have faced this pandemic, issuing states of emergency of various kinds, with extraordinary measures that include stay-at-home, social distancing, and the quarantine of people. These restrictive measures have affected, among others, the exercise of rights of public assembly and demonstrations and the holding of elections. Furthermore, the normal functioning of the controls of the legislative and judicial powers has been affected. The measures adopted have also highlighted the need to guarantee equal access to public health and to give differential treatment to certain vulnerable groups. All the extraordinary measures to face the pandemic must be within the Constitution and international law.*

Key words: *Pandemic, Covid-19, rule of law, democracy, human rights, states of emergency.*

INTRODUCCIÓN

La humanidad está sufriendo la amenaza y los efectos concretos de una enfermedad infecciosa global producida por el Coronavirus (*COVID-19*), con graves consecuencias para la salud de las personas contagiadas, que en algunos casos, incluidos los de personas adultas mayores o de personas con ciertas condiciones preexistentes, puede causar la muerte. Es también conocido, que este virus es de fácil y rápida transmisión, lo cual llevó a que en fecha

* Profesor Titular y Jefe de la Cátedra de Derecho Constitucional (Universidad Católica Andrés Bello). Vicepresidente de la Comisión Internacional de Juristas. Profesor invitado en el Washington College of Law.

12 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud¹ (OMS) declarase una situación grave de “pandemia”, realizando conjuntamente con la Organización Panamericana de la Salud (OPS), una serie de recomendaciones a los Estados y a las personas, sobre las medidas para proteger la salud y prevenir su propagación².

La mayoría de los Estados del mundo han declarado estados de emergencia sanitaria o sus equivalentes (estados de alarma), adoptando medidas extraordinarias o de excepción, para enfrentar los peligros y la grave situación creada por la pandemia causada por el *COVID-19*. Estamos por primera vez en el mundo contemporáneo, ante una especie de “estado de emergencia mundial”. Esta situación representa un reto y en muchos casos, un peligro para el funcionamiento de las democracias, del Estado de Derecho y la garantía de los derechos humanos.

Las medidas extraordinarias que se adopten para enfrentar la pandemia causada por el *COVID-19*, deben estar dirigidas a utilizar los medios proporcionales para lograr el fin legítimo de garantizar los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de las personas; pero no para restringir sus derechos de manera innecesaria o desproporcionada; y mucho menos para dismantelar la Constitución, y restringir el Estado de Derecho y la democracia.

Conforme a los *Principios internacionales de Siracusa sobre estados de excepción*, la “salud pública” puede invocarse como motivo para limitar ciertos derechos, a fin de permitir a un Estado adoptar medidas para “hacer frene a una grave amenaza a la salud de la población o de alguno de sus miembros”. Pero en estos casos, las medidas deberán estar encaminadas específicamente a “impedir enfermedades o lesiones o a proporcionar cuidados a los enfermos y lesionados”, para lo cual, deberán tenerse debidamente en cuenta las normas sanitarias internacionales de la OMS³.

No se trata, por tanto, de un estado de excepción donde lo que está en peligro es la institucionalidad del Estado; sino la salud, la integridad física y hasta la vida de su población. Se trata de la protección de la población y no del Estado en sí mismo.

Por ello, la pandemia causada por el *COVID-19* debe ser enfrentada desde el Derecho democrático, si no queremos que este virus termine también con el Estado de Derecho, con la democracia y los derechos humanos. De allí que las medidas extraordinarias o excepcionales que se adopten deben estar todas dentro de la Constitución y el Derecho internacional, pero fuera de ellos nada.

En tiempos de emergencias y de medidas extraordinarias, en cuando más se necesita el funcionamiento de las instituciones de control y protección, tanto nacionales como internacionales, para proteger los derechos de las personas y controlar los excesos del poder. Por ello los congresos y parlamentos, así como la justicia, no pueden ponerse en cuarentena, porque así entrarían en cuarentena la Constitución, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos.

¹ Ver, Documentos Técnicos, disponibles en: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>.

² Ver, Documentos Técnicos, disponibles en: <https://www.paho.org/es/documentos-tecnicos-ops-enfermedad-por-coronavirus-covid-19>

³ “Principios de Siracusa Sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos”, Naciones Unidas/Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos 41° Período de sesiones, 1984, disponible en: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/principios-de-siracusa-1.pdf> y “Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights”, International Commission of Jurists (ICJ), disponible en: <https://www.icj.org/siracusa-principles-on-the-limitation-and-derogation-provisions-in-the-international-covenant-on-civil-and-political-rights/>.

Los estados de excepción o de emergencia no deben afectar el funcionamiento de los poderes públicos. De allí la importancia fundamental de garantizar el funcionamiento activo del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, bajo la situación extraordinaria de la pandemia causada por el *COVID-19*, para que los actos extraordinarios que tengan que ser dictados por el Gobierno, puedan ser controlados por los poderes legislativos, y por los tribunales, especialmente los de jurisdicción constitucional. Pero además, es fundamental que esas medidas extraordinarias se sujeten al Derecho internacional y puedan ser sometidas a sus controles, para así garantizar los derechos de todas las personas.

El respeto, la garantía y protección de los derechos humanos como la salud, la integridad personal y la vida son una responsabilidad constitucional e internacional de los Estados, los cuales tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para la prevención y el tratamiento de las personas. Pero cuando las medidas ordinarias para hacer frente a una situación excepcional, como la pandemia causada por el *COVID-19*, son insuficientes y la gravedad de la situación se ve desbordada, los Estados se ven en la necesidad de adoptar medidas extraordinarias para salvaguardar los fines legítimos de la salud pública y la vida de la población. No obstante, las medidas que los Estados están autorizados a adoptar no son ilimitadas ni arbitrarias, ya que deben sujetarse a la Constitución y al Derecho internacional.

Conforme a los estándares constitucionales e internacionales, esas medidas excepcionales deben ser: *necesarias, graduales, temporales, idóneas y proporcionales* a la situación extraordinaria planteada. Ello implica en el caso de la pandemia causada por el *COVID-19*, que las medidas extraordinarias o excepcionales que adopte el Estado, deben ser las *necesarias y adecuadas*, tanto médica como técnicamente, para lograr el fin de prevenir la propagación del virus y hacer posible el tratamiento de las personas afectadas. La *gradualidad* también es esencial en ambos sentidos: incremental, de menor a mayor intensidad frente a la gravedad de la situación excepcional; y decreciente, de mayor a menor intensidad de la gravedad de la situación excepcional. La *temporalidad* de las medidas excepcionales es otro elemento esencial, ya que su duración está estrictamente limitada a las exigencias de la situación; por lo cual, depende directamente de la existencia objetiva de la situación excepcional causada por la pandemia. Finalmente, esas medidas excepcionales o extraordinarias a adoptar por los Estados deben estar contenidas y expresadas en actos jurídicos formales, debidamente motivados, publicados oficialmente y divulgados adecuadamente. Ello es fundamental, a fin de que dichas medidas sean del conocimiento previo de la población; darles fundamento y certeza a las actuaciones del Estado; y poder controlar su conformidad técnica y jurídica.

Si observamos el contenido y alcance de las medidas extraordinarias adoptadas durante la emergencia sanitaria decretada por la pandemia causada por el *COVID-19*, podemos constatar que aunque en muchos casos no se mencione expresamente, se están limitando o restringiendo de manera excepcional, una serie de derechos como la libre circulación, reunión pública, manifestación y protesta, participación, elegir, acceso a la justicia, esparcimiento, trabajo, propiedad y libertad económica, entre otros. Por ello es importante, que las medidas extraordinarias se adopten dentro de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos; y que al mismo tiempo se sometan a sus controles.

I. LA SUSPENSIÓN DE REUNIONES PÚBLICAS Y MANIFESTACIONES PRESENCIALES

En apenas pocos meses que tenemos de encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, en la mayoría de las ciudades del mundo hemos experimentado la ausencia ciudadana de los espacios públicos como plazas, calles y parques. Nos han encerrado en nuestros hogares y hemos dejado de ser *cives* (ciudadanos).

De hecho o de Derecho, han sido suspendidos esos derechos civiles y políticos fundamentales para la democracia, como son los de reunión pública, manifestación y participación.

La prohibición de reunirse públicamente o circular públicamente en grupos de personas (incluso de más de 2 personas), también ha afectado el ejercicio de otros derechos humanos, como la libertad de cultos y la libertad religiosa. Los creyentes no pueden asistir a los lugares de culto, ni celebrar en presencia física las distintas ceremonias religiosas. Durante el mes de abril de 2020, esto afectó particularmente a las comunidades judías para la celebración de la Pascua; y a las comunidades cristianas para las celebraciones de la Semana Santa. Ceremonias religiosas, procesiones, misas y otras actividades públicas de culto o incluso familiares, tuvieron que ser suspendidas para evitar el peligro de la transmisión del Covid-19.

Aun no sabemos todos los efectos que la suspensión de los derechos de reunión pública, manifestación y participación política en el ámbito ciudadano, van a tener para la democracia. Afortunadamente, el mundo contemporáneo ofrece otros medios alternativos de expresión y de manifestación, además de la televisión, la radio y la prensa escrita, como son los del mundo digital (virtual o del internet), que ofrecen herramientas como Facebook, Instagram, Twiter, Whatsaap, Facetime, Zoom, GoToMeeting y tantos otros.

Sin embargo, existen buenas prácticas que pueden ser citadas como ejemplos de interpretación constitucional razonable y limitada, de las restricciones impuestas por las autoridades durante la pandemia y, que evidencian la importancia del funcionamiento de los tribunales durante esta emergencia sanitaria. En Alemania, el Tribunal Constitucional (TC) falló en contra de una decisión del tribunal administrativo de Giessen y la Corte de Hesse, que validaron la prohibición de la convocatoria de una serie de protestas sobre la restricción de derechos, durante el mes de abril de 2020. En su sentencia, el TC señaló que esos tribunales “asumieron erróneamente que la ordenanza del estado de Hesse para combatir el coronavirus contiene una prohibición general de concentración de más de dos personas, que no pertenezcan al mismo hogar”, ya que una prohibición general y absoluta del derecho de reunión, “viola el derecho de reunión” protegido por la Constitución alemana. Por lo cual, el TC si bien no autorizó directamente las manifestaciones públicas bajo la pandemia, instó a las autoridades y a los tribunales inferiores, a analizarlas motivadamente caso por caso⁴.

No obstante, a pesar de algunas excepciones, la regla ha sido la ausencia de reuniones públicas y manifestaciones ciudadanas en las ciudades del mundo durante la pandemia, debido a las restricciones impuestas. Es indudable que hay importantes diferencias entre la presencia física y la presencia virtual en la participación, la movilización, el agrupamiento, la expresión y la reacción. Las reuniones y las manifestaciones ciudadanas únicamente a través de los medios digitales no tienen hasta ahora, la misma dinámica social e incidencia política que las realizadas presencialmente en espacios públicos.

⁴ El caso se originó en el anuncio de un grupo de personas, de la convocatoria a una protesta bajo el lema “Fortalecer la salud en lugar de debilitar los derechos fundamentales. Protección contra los virus, no contra las personas”, en la que participarían unas treinta personas que se habían organizado para mantener la distancia de seguridad exigida por la ordenanza del coronavirus (con marcas en el suelo que indicarían la posición de los participantes). “*TC Federal alemán defiende derecho de manifestación, también en tiempos de pandemia*”, 20 de abril de 2020, Diario Constitucional.cl, disponible en: https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/actualidad-internacional/2020/04/20/tc-federal-aleman-defiende-derecho-de-manifestacion-tambien-en-tiempos-de-pandemia/?fbclid=IwAR3gGW0fxt4XOUmzA4mj9U_jXkUTurCUSGU3_9CbYL6-T5Lnz9HEWii099U&utm_source=General+2&utm_campaign=75e49702af-EMAIL_CAMPAIGN_2020_04_22_10_52&utm_medium=email&utm_term=0_b01d5feada-75e49702af-127874481

Lo ideal sería poder contar con ambos tipos de presencias, tanto la física como la digital, pero el hecho es que la pandemia y el distanciamiento social nos ha reducido a la segunda.

Puede ser que estas nuevas experiencias a raíz de la pandemia del *COVID-19*, nos muevan hacia el desarrollo de una democracia de participación digital mucho más robusta, donde los ciudadanos puedan participar efectivamente en consultas y decisiones públicas; y que los gobernantes actúen responsivamente en consecuencia. Pero, por ahora, es indudable que esa reducción y hasta suspensión temporal de los espacios de participación ciudadana con presencia física, ha causado un vacío en la dinámica de nuestras democracias, de lo cual debemos reponernos prontamente.

1. *La suspensión y posposición de Elecciones*

La pandemia causada por el *COVID-19*, sumada a las normas sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, ha afectado uno de los elementos esenciales de las democracias, como es la celebración de elecciones y consultas populares. Ciertamente no se trata de una suspensión indefinida de estas elecciones, pero en muchos casos han sido diferidas y en los casos en que se han realizado, se han hecho con algunos métodos distintos o complementarios a la presencia física del elector.

En casos extremos cabe la pregunta, de si ¿una autoridad electa deviene en ilegítima por el hecho de no haberse podido celebrar elecciones y haberse vencido el periodo de su mandato? Si las elecciones no se realizaron por motivos fútiles, de cálculo político y sin una justificación insuperable, estamos ante una medida arbitraria, contraria a la democracia, a la constitución, a las leyes y a las obligaciones internacionales del Estado, que ilegítima a esa autoridad. Pero si por causas objetivas extremas y debidamente justificadas, equivalentes a la fuerza mayor en Derecho, se hace imposible celebrar las elecciones en la oportunidad en que estaban originalmente previstas, estas deben celebrarse en la mayor brevedad en que sea posible hacerlas debidamente y con todas las garantías esenciales. En este último caso, no podría causarse un vacío por ausencia de la autoridad, por lo que la autoridad podrá permanecer sólo temporal e interinamente en el ejercicio de las funciones públicas (idealmente con la aprobación parlamentaria o de la jurisdicción constitucional), para ser sustituida por la persona que resulte electa en las elecciones que deban celebrarse a la mayor brevedad posible. Se trata de una especie contradictoria pero real de inconstitucionalidad constitucional, que ciertamente no es ni ideal ni deseable.

Conforme al informe de IDEA sobre el *Panorama global del impacto del COVID-19 en las elecciones entre el 1 de marzo hasta el 13 de abril 2020*⁵, al menos cincuenta (50) países y territorios en todo el mundo habían decidido debido al *COVID-19*, **posponer las elecciones** nacionales y sub-nacionales. Y a pesar de las limitaciones y preocupaciones relacionadas con *COVID-19*, al menos dieciocho (18) países y territorios, habían decidido celebrar elecciones nacionales o sub-nacionales conforme a lo planeado originalmente. Conforme a dicho informe, entre los ejemplos de elecciones y referéndums que tuvieron lugar en abril de 2020 se incluyen: las elecciones municipales de segunda vuelta en Ginebra, Suiza (4 de abril de 2020), pero **sólo por votación postal**; las elecciones primarias demócratas en el estado de Wisconsin, Estados Unidos de América (7 de abril de 2020), que luego de una batalla judi-

⁵ **Panorama global del impacto del COVID-19 en las elecciones**, IDEA, published: 23/03/2020, IDEA, disponible en: <https://www.idea.int/es/news-media/multimedia-reports/panorama-global-del-impacto-del-covid-19-en-las-elecciones>

cial que llegó a la Corte Suprema de Justicia en medio de la pandemia⁶, **incluyeron el voto postal** (absentee ballot) hasta ese mismo día; las elecciones parlamentarias en Kiribati (14 de abril de 2020); las elecciones parlamentarias en Corea del Sur (15 de abril de 2020); las elecciones parlamentarias, segunda vuelta de votación en Mali (19 de abril de 2020). Para muchas de las elecciones anteriores, se introdujeron medidas especiales de salud y seguridad, a excepción de Kiribati, donde a pesar de las advertencias de seguridad, la votación se llevó a cabo normalmente dado que no había casos *COVID-19* reportados en ese país.

Ciertamente la suspensión de las elecciones plantea un dilema y unos retos para la preservación y fortalecimiento de la democracia. No obstante, su celebración en medio de la pandemia, como si nada estuviera pasando, representa un riesgo real para la salud –y hasta la vida– de los ciudadanos que concurrirían a votar. Además, este riesgo para la salud de los electores concurrentes sería una razón para que muchos electores se abstuvieran de concurrir. De allí que, su convocatoria sin medidas correctivas efectivas o alternativas sería un acto irresponsable para los electores y un atentado para la democracia misma. Por ello, la postposición de unas elecciones para que estén dadas las condiciones necesarias para su celebración efectiva, segura y participativa, puede ser en algunos casos, la mejor respuesta. Pero ello también obliga a convocar a las elecciones programadas, aún bajo la pandemia, siempre y cuando los mecanismos alternativos escogidos y las medidas de seguridad y salud impuestas, garanticen la integridad del voto y la libre concurrencia de los electores.

Esa realidad de postposición de elecciones en virtud de pandemia causada por el *COVID-19*, sumada a las normas sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, obliga a replantearnos el mecanismo principal –y en muchos casos el único– de votación con la presencia física del elector en un día, en el centro de votación. Esta votación tradicional, en los casos en que sea viable, debe llevarse a cabo bajo medidas especiales de salud y seguridad, que incluyan el distanciamiento social. Pero, además, para garantizar su debida implementación, podría pensarse en que el acto de votación no se realice en un solo día sino en varios días, de manera que se pueda organizar mejor la concurrencia y participación de los electores, por ejemplo, por grupos diferenciados. Ello supondría también, que el escrutinio fuese realizado al final, cuando haya cerrado el acto de votación.

Las alternativas al voto con la presencia física del elector en el centro de votación, como son el voto postal o el voto por mecanismos digitales, deben en todo caso, garantizar no solo su eficacia, sino que el voto sea secreto; y que las autoridades electorales sean confiables, independientes e imparciales.

De allí que la pandemia causada por el *COVID-19* haya supuesto a las democracias nuevos retos y alternativas para celebrar sus elecciones, para que en lugar de tener que simplemente posponerlas sin saber con certeza cuándo se podrán realizar, se planteen nuevos mecanismos de votación con las garantías necesarias y bajo los estándares internacionales.

3. *El funcionamiento de los parlamentos y congresos*

La pandemia causada por el *COVID-19* ha afectado el funcionamiento normal de los órganos legislativos alrededor del mundo. Las medidas de aislamiento social para prevenir el contagio de este virus, –y las medidas de reclusión domiciliaria–, han dificultado, y en algunos casos impedido, el funcionamiento normal de los órganos legislativos.

⁶ Supreme Court of the United States: *Republican National Committee, et al. V. Democratic National Committee, et al.*, April 6, 2020, disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1016_o759.pdf

Los órganos legislativos: congresos, parlamentos y asambleas, tanto nacionales como estatales (provinciales) y locales, son centrales para el ejercicio de la participación, la representación, la deliberación, la legislación, el control y la investigación parlamentaria. Los órganos legislativos son órganos constitucionales fundamentales para la existencia y garantía del Estado de Derecho y la democracia. En tiempos de emergencia o estados de excepción, se requiere la actuación robusta de los órganos legislativos para controlar las actuaciones del poder ejecutivo; y para adoptar las leyes, autorizaciones y aprobaciones necesarias. Para su funcionamiento, los órganos legislativos tienen reglas tradicionales de quórum y votación con la presencia física de sus integrantes, que son inviables para su funcionamiento normal, como es requerido, en tiempos de pandemias.

Algunos congresos y parlamentos habían adoptado con anterioridad, reglas para disminuir el quórum necesario para sesionar válidamente, a fin de facilitar su funcionamiento en tiempos excepcionales. Tal fue el caso de las reglas adoptadas por el Congreso de los Estados Unidos de América después de los ataques terroristas de 11 de abril de 2001⁷. Otros congresos y parlamentos en Europa habían adoptados reglas similares, incluso para la aprobación tácita de mociones y actos, en caso de que no se opongán algunos de sus integrantes y pidan una votación expresa. Otros, como la Asamblea Nacional de Venezuela, había modificado su reglamento en el año 2020, para permitir la participación y el voto por vía telemática, de aquellos diputados que no pudieran estar presentes por causas extraordinarias debidamente justificadas (exilio, detención arbitraria, etc.)⁸.

Pero aun con las reglas parlamentarias sobre quórum y votación, flexibles o especiales, el funcionamiento de muchos órganos legislativos se ha visto afectado durante la pandemia causada por el *COVID-19*. Frente a este déficit de funcionamiento parlamentario, algunos órganos legislativos han comenzado a plantearse y otros incluso han puesto en práctica, nuevos mecanismos de funcionamiento parcialmente no presenciales o de no presencia física en su sede. Así, por ejemplo, el Parlamento Británico ha aprobado y ya ha incluso realizado sus primeras sesiones por vía telemática, con programas como Zoom⁹. En la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos de América, el partido demócrata ha planteado la adopción de la votación de los miembros no presentes mediante poder (“proxy”)¹⁰.

⁷ “Less than 1/4 of the 115th Congress was present for the AUMF”, July 15, 2017, Quorum, disponible en: <https://www.quorum.us/data-driven-insights/congress-present-for-AUMF/95/>

⁸ “Diputados en el exterior podrán votar de manera electrónica”, 5 de enero de 2020, El Nacional, disponible en: <https://www.elnacional.com/venezuela/diputados-en-el-exterior-podran-votar-de-manera-electronica/>; y “La Asamblea Nacional (parlamento unicameral), de mayoría opositora, aprobó la modificación de su reglamento de Interior y de Debates, que permitirá el voto de forma virtual de los diputados que se encuentran en el exilio”, 17-12-2019, Sputniknews, disponible en: <https://mundo.sputniknews.com/america-latina/201912171089672702-parlamento-venezolano-aprueba-reglamento-que-permite-voto-virtual-de-diputados-en-exterior/>

⁹ “House of Commons agrees to allow Zoom app in Parliament, British MPs will still have to dress smartly” by Matthew Hughes 21 Apr 2020, The Register, disponible en: https://www.theregister.co.uk/2020/04/21/uk_commons_agrees_to_allow_zoom/; y “U.K.’s Zoom Parliament launches with a few glitches but shows virtual democracy may work for a while”, by William Booth, April 22, 2020, The Washington Post, disponible en: https://www.washingtonpost.com/world/europe/uk-zoom-parliament/2020/04/22/d3a38682-8496-11ea-81a3-9690c9881111_story.html

¹⁰ “House pushes toward historic change in voting procedures as pandemic sidelines Congress” by Paul Kane, April 21, 2020, The Washington Post, disponible en: https://www.washingtonpost.com/politics/house-pushes-toward-historic-change-in-voting-procedures-as-pandemic-sidelines-congress/2020/04/21/d2a0cab-83ea-11ea-ae26-989cfce1c7c7_story.html; “House Democrats Back Changing Rules to Allow Remote Voting During Pandemic” by Sheryl Gay Stolberg, April

A nivel provincial en Argentina, la Cámara Alta de la provincia de Santa Fe, modificó su reglamento, invocando el principio constitucional de "razonabilidad", para poder realizar sesiones de manera remota y así poder continuar con su actividad legislativa durante la pandemia¹¹. Un caso curioso y debatido se presentó en la misma Argentina a nivel nacional, donde el Senado presentó el 14 de abril de 2020 una acción judicial ante la Corte Suprema de Justicia solicitándole, que el “marco excepcionalísimo del actual estado de emergencia desencadenado por la pandemia”, “despeje el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos”¹². En este último caso, el debate se centró, por un lado, en justificar la acción judicial para asegurar la certeza y la seguridad jurídica de la actuación parlamentaria; y, por otro lado, en cuestionar la acción judicial presentada, por ser inadmisibile al tratarse de una consulta y no una controversia, y por ser contraria a la independencia del órgano legislativo para decidir la forma de sesionar.

En todo caso, debemos subrayar, que en tiempos de emergencias y de medidas extraordinarias por las pandemias, es cuando más se necesita el funcionamiento robusto de los órganos legislativos, para ejercer activamente sus funciones esenciales de legislar y controlar los posibles excesos del poder ejecutivo. De lo contrario, si las legislaturas se ponen en cuarentena, entonces la Constitución, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos entran en cuarentena.

En fin, la pandemia causada por el *COVID-19* ha afectado el funcionamiento normal de los órganos legislativos, lo cual ha planteado el reto de repensar sus mecanismos tradicionales de funcionamiento parlamentario, para introducir métodos complementarios y alternativos, a fin de que sea posible la continuidad de dichos órganos esenciales para la democracia y el Estado de Derecho, especialmente durante los estados de excepción.

4. *El funcionamiento de los tribunales de justicia*

La pandemia causada por el *COVID-19*, sumada a las normas sobre encerramiento domiciliario, cuarentena y distanciamiento social, ha afectado también el funcionamiento de la administración de justicia, y concretamente a los tribunales de justicia. Debido a las restricciones excepcionales impuestas, las personas en general y los propios abogados en muchos asuntos, no han podido concurrir libremente a los tribunales para presentar sus demandas, escritos y demás diligencias. Además, los propios tribunales se han autoimpuesto restricciones a su funcionamiento normal; e incluso algunos han prácticamente suspendido sus actividades.

En el mundo del Derecho, ello plantea una serie de consecuencias jurídicas como el vencimiento de plazos procesales, la prescripción o caducidad de acciones judiciales, los daños causados por el tiempo transcurrido (como los intereses), las dificultades de acceso a

16, 202, The New York Times, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/04/16/us/politics/house-coronavirus-remote-voting.html>; y “House Democrats push proxy voting over Republican pushback” by Sarah Ferris, Melanie Zanona and Heather Caygle, 04/21/2020, Politico, disponible en: <https://www.politico.com/news/2020/04/21/democrats-push-proxy-voting-198912>

¹¹ “Telesesiones: una iniciativa positiva del Senado santafesino” por Francisco Javier Fune, 16/04/20, LaPolíticaOnline, disponible en: <https://www.lapoliticaonline.com/nota/telesesiones-una-iniciativa-positiva-del-senado-santafesino/>

¹² “Cristina Kirchner presiona a la Corte Suprema para que el Senado pueda sesionar por videoconferencia”, 22 de abril de 2020, Infobae, disponible en: <https://www.infobae.com/politica/2020/04/22/cristina-kirchner-presiona-a-la-corte-suprema-para-que-el-senado-pueda-sesionar-por-videoconferencia/>

pruebas, etc. Además, la pandemia causada por el *COVID-19* y las medidas extraordinarias adoptadas por los Estados, también plantea en el mundo del Derecho (caso por caso y conforme a sus circunstancias), el incumplimiento contractual y extracontractual por causas extrañas no imputables, como puede ser la fuerza mayor. De allí la importancia de que las normativas extraordinarias dictadas por los Estados también resuelvan estas situaciones del mundo jurídico en aras de la certeza y la seguridad jurídica. Las normativas sobre la emergencia sanitaria dictadas por algunos Estados han abordado algunos de estos problemas, suspendiendo los plazos procesales y de los procedimientos administrativos y tributarios, y ciertas actuaciones judiciales, excepto para casos de emergencia o en todo caso en beneficio de los derechos de las personas. Pero en muchos casos, la medicina no ha curado la enfermedad, y las medidas correctivas adoptadas, en la práctica no han resuelto el problema del acceso a una justicia y las decisiones en plazo razonable.

Cierto es que el riesgo de la transmisión del virus por el contacto entre los abogados, el personal de los tribunales y los propios jueces, han llevado a adoptar medidas de funcionamiento limitado a los tribunales de justicia, como la suspensión de plazos y procedimientos, horarios limitados, cierre de acceso del público a las sedes judiciales, suspensión de sentencias, etc.

Esta medida ha impactado incluso a los tribunales internacionales. Así por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) seguramente en virtud de los obstáculos que presenta la pandemia para las víctimas y en beneficio de ellas ha decidido suspender los plazos procesales, excepto en los asuntos de inmediata gravedad y urgencia como son las medidas provisionales. En este sentido, la Corte IDH mediante el Acuerdo 1/20 de 17 de marzo de 2020, dispuso “suspender el cómputo de todos los plazos: por la emergencia en la salud causada por el *COVID-19*, a partir del día 17 de marzo y hasta el día 21 de abril inclusive, con excepción de los plazos que se relacionen con *medidas provisionales*. Esta suspensión de plazos fue ampliada el 16 de abril de 2020, mediante el Acuerdo 2/20, hasta el día 20 de mayo inclusive¹³. Otros altos tribunales alrededor del mundo han hecho también sus esfuerzos por al menos despachar las decisiones y asuntos urgentes que se les han planteado o que tenían pendientes de decisión. La Corte Europea de Derechos Humanos, teniendo en cuenta las dificultades enfrentadas por las partes durante la crisis del *COVID-19*, ha extendido ciertos lapsos procesales; y para proteger a su personal del contagio y transmisión del coronavirus, ha acordado la reducción al mínimo de la presencia física de su personal en la sede. Así mismo, esta Corte ha advertido que ciertas tareas que no puedan ser ejecutadas remotamente y que no sean críticamente urgente, tendrán que ser diferidas durante la temporada de confinamiento ya que, de lo contrario, se necesitaría incrementar la presencia física¹⁴.

En general, la pandemia causada por el *COVID-19* ha afectado el funcionamiento de los tribunales alrededor del mundo. La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) realizó un breve estudio de las medidas especiales adoptadas en varios países en virtud de la pandemia del *COVID-19*, que afectan el funcionamiento de los tribunales en materias como el debido proceso y el derecho a un juicio justo.

¹³ Corte IDH. Acuerdos de Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/acuerdo_de_corte.cfm?acuerdo=5&lang=es

¹⁴ European Court of Human Rights, “The functioning of the Court during the period of confinement”, press release issued by the Registrar of the Court, CHR 111 (2020) 15.04.2020, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6677746-8882977>

Conforme a dicho estudio, en muchos casos, los tribunales han suspendido, en general, sus actividades y procedimientos, excepto en aquellos asuntos que sean considerados como “urgentes”. Ello plantea a su vez, el problema definir cuáles asuntos y medidas son “urgentes” y cuáles no lo son, a fin de evitar interpretaciones arbitrarias¹⁵.

En Venezuela, donde el poder judicial carece de independencia e imparcialidad conforme a todos los informes de Naciones Unidas y de la OEA, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) desde 13 de marzo de 2020 dispuso, como principio, que ningún tribunal del país tenga actividad judicial (“despache”), por ahora hasta el 13 de mayo de 2020. El TSJ ha resuelto que durante el referido período permanecerán en suspenso todas las causas y no correrán los lapsos procesales, lo cual –según lo resuelto– no impediría que se practiquen las actuaciones urgentes para el aseguramiento de los derechos de alguna de las partes. Los tribunales en materia penal únicamente tendrán actividad para los asuntos urgentes. Y aunque en materia de amparo constitucional, los tribunales se considerarán habilitados y obligados a tramitar y decidir las causas, no se indica con precisión cuáles tribunales quedan encargados de ello. En el resto de los demás tribunales, los jueces rectores y tribunales nacionales, deberían adoptar medidas conducentes para garantizar el acceso a la justicia. Respecto al funcionamiento del TSJ, la resolución dispone que sólo las Salas Constitucional y Electoral del TSJ permanecerán de guardia durante el estado de contingencia, no así las demás salas de dicho Tribunal (Salas de Casación Civil, Casación Penal y Social)¹⁶. Hasta la fecha los tribunales del país siguen paralizados, sin que se conozca de medidas se hayan adoptado para que no sea suspendido el servicio público de administración de justicia¹⁷.

Es importante resaltar de nuevo, que en tiempos de emergencias y de medidas extraordinarias, es cuando más se necesita el funcionamiento de los tribunales, independientes e imparciales, para proteger los derechos de las personas y controlar los excesos del poder. La justicia no se puede poner en cuarentena, porque entonces la Constitución, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos también entran en cuarentena.

El reto consiste entonces, en adaptar el funcionamiento de los tribunales en tiempos extraordinarios de pandemia, para poder seguir cumpliendo con su función de resolver las controversias.

Pero los tribunales –junto con los poderes legislativos– han tenido hasta ahora, una tradición formalista y hasta litúrgica en sus métodos de trabajo. En general, poco han cambiado los métodos de trabajo que han tenido desde hace siglos. Precisamente ese reto es el que ha planteado la pandemia causada por el *COVID-19*.

Los tribunales alrededor del mundo afortunadamente comienzan a despertar para reinventarse. Comienzan a descubrir que también pueden funcionar por nuevos métodos y que es necesario replantearse lo antes posible su puesta en práctica.

¹⁵ “The Courts and COVID-19”, 6 April 2020, International Commission of Jurists, disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2020/04/Universal-ICJ-courts-covid-Advocacy-Analysis-brief-2020-ENG.pdf>

¹⁶ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, Resolución N° 002-2020, mediante la cual se prorroga por 30 días el plazo establecido en la Resolución N° 001-2020, de fecha 13 de marzo de 2020, disponible en: www.tsj.gob.ve

¹⁷ Para un análisis crítico de estas resoluciones del TSJ sobre la justicia en Venezuela, ver, “Deficiente respuesta del TSJ en Venezuela frente al Covid-19”, *Acceso a la Justicia* (El Observatorio Venezolano de la Justicia), disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/la-deficiente-respuesta-del-tsj-frente-a-la-covid-19/>

Algunos ejemplos nos muestran este desarrollo progresivo hacia nuevos métodos de trabajo en los tribunales, que les permitan seguir funcionando durante situaciones extraordinarias como esta pandemia.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América, ha anunciado que el edificio de su sede, no obstante que permanece cerrado al público en general, permanecerá abierto para los asuntos oficiales, aunque la mayoría de su personal estará bajo la modalidad de teletrabajo. La Corte continuó aprobando y publicando sus fallos durante la pandemia. Y aunque la Corte primero había anunciado que, debido a la *COVID-19*, las audiencias de argumentos orales previstas para el mes de marzo habían quedado pospuestas; posteriormente, el 13 de abril de 2020 anunció la realización en el mes de mayo, por vía de “teleconferencia”, de un número limitado de las audiencias diferidas. En este sentido, la Corte anunció que en seguimiento de las directrices sobre salud pública en respuesta a la *COVID-19*, los jueces y los abogados participarán en esas audiencias por esa vía remota¹⁸. La Corte Suprema decidió curiosamente escoger la vía de la “teleconferencia” y no la de video teleconferencia, quizá debido a la vieja preocupación de sus jueces, por las posibles distorsiones o las presiones que pudieran causarse si las audiencias fuesen televisadas¹⁹.

Otro ejemplo, a nivel de estados, lo podemos ver en la Corte Suprema de Florida en USA, la cual, al igual que la Corte Suprema federal, al día siguiente anunció, que, en seguimiento de las normas sobre distanciamiento social por la pandemia, realizaría a partir del mes de mayo de 2020, las audiencias de argumentos orales diferidas, por vía de “video teleconferencia”²⁰. En el estado de Florida la mayoría de los tribunales estatales han estado funcionando a través de tecnología remota, el presidente de ese Alto Tribunal anunció el 21 de abril de 2020 una orden administrativa, por medio de la cual creó un grupo de trabajo, para recomendar el retorno progresivo al funcionamiento completo de los tribunales a medida que el curso de la pandemia del *COVID-19* vaya cambiando en los próximos meses. La orden del presidente de la Corte Suprema de Justicia de Florida identifica cuatro etapas de operación de los tribunales durante la pandemia: (i) la etapa cuando el contacto personal es excepcional; (ii) la etapa cuando el contacto personal puede ser autorizado con ciertas precauciones; (iii) la etapa cuando el contacto personal puede ser autorizado más ampliamente y las precauciones pueden ser relajadas; y (iv) la etapa cuando el Coronavirus no represente más un riesgo significativo²¹.

Esos son algunos ejemplos, de cómo los tribunales del mundo fueron impactados por la pandemia del *COVID-19* y de cómo su funcionamiento normal, como venía haciéndose, no fue posible por los métodos tradicionales de trabajo, es decir, de manera presencial física en la sede de los tribunales. Pero debido al rol fundamental de los tribunales en un Estado de

¹⁸ Supreme Court of the United States, Press Releases, April 13, 2020, disponible en: https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/pressreleases/pr_04-13-20

¹⁹ “Finding Real Life in Teaching Law Online”, by Jeannie Suk Gersen, April 23, 2020, The New Yorker, disponible en: <https://www.newyorker.com/culture/personal-history/finding-real-life-in-teaching-law-online>

²⁰ Ver comentarios en “Florida supreme court news, april 14”, Florida Supreme Court, disponible en: <https://www.floridasupremecourt.org/News-Media/Case-Summaries-Schedule/May-2020-Summaries>; y “Court to hold may oral arguments using remote teleconferencing”, The Florida Bar, en: <https://www.floridabar.org/the-florida-bar-news/court-to-hold-may-oral-arguments-using-remote-teleconferencing/>

²¹ “Florida’s Chief Justice creates Court Continuity Workgroup for COVID pandemic”, Florida Supreme Court, disponible en: <https://www.floridasupremecourt.org/News-Media/Court-News/Florida-s-Chief-Justice-creates-Court-Continuity-Workgroup-for-COVID-pandemic>

Derecho, especialmente en momentos críticos como las situaciones de emergencia como las pandemias, los tribunales deben reinventarse, para permitir, que, con respeto a las medidas de distanciamiento social y aislamiento, puedan seguir cumpliendo sus funciones de manera continuada e ininterrumpida.

5. *Los estados de emergencia o excepción de facto*

Aún las democracias constitucionales más consolidadas del mundo que han dictado medidas extraordinarias para enfrentar la pandemia causada por el *COVID-19*, deben supervisar y controlar que las autoridades encargadas de su ejecución no incurran en excesos; y en su caso, se adopten los correctivos necesarios.

Pero no hay que perder de vista las medidas adoptadas por varios regímenes autoritarios, cuyos estados de excepción formal o informalmente dictados, violan abiertamente los principios del constitucionalismo democrático y los estándares internacionales, convirtiéndolos en verdaderos estados de excepción *de facto*. Se trata en estos casos, de estados de emergencia o excepción fuera de las constituciones y del Derecho internacional.

Esta situación se ha puesto en evidencia especialmente en regímenes autoritarios, donde para enfrentar la situación excepcional creada en virtud de la pandemia causada por el *COVID-19*, los gobernantes han dictado medidas contrarias al Estado de Derecho y a la democracia. Tal ha sido, entre otros, el caso del primer ministro de Hungría, Viktor Orbán, quien ha aprovechado la pandemia para dictar medidas adoptadas destinadas a restringir el funcionamiento del parlamento y continuar su ataque contra la independencia del poder judicial²². Así como el presidente de Filipinas, Rodrigo Duterte, quien también ha dictado medidas abiertas, que pretenden darle cobertura a las ejecuciones arbitrarias continuadas en el país²³.

En otros casos, como Nicolás Maduro en Venezuela, el decreto de estado de excepción (estado de alarma) para enfrentar la pandemia causada por el *COVID-19*, contiene una serie de violaciones constitucionales y convencionales, como la ausencia de las regulaciones que reglamentan los derechos no enunciados pero que quedan restringidos, la auto-habilitación presidencial de facultades legislativas, la delegación de facultades regulatorias a sus ministros, y el incumplimiento del deber de remitir el decreto a la Asamblea Nacional para su consideración (aprobación o improbación). Además, aun antes de la publicación de ese decreto en la gaceta oficial, se adoptaron algunas de las medidas restrictivas de la circulación de personas y de vuelos internacionales²⁴. El gobierno autoritario de Maduro ha adoptado una

²² “COVID-19: Can the EU avoid an epidemic of authoritarianism?”, Center for European Reform, disponible en: <https://www.cer.eu/insights/covid-19-can-eu-avoid-epidemic-authoritarianism/>; “Hungary’s Enabling Act: Prime Minister Orbán Makes the Most of the Pandemic” by Renata Uitz, April 6, 2020, CONSTITUTIONNET, disponible en: <http://constitutionnet.org/news/hungarys-enabling-act-prime-minister-orban-makes-most-pandemic/>; y “13 countries ‘deeply concerned’ over rule of law” by Lili Bayer, 4/1/20, Politico EU, disponible en: <https://www.politico.eu/article/viktor-orban-hungary-13-countries-deeply-concerned-over-rule-of-law/>

²³ “Philippines: President Duterte gives “shoot to kill” order amid pandemic response”, 2 April 2020, Amnesty International, disponible en: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/04/philippines-president-duterte-shoot-to-kill-order-pandemic/>

²⁴ Ver, “Pronunciamento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el estado de alarma decretado ante la pandemia del Coronavirus (*COVID-19*)”, Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Caracas, 18 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/PRONUNCIAMIENTO-SOBRE-EL-ESTADO-DE-ALARMA-epidemia-coronavirus.pdf>; y “El Decreto de Estado de Alarma en Venezuela con ocasión de la pandemia del Coronavirus: inconstitucional, mal concebido, mal redactado, fraudulento y bien inefec-

serie de medidas arbitrarias durante el estado de excepción, como la detención de varios periodistas y de médicos, por dar informaciones u opiniones con relación a la pandemia en Venezuela. Todas estas son claras violaciones a derechos como la libertad personal y la libertad de expresión, que conforme al Derecho interno venezolano, no sólo no pueden ser restringidos durante los estados de excepción, sino que en todo caso, no son medidas jurídicamente ni necesarias, ni conducentes, ni razonables ni proporcionales. Conforme a la información de la organización no gubernamental “Foro Penal Venezolano”, desde el 13 de marzo de 2020, cuando fue decretado el estado de alarma, hasta el 7 de abril, un total de 33 personas habían sido detenidas arbitrariamente²⁵. Muchas de estas detenciones han sido llevadas a cabo en contra de políticos de oposición, líderes sociales y simplemente ciudadanos en sectores populares que estaban realizando protestas contra la suspensión de servicios públicos de agua o electricidad, o ante la restricción del suministro de gasolina.

De allí el peligro que representa estos estados de excepción o de emergencia *de facto* para los derechos humanos, debido a su instrumentalización por los regímenes autoritarios, pretendiendo pasar medidas abiertamente arbitrarias bajo la cobertura la pandemia causada por el *COVID-19*. Por ello, varios órganos internacionales de derechos humanos han hecho varias alertas al respecto, han comenzado a trabajar en estándares de derechos humanos especializados, y han creado grupos especiales de monitoreo, como lo han hecho la Alta Comisionada de la, Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y órganos del Consejo de Europa²⁶.

6. *Desigualdades en el acceso a los servicios de salud*

Las medidas extraordinarias de salud pública que han tenido que ser puestas en práctica en algunos países para enfrentar la pandemia causada por el *COVID-19* y en concreto, para tratar a las personas infectadas, han puesto en evidencia las desigualdades y en algunos casos incluso discriminaciones.

tivo” por Brewer-Carías, Allan R. disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/04/Brewer.-El-estado-de-alarma-con-ocasion-de-la-pandemia-del-Coronavirus.-14-4-2020-1.pdf>

²⁵ “Reporte sobre la Represión en Venezuela. Marzo 2020”, Foro Penal Venezolano, disponible en: <https://foropenal.com/reporte-sobre-la-represion-en-venezuela-marzo-2020/>

²⁶ **CIDH**: entre otros, “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”. Resolución 1/2020, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>; y Comunicado “76/20 - La CIDH llama a los Estados de la OEA a asegurar que las medidas de excepción adoptadas para hacer frente a e la pandemia COVID-19 sean compatibles con sus obligaciones internacionales”, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/076.asp>. **Corte IDH**: Comunicado sobre “COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/209, de abril de 2020, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_27_2020.pdf; **Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**: “El COVID-19 y los derechos humanos”, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/COVID-19.aspx> y “Directrices relativas a la COVID-19”, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/COVID-19-Guidance.aspx>. **Consejo de Europa**: “COVID-19 Response”, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/education/covid-19> y “The impact of the COVID-19 pandemic on human rights and the rule of law”, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/covid19>

Esta situación ha afectado en particular el acceso en condiciones de igualdad a los servicios de salud de las poblaciones más vulnerables como son, entre otros, los pobres, los ancianos, las poblaciones indígenas y los habitantes rurales.

En los Estados Unidos de América, por ejemplo, se han documentado casos de zonas de ciudades con poblaciones predominantemente afrodescendiente o latinoamericana, donde se ha sufrido de manera desproporcionada los estragos de la pandemia, a nivel de acceso a los servicios de salud adecuados e inclusive de las muertes ocurridas²⁷.

En Europa, en países como Italia y España, el colapso de los servicios de salud en sus unidades de cuidados intensivos y en concreto, el colapso en el acceso a los aparatos de respiración artificial (respiradores), dio lugar a que se aplicaran unos “protocolos médicos”, que en caso de conflicto de acceso se descartaran a personas mayores de la tercera edad, en beneficio del acceso de personas más jóvenes. De esta manera, en muchas ocasiones fallecieron personas mayores por falta de acceso a los equipos médicos requeridos²⁸.

Si en el Estado de Derecho y la democracia es necesario que las restricciones a los derechos se lleven a cabo a través de un debate abierto, por medio de leyes emanadas de los poderes legislativos y sometidas al control judicial constitucional, entonces ¿Esos protocolos deberían serlo? o ¿al menos en lo esencial?, ¿Esas no son la exigencias de una sociedad democrática?

Se trata de la vida de seres humanos, por lo que todas esas situaciones extremas que se presentaron y que aún se presentan mientras escribo estas notas, nos obliga a hacernos las siguientes preguntas: ¿quiénes eran o son los responsables del equipamiento deficiente de los centros de salud en los países?; ¿en algún momento se ha podido prevenir el agravamiento de la situación, antes de llegar a su estado crítico?; ¿se hicieron diligentemente los mejores esfuerzos para equiparlos? y ¿en qué consistieron?; ¿quiénes aprobaron esos protocolos “médicos” para decidir el acceso a los respiradores artificiales y unidades de cuidados intensivos?; ¿quiénes tomaron esas decisiones? y ¿quiénes fueron consultados?; ¿existe un expediente motivado de las decisiones adoptadas?

En la democracia, el acceso a la información pública sobre esas situaciones, las respuestas a esas preguntas y el debate abierto sobre esas respuestas, son claves para que la sociedad esté debidamente informada y para establecer las eventuales responsabilidades, si hay lugar a ellas, y en su caso, para la reparación a las víctimas y a sus familiares por el funcionamiento indebido de los servicios de salud, Y además, para algo muy importante: la adopción de las medidas correctivas y preventivas necesarias. Pero todo ello es necesario llevarlo a cabo, a través de los mecanismos democráticos y del Estado de Derecho.

²⁷ “How to Save Black and Hispanic Lives in a Pandemic: Minorities are dying of Covid-19 at alarming rates. Here’s what to do about it right now” by The Editorial Board, April 11, 2020, The New York Times, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/04/11/opinion/coronavirus-poor-black-latino.html>

²⁸ “Dip in Italy’s Cases Does Not Come Fast Enough for Swamped Hospitals” by Jason Horowitz and David D. Kirkpatrick, March 23, 2020, The New York Times, disponible en: <https://www.nytimes.com/2020/03/23/world/europe/italy-coronavirus-hospitals.html> y “Coronavirus en Italia: Como en una guerra, tenemos que decidir a quién salvar, admite un médico” por Julio Algañaraz, Clarín, disponible en: https://www.clarin.com/mundo/coronavirus-italia-guerra-decidir-salvar-admite-medico_0_wW2k1tdN.html

7. *La necesidad de tratos diferenciados*

Otro tema es la necesidad de que las medidas que adopten los Estados para prevenir el contagio del *COVID-19*, como el encerramiento domiciliario, la cuarentena obligatoria y el distanciamiento social, tengan en cuenta la necesidad de un trato diferenciado por grupos sociales. En este sentido se han pronunciado varios de los órganos internacionales mencionados y algunas organizaciones no gubernamentales de derechos humanos²⁹.

Así, por ejemplo, en los casos de *violencia de género*, las medidas de encerramiento domiciliario y cuarentena obligatoria no tomaron en cuenta, al menos inicialmente, la necesidad de que las víctimas (mujeres) no tuvieran que estar bajo el mismo techo de sus agresores (hombres), ya que ello las pone en un riesgo inminente en su integridad personal (física y mental) e incluso en casos extremos, sus propias vidas. Desgraciadamente varias fatalidades tuvieron que conocerse públicamente, antes de que las autoridades comenzaran a adoptar las medidas preventivas necesarias.

En los casos de *poblaciones pobres*, cuya economía diaria de subsistencia se basa en su trabajo en la calle o en el mercado popular del barrio, es imposible exigirles distanciamiento social, y menos aun, el encerramiento domiciliario o una cuarentena obligada, sin el apoyo efectivo del Estado, ya que de lo contrario, no se procuran los mínimos vitales de comida diaria para subsistir. Y aun así, muchas de las “viviendas” populares no son tales, sino lugares básicos para pernoctar el grupo familiar, pero imposibles para estar encerrados durante períodos prolongados.

En el mismo sentido, las *poblaciones indígenas*, muchas de ellas aisladas de centros de salud y con unos patrones culturales ancestrales diferentes a la población urbana o criolla, requiere de un tratamiento diferenciado y apropiado para prevenir y enfrentar el *COVID-19*.

Incluso en los centros urbanos, hay un grupo de debería ser tratado de manera diferenciada: los *niños y niñas*. Resulta insólito que en muchas ciudades se permita a los dueños de mascotas salir a pasear con ellas; y no se haya pensado en un régimen especial para que los menores puedan salir con adultos a la calle o a pasear a los parques, por turnos y con las medidas adecuadas de distanciamiento social. Casi dos meses después de encerramiento domiciliario y de cuarentena de la población menor de edad, en algunos países, como en España, comenzaron a establecerse normas especiales para permitir la salida recreacional de menores, acompañados por adultos³⁰.

Un grupo de personas que ha requerido también atención especial durante la pandemia, han sido las *personas privadas de libertad*, ya sea porque se encuentran encarceladas por condena, en prisión preventiva o se hallan recluidas en centros para migrantes, centros obligatorios de rehabilitación de drogas u otros lugares de detención. Esa población, en muchos casos bajo situación de hacinamiento, corren un riesgo mayor de contraer una infección en caso de un brote epidémico, por lo que son una población vulnerable a la transmisión y el contagio del *COVID-19*. Ello ha llevado a la necesidad de que los Estados busquen medios razonables y responsables para descongestionar las cárceles y demás centros de detención durante la pandemia, mediante diversos procedimientos especiales. En este sentido, Naciones Unidas ha recomendado a los Estados la adopción de medidas especiales para velar por el

²⁹ Ver, cita N° 26 *supra*.

³⁰ “Los niños podrán salir una hora al día, a un kilómetro y llevar patinete o bicicleta” por Beatriz Lucas, 23 de abril 2020, El País, disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-04-23/los-ninos-podran-pasear-a-un-kilometro-de-su-casa-con-un-adulto-con-tres-ninos-y-podran-llevar-su-patine.html>

acceso a la información y la igualdad en la prevención y otros aspectos del cuidado sanitario de todas las personas privadas de libertad; así como, examinar de manera urgente las opciones responsables para ponerlas en libertad y las alternativas a la detención, a fin de atenuar el riesgo de que puedan enfermar en los centros de reclusión³¹. Y especialmente, con relación a los niños privados de libertad, Naciones Unidas ha recomendado que se decrete una moratoria sobre su encarcelamiento y ha llamado a los Estados a poner en libertad a todos los reclusos menores de edad, cuando sea posible hacerlo con garantías de seguridad³².

Todo lo anterior nos muestra, cómo las normas extraordinarias uniformes sobre encierro domiciliario, cuarentena y distanciamiento social dictadas por los gobiernos para enfrentar los riesgos de la pandemia causada por el *COVID-19*, requerían y requieren de un trato justo y diferenciado de determinados grupos sociales, especialmente de los grupos más vulnerables, para hacerlas compatibles con los principios constitucionales de una sociedad democrática y el respeto a los derechos humanos.

8. *Los límites y controles internacionales*

Las medidas excepcionales o extraordinarias que han adoptado los Estados en virtud de la pandemia causada por el *COVID-19*, están también sometidas a regulaciones y controles internacionales. El Derecho internacional de los derechos humanos contiene disposiciones fundamentales para esa regulación y ese control de los estados de excepción o de emergencia (sanitaria).

Así, a nivel de las Naciones Unidas, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Pacto Internacional), dispone en su artículo 4, que en situaciones excepcionales (que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente), el Estado parte podrá adoptar disposiciones que: “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.” No obstante, el Pacto Internacional no autoriza suspensión alguna de los derechos humanos y las correspondientes obligaciones internacionales de los Estados relativas a los artículos: 6 (derecho a la vida); 7 (Prohibición de Tortura); 8, párrafos 1 y 2 (Prohibición de Esclavitud y Servidumbre), 11 (Prohibición de Cárcel Contractual), 15 (Principio de Legalidad e Irretroactividad Penal), 16 (Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); y 18 (Libertad de Pensamiento, de Conciencia y de Religión). Finalmente, el Pacto Internacional dispone un mecanismo complementario de control, a través de la notificación internacional: el Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados parte del Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Y cuando se haya dado por terminada tal suspensión, el Estado deberá en la fecha, hacer una nueva comunicación por el mismo conducto.

A nivel interamericano, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Convención Americana), establece en su artículo 27 (Suspensión de Garantías) que en caso de gue-

³¹ “Directriz provisional sobre COVID-19: Enfoque en personas privadas de libertad” OACNUDH y OMS, Marzo 2020, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Events/COVID-19/COVID-19-FocusonPersonsDeprivedofTheirLiberty_SP.pdf

³² “Nota técnica: COVID-19 y los niños privados de libertad”, UNICEF, disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/ChildrenDeprivedofLibertyandCOVID.pdf>

rra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá “adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. No obstante, la Convención Americana no autoriza la suspensión de los derechos humanos ni de las correspondientes obligaciones internacionales de los Estados, relativas a los artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Irretroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos); ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Finalmente, la Convención Americana dispone un mecanismo complementario de control, a través de la notificación internacional: el Estado partes que haga uso del derecho de suspensión, deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión; y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

Por su parte, el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (Convenio Europeo) establece en su artículo 15 (Derogación en caso de estado de urgencia), que en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Estado parte podrá tomar “medidas que deroguen (suspendan) las obligaciones previstas en el Convenio en la medida estricta en lo que exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional”. No obstante, el Convenio Europeo no autoriza la suspensión de los derechos humanos ni las correspondientes obligaciones internacionales de los Estados relativas a los artículos: 2 (Derecho a la vida, salvo para el caso de muertes resultantes de actos ilícitos de guerra); 3 (Prohibición de Tortura); 4, párrafo 1 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); y 7 (Principio de Legalidad y de Irretroactividad). Finalmente, el Convenio Europeo dispone un mecanismo complementario de control, a través de la notificación internacional: el Estado parte que ejerza este derecho de derogación (suspensión), tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado; así como de la fecha en que estas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación.

La *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*, a diferencia de los otros instrumentos internacionales universal y regionales, no contiene una cláusula expresa sobre la suspensión de las obligaciones convencionales de los Estados partes, en caso de situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación. No obstante, esos Estados africanos igualmente deben ajustar y justificar dichos actos excepcionales bajo el Derecho internacional, especialmente, a los tratados sobre derechos humanos que hayan ratificado en el sistema de las Naciones Unidas, como es el Pacto Internacional.

Esto último se aplica igualmente, a los demás Estados del mundo que, aunque no sean parte de los instrumentos internacionales regionales que contienen una cláusula de suspensión, sí son parte de los tratados sobre derechos humanos que han ratificado en el sistema de las Naciones Unidas, como es el Pacto Internacional.

El “control internacional” está supuesto a activarse tanto en el marco de las Naciones Unidas, como de OEA y del Consejo de Europa, con ocasión de la notificación que deben hacer los Estados partes de los tratados, de cualquier medida extraordinaria de suspensión

temporal de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos. Ello supone que los órganos de tratados deben en consecuencia, realizar un seguimiento y hacer las advertencias y recomendaciones necesarias. Así, por ejemplo, en el marco interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), lo utiliza como uno de los criterios objetivos de su Reglamento para hacer un informe país en el conocido “Capítulo IV” de su informe anual; además de poder activar su mandato para emitir medidas cautelares y comunicados de prensa.

Sin embargo, el reto actual para el control internacional de los estados de emergencia o excepción dictados para enfrentar la pandemia causada por el *COVID-19*, es que, en primer lugar, en no todos los casos, como dijimos antes, se les da un tratamiento de restricción o suspensión formal de derechos y garantías, aunque en la realidad sí lo sean. Ello quiere decir, que en no todos los casos esas restricciones serán formalmente informadas a los órganos internacionales y tratadas como tales.

En segundo lugar, estamos ante un estado de excepción o de emergencia “global”; es decir, que casi todos los Estados partes de esos tratados han tenido que adoptar estas medidas extraordinarias, por lo que no se trata de una situación aislada sino general. Ciertamente esta es una situación única que desde la entrada en vigor de los tratados sobre derechos humanos y la creación de los órganos internacionales de protección, nunca antes se había presentado.

Sin embargo, el reto planteado ha comenzado a ser respondido por varios órganos internacionales de derechos humanos, los cuales han venido realizando una serie de estudios, informes, pronunciamientos y comunicados sobre los estándares internacionales aplicables para enfrentar la pandemia causada por el *COVID-19*, y han creado unidades especiales y grupos de trabajo para responder oportunamente a esta crisis, como es el caso de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los órganos del Consejo de Europa³³.

9. *A modo de reflexión final*

La pandemia mundial causada por el *COVID-19* ha tomado a la humanidad por sorpresa. Nadie estaba preparado para hacerle frente. Ni los científicos, ni los médicos, ni los hospitales, ni los sistemas de salud, ni los medios de comunicación, ni la sociedad civil, ni los empresarios, ni los trabajadores, ni los políticos, ni los abogados. Pero tampoco estaban preparados los Estados, ni los organismos y organizaciones internacionales.

De pronto, un mundo que parecía que giraba entorno a la comunicación internacional y el tránsito de personas y bienes, se vio abruptamente encerrado. Los Estados comenzaron a encerrarse en sí mismos del resto del mundo. Cerraron fronteras, vuelos, comercio, eventos e intercambios. Países que habían levantado hace varias décadas sus fronteras, como los integrantes del espacio europeo Schengen, de un día a otro no sólo levantaron de nuevo sus barreras fronterizas físicas, sino que dentro de la misma Unión Europea se establecieron restricciones al comercio de determinados bienes médicos estratégicos para hacer frente a la pandemia. Incluso dentro de un mismo país, algunos estados y provincias se aislaron entre sí, estableciendo barreras físicas a la libre circulación. Así, de pronto, nuestros países se cerraron, nuestras provincias y estados se cerraron, y hasta nuestras ciudades se cerraron, y nosotros quedamos encerrados en los limitados espacios de nuestros hogares.

³³ Ver, cita N° 26 *supra*.

Parece como si hubiésemos regresado al anacronismo del mundo medieval de las ciudades cerradas por grandes murallas. Pareciera que el miedo a la pandemia nos hizo pensar que lo mejor era cerrarnos al mundo y a todo lo que no fuese lo más íntimo. Seguramente las medidas de distanciamiento social eran las más adecuadas y disponibles para enfrentar la pandemia mientras aparece una vacuna. Pero además de ello, también es una realidad que la pandemia es un fenómeno global, que sólo la podemos enfrentar globalmente. En lugar de más unilateralismo, nacionalismo, localismo y encerramiento, necesitamos más multilateralismo y cooperación abierta.

Ni siquiera las organizaciones internacionales estaban creadas para enfrentar un fenómeno como esta pandemia, que no sólo es de salud pública, sino de reacción rápida múltiple en los campos de la economía, la ciencia, la producción especialmente de determinados bienes, el intercambio abierto de información, la cooperación técnica, el almacenamiento de medicamentos y de aparatos médicos, y de las alertas tempranas, etc.

Henry Kissinger quien a su avanzada edad ha hablado en estos días con gran lucidez, nos ha advertido que el mundo no será el mismo después de esta pandemia. Que cuando termine la pandemia, percibiremos el fracaso de varias instituciones nacionales; y al mismo tiempo, la necesidad urgente de construir un nuevo orden mundial, para hacer frente a estas pandemias como el *COVID-19*, que ha alterado para siempre el orden existente³⁴.

Pero mientras construimos ese nuevo orden mundial, tenemos que salir de esta pandemia y al mismo tiempo comenzar a reconstruir la economía, la producción y las fuentes de trabajo, ya que la pos-pandemia (cierres de fábricas, comercios, oficinas, desempleo, pobreza, etc.), puede ser tan grave –o más– para muchas personas en el mundo, como la propia pandemia.

Al mismo tiempo, también debemos repensar el funcionamiento del Estado, porque tampoco serán lo mismo después de esta pandemia. El Estado –al igual que el sector privado– ha probado ser una institución esencial para hacer frente al grave problema de salud pública que ha causado la pandemia. Pero no se trata de cualquier Estado, sino del Estado democrático; sometido al Derecho; respetuoso de los derechos; eficaz en sus acciones y respuestas; aliado, cooperador y coordinador de los esfuerzos de la sociedad; abierto al debate y a las críticas de su gestión; transparente en el manejo de los recursos; y responsable. Por ello, aun en tiempos extremadamente difíciles, ante situaciones de extraordinarias se debe asegurar el funcionamiento eficaz de los poderes públicos del Estado de Derecho, para así garantizar la democracia, el control del poder y los derechos humanos.

Una última idea: durante esta pandemia causada por el COVID-19, aun Estados democráticos parecen haberse acostumbrado a controlar más intensamente a sus ciudadanos; pero ni los Estados ni los ciudadanos deben acostumbrarse a ello. Por ello, la pos-pandemia deberá ser una oportunidad para el crecimiento de la persona humana integralmente considerada, como ciudadanos socialmente responsables, para participar en la construcción de un Estado de Derecho, de una democracia y de un orden mundial, que sean garantes de todos los derechos para todos.

³⁴ “The Coronavirus Pandemic Will Forever Alter the World Order. The U.S. must protect its citizens from disease while starting the urgent work of planning for a new epoch” by Henry Kissinger, April 3, 2020, The Wall Street Journal, disponible en: <https://www.wsj.com/articles/the-coronavirus-pandemic-will-forever-alter-the-world-order-11585953005>

ESTADO DE ALARMA Y DERECHO ADMINISTRATIVO: APROXIMACIÓN AL EXPERIMENTO ADMINISTRATIVO DE DISCIPLINA SOCIAL EN ESPAÑA

José Luis Villegas Moreno*

Abogado

“Desde que la península Ibérica fue asolada por la fatídica peste negra a mediados del XIV hasta el terrible contagio de gripe de 1919, la sociedad española se ha visto expuesta a lo largo de los siglos a la visita cíclica de violentas enfermedades epidémicas que han ido diezmando de forma dramática y reiterada su población. El descubrimiento y posterior colonización del continente americano favorecerían, a partir de comienzos del siglo XVI y a través de los intercambios humanos y comerciales, los viajes de ida y vuelta de nuevos agentes patógenos que afectarían la existencia tanto de las poblaciones indígenas como la de los habitantes de la metrópolis colonial a lo largo de las siguientes décadas y centurias. Aunque los avances médicos del siglo XIX permitieron descubrir la naturaleza biológica del conjunto de estas enfermedades, en el pasado fue frecuente que se recurriera a explicarlas por su supuesta naturaleza divina, como los castigos enviados por un Dios airado ante los pecados de los hombres. De ahí que la historia social de las epidemias deba ser estudiada en la actualidad comprendiendo no sólo la realidad demográfica de sus efectos, sino el conjunto de creencias religiosas y médicas con los que la sociedad de cada tiempo ha tratado de asumirlos a través de cualquier tipo de medios: desde las primeras medidas administrativas que los poderes públicos del Renacimiento dictan en materia de salubridad pública y aislamiento de enfermos y mercancías, hasta las rogativas y procesiones que religiosos y creyentes realizaban implorando la clemencia divina”. (José Luis Betrán Moya: *Historia de las epidemias en España y sus colonias (1348-1919)*, *La esfera de los libros-2006*).

Resumen: *En la noche del sábado 14 de marzo de 2020 el Gobierno de España declaró el Estado de Alarma mediante el Real Decreto 463/2020, para la Gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Comenzaba el experimento administrativo de disciplina social en España, que pretendemos describir en este artículo de forma sucinta pero lo más completa posible.*

Palabras Clave: *Estado – Alarma – Covid-19 – España – Sanitaria – Experimento – Administrativo.*

Abstract: *On the night of Saturday, March 14, 2020, the Government of Spain declared the State of Alarm through Royal Decree 463/2020, for the Management of the health crisis situation caused by COVID-19. The administrative experiment in social discipline began in Spain, which we intend to describe in this article succinctly but as completely as possible.*

Key words: *State – Alarm – Covid-19 – Spain – Sanitary – Experiment – Administrative.*

CONTEXTUALIZACIÓN

Comenzamos este trabajo destacando la gran utilidad de “Una historia mínima de las grandes epidemias para juristas”, que es el título de una entrega de “Coronavirus y Derecho”, serie de trabajos breves para explicar cómo es el comportamiento del Derecho ante la pande-

mia del coronavirus, elaborados bajo la dirección de Vicente Álvarez García, catedrático de Derecho administrativo en la Universidad de Extremadura.¹

La pandemia² de COVID 19 ha irrumpido en los albores de la primavera de este 2020 como un enemigo silencioso en todo el mundo, y ha provocado la rápida implementación de medidas para contener su expansión, eliminar su fuente y combatir las graves consecuencias económicas y sociales que han derivado de tal desgracia. Todos los gobiernos del mundo han asumido una conducta más o menos similar, adoptando políticas sanitarias de emergencia adecuadas a las características y la magnitud de la crisis. Se trata de establecer una normativa especial que sustituya la legalidad ordinaria, que no otorga poderes suficientes. Siendo excepcional la situación que se combate, también ha de serlo la legislación que se aplica, al decir de Muñoz Machado. Todos los sistemas constitucionales tienen normas especiales a favor de los poderes del Estado para desplazar la legalidad ordinaria cuando las emergencias lo requieren.³

Esteve Pardo⁴ con ocasión de esta situación excepcional de pandemia, nos ha recordado el papel del Estado y del Derecho en situaciones de crisis y de incertidumbre. Nos advierte con su particular agudeza que con relación a las medidas para gestionar y superar el riesgo puede darse una disfunción que deriva de las frecuente discrepancias que se dan entre la valoración de un riesgo por los científicos y por la opinión pública; porque una cosa es la realidad objetiva, científica, cuantificada incluso, de un riesgo y otra su percepción social. Este autor concluye que se

pueden originar desfases en cualquier sistema democrático, representativo como es de una sociedad que, por carecer de un conocimiento experto, no percibe las magnitudes reales de un riesgo. Algo de esto, dice Esteve, ha podido ocurrir en los primeros momentos de la grave crisis del coronavirus.⁵

En este escenario incipiente y confuso, y después de la declaración por parte de la OMS de la pandemia mundial el 11 de marzo, en la noche del sábado 14 de marzo el Gobierno de España declaró el Estado de Alarma mediante el Real Decreto 463/2020, para la Gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, el cual se publicó y entró en vigor el mismo día 14 de marzo.⁶ Fue dictado por el Consejo de Ministros con fundamento en el artículo 116.2 de la Constitución y de la Ley Orgánica 4/1981, de los Estados de alarma, excepción y sitio.

* Doctor en Derecho. Profesor Titular emérito de la Universidad Católica del Táchira. Director de la Revista Tachirense de Derecho. Miembro del Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Profesor investigador Cátedra de América Latina UComillas.

¹ Coronavirus y Derecho (XXXIV): Una historia mínima de las grandes epidemias para juristas. <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1198319>

² <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

³ Muñoz Machado, Santiago: <http://www.elcronista.es/El-Cronista-n%C3%BAmero-86-87-Coronavirus.pdf>

⁴ Esteve Pardo, José: *Política y Derecho en la incertidumbre*, <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2807-Derecho-y-crisis.aspx>

⁵ Esteve Pardo, José: *Política y Derecho en la incertidumbre*. <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2807-Derecho-y-crisis.aspx>

⁶ Lozano Cutanda, Blanca: *Análisis de urgencia de las medidas administrativas del Estado de Alarma*, <https://delajusticia.com/wp-content/uploads/2020/03/Ana%CC%81lisis-de-urgencia-de-las-medidas.pdf>

Comenzaba el experimento administrativo de disciplina social en España, que pretendemos describir en este artículo de forma sucinta pero lo más completa posible.

El Estado de Alarma ha tenido seis prórrogas, entre el 14 de marzo y el 21 de junio. En efecto, la sexta prórroga del estado de alarma fue la última extensión del instrumento jurídico que permite restringir la movilidad al conjunto de la población con el objetivo de dar por controlada la transmisión del virus y tenía una duración de otros 15 días. El Congreso aprobó el 3 de junio la última prórroga del estado de alarma, que incluye una “novedad sustancial”: las comunidades autónomas son las encargadas de gestionar la desescalada⁷. De esta forma, la situación de excepcionalidad en España finalizó el 21 de junio de 2020.

I. REGULACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA EN ESPAÑA

El art. 116 de la Constitución española contiene la existencia de tres estados excepcionales: el estado de alarma, el estado de excepción y el estado de sitio. Esta norma debe armonizarse conjuntamente con el art. 55.1 CE (relativo a la suspensión de diferentes derechos fundamentales en los supuestos de declaración de los estados de excepción y de sitio), con el art. 117.5 CE (que remite a la ley la regulación de la jurisdicción castrense en los supuestos de estado de sitio) y con el art. 169 CE (que prohíbe la iniciación de la reforma constitucional durante la vigencia de cualquiera de estos tres estados de crisis). Esta regulación constitucional es muy básica, y fue completada con la aprobación de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de alarma, excepción y sitio (LOAES), que es donde se contiene el desarrollo de la ordenación de estos tres estados excepcionales. En España no se ha tenido hasta ahora gran experiencia práctica sobre su aplicación, porque únicamente fue declarado el estado de alarma durante el mes de diciembre del año 2010 con el objeto de normalizar el servicio público del transporte aéreo, con el nombramiento de una autoridad militar para la gestión de la llamada “crisis de los controladores”, siempre bajo la autoridad del Gobierno central. La constitucionalidad de esta declaración fue confirmada por el Pleno del Tribunal Constitucional mediante Sentencia 83/2016, de 28 de abril, que, para ser justos, toma como punto esencial de referencia los términos de su anterior Auto 7/2012, de 13 de enero.⁸

Las emergencias de salud pública son el presupuesto para la declaración del estado de alarma. En efecto, el art. 4 LOAES comienza la regulación legal del estado constitucional de alarma ofreciendo un catálogo de situaciones fácticas en las que procede su declaración por parte del Gobierno central, ciñéndose a supuestos catastróficos “graves” con origen natural o provocados por la acción humana, que no vayan ligados a alteraciones del orden público⁹. Así se enumeran diversos supuestos:

- Crisis sanitarias, tales como epidemias.
- Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad.
- Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

La noche del sábado 14 de marzo de 2020 existía una necesidad imperiosa de que el Gobierno español aprobase medidas drásticas para hacer frente a la emergencia sanitaria que había empezado ya hacía días a manifestarse con toda virulencia en todo el territorio español.

⁷ https://www.elconfidencial.com/espana/coronavirus/2020-05-31/hasta-cuando-estado-alarma-desescalada_2534664/

⁸ <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2765-Coronavirus-y-derecho.aspx>

⁹ Álvarez García, Vicente: <http://www.elcronista.es/El-Cronista-n%C3%BAmero-86-87-Coronavirus.pdf>

Y así se produjo la declaración del estado constitucional de alarma, como medida jurídica pertinente y simbólicamente necesaria. El 14 de marzo de 2020 ya estaba España en un escenario comprometido: la guerra sin cuartel frente a una epidemia que amenazaba muy seriamente la vida de las personas y el colapso absoluto del funcionamiento del Estado.¹⁰

Hay consenso en la doctrina española respecto a que para la lucha contra las crisis sanitarias el estado excepcional apropiado es el de alarma, porque así lo establece la LOAES (que es la que realmente regula su contenido), y no por lo que diga la Constitución. Téngase en cuenta que la tipificación efectuada en esta última norma legal obedece preferentemente no tanto a cuestiones de intensidad en la gravedad de la situación (o, en otros términos, a niveles cuantitativos), como al intento de ofrecer una respuesta diferenciada a situaciones de crisis de una distinta naturaleza (esto es, a cuestiones cualitativas). El estado de alarma es el orientado materialmente a hacer frente a las epidemias. Sólo si estas emergencias (ahora sanitarias) derivasen en el futuro en gravísimas perturbaciones del orden público podría recurrirse a la declaración del estado de excepción o, en caso realmente extremo, del estado de sitio.¹¹

A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho o libertad fundamental (art. 55.1 CE sensu contrario) y por eso el preámbulo del real decreto asevera que las medidas que contiene «no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental». Pero sí se permite, como ha declarado el Tribunal Constitucional, «la adopción de medidas que puedan suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio» (STC 83/2016)¹².

El estado de alarma permite, sobre el papel, poner a los cuerpos policiales, nacionales y autonómicos, bajo las órdenes directas del Gobierno. Aunque, en principio, esta situación no afecta a la vigencia de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, algunas libertades sí se pueden ver afectadas.¹³

La LOAES faculta al Gobierno a limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. También se pueden practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias, así como «intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados».

Es posible asimismo limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad, e impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados. Ante crisis sanitarias, la ley especifica que el Gobierno podrá adoptar todas las normas establecidas para la lucha contra las enfermedades infecciosas.

El estado de alarma puede ser aplicado directamente por el Gobierno mediante decreto por un plazo máximo de 15 días, aunque el Ejecutivo debe «dar cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto». Cualquier prórroga de la medida sí deberá ser ya aprobada por la Cámara baja (Congreso de los Diputados), que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga.

¹⁰ <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2765-Coronavirus-y-derecho.aspx>

¹¹ Álvarez García, Vicente: <http://www.elcronista.es/El-Cronista-n%C3%BAmero-86-87-Coronavirus.pdf>

¹² Álvarez García, Vicente: <http://www.elcronista.es/El-Cronista-n%C3%BAmero-86-87-Coronavirus.pdf>

¹³ <https://www.elperiodico.com/es/politica/20200313/estado-de-alarma-que-es-coronavirus-7888430>

Con la declaración del estado de alarma, se centralizan en manos de la Administración General del Estado los poderes necesarios para la lucha contra el coronavirus y se limita sustancialmente la libertad de circulación de las personas. En ese afán previsor del Derecho de las crisis, hay, no obstante, otra segunda idea: ante los peligros para una sociedad, el Derecho de necesidad otorga grandes poderes a los sujetos que las dirigen (los necesarios para superarlos), porque, de lo contrario, no resultaría posible salir de la crisis y el grupo social se vería amenazado, pero esos sujetos no deben poder abusar de esos grandes poderes. Es necesario limitarlos, siendo el Derecho de necesidad clave para esta finalidad. Así, los gobernantes no pueden, por ejemplo, utilizarlos indefinidamente, sino tan sólo mientras dure la crisis. En términos concretos, el estado de alarma para la lucha frente a la epidemia de coronavirus permite obligar a que la mayor parte de la población quede confinada en sus casas, pero esta restricción de la libertad fundamental de circulación únicamente puede existir en tanto dure la crisis sanitaria, pero no puede extenderse más allá, indefinidamente.¹⁴

II. CONTENIDO ESENCIAL DEL DECRETO DE ESTADO DE ALARMA

El Decreto en su parte motiva destaca la declaración del 11 de marzo de 2020 de la Organización Mundial de la Salud que elevó la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. Insiste el Decreto en esta motivación en la rapidez en la evolución de los hechos, a escala nacional e internacional, requiere la adopción de medidas inmediatas y eficaces para hacer frente a esta coyuntura. Cierra esta inicial declaración el documento insistiendo en las circunstancias extraordinarias que concurren y que constituyen una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos.¹⁵

Desde el punto de vista jurídico invoca el documento el artículo cuarto, apartado b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que habilita al Gobierno para, en el ejercicio de las facultades que le atribuye el artículo 116.2 de la Constitución, declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan crisis sanitarias que supongan alteraciones graves de la normalidad.¹⁶

Concluye esta declaración inicial o preámbulo advirtiendo que las medidas previstas en el Decreto se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Con estos prenotando, se considera que para hacer frente a esta situación, grave y excepcional, es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma¹⁷.

Importante es la declaración que cierra este preámbulo sobre la proporcionalidad de las medidas que se contienen en el decreto como imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución.¹⁸

¹⁴ Álvarez García, Vicente: Una introducción mínima al Derecho de necesidad. Foro de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad de Extremadura file:///C:/Users/Portatil/Documents/JLVM/1.%20Coronavirus%20y%20Derecho%20(I).pdf

¹⁵ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3692.

¹⁶ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3692.

¹⁷ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3692.

¹⁸ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3692.

De manera sucinta describimos los contenidos fundamentales del Real Decreto¹⁹ así:

Limitación de la libertad de circulación de las personas. Dado el impacto de esta medida sobre la sociedad, creemos conveniente señalar exactamente su contenido regulatorio para que se observe la rigurosidad y detalle de esta limitación.

1. Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades:

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada.

El artículo 8 establece la facultad de las autoridades competentes de realizar Requisas temporales y prestaciones personales obligatorias.

Especial relevancia tiene el Artículo 9 al establecer las medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación, redactado así:

1. Se suspende la actividad educativa presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza contemplados en el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, incluida la enseñanza universitaria, así como cualesquiera otras actividades educativas o de formación impartidas en otros centros públicos o privados.

2. Durante el período de suspensión se mantendrán las actividades educativas a través de las modalidades a distancia y «on line», siempre que resulte posible

El Artículo 10 establece las medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales, suspendiendo principalmente la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, médicos, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, peluquerías, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías y lavanderías. Se suspende cualquier otra actividad o establecimiento que a juicio de la autoridad competente pueda suponer un riesgo de contagio.

El Artículo 11 contiene Medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas. El Artículo 12 refiere las Medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional. El Artículo 13 recoge medidas para el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública, con poderes especiales para el Ministro de Sanidad.

¹⁹ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3692.

El Artículo 14 se refiere a las Medidas en materia de transportes, estableciendo que El Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana queda habilitado para dictar los actos y disposiciones que, en la esfera específica de su actuación, sean necesarios para establecer condiciones a los servicios de movilidad, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares.

Destacamos la disposición de este artículo referido a:

a) En los servicios de transporte público de viajeros por carretera, ferroviarios, aéreo y marítimo que no están sometidos a contrato público u obligaciones de servicio público (OSP), los operadores de transporte reducirán la oferta total de operaciones en, al menos, un 50 %. Por resolución del Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana se podrá modificar este porcentaje y establecer condiciones específicas al respecto.

b) Los servicios de transporte público de viajeros por carretera, ferroviarios, aéreo y marítimo de competencia estatal que están sometidos a contrato público u OSP reducirán su oferta total de operaciones en, al menos, los siguientes porcentajes:

- i. Servicios ferroviarios de media distancia: 50 %.
- ii. Servicios ferroviarios media distancia-AVANT: 50 %.
- iii. Servicios regulares de transporte de viajeros por carretera: 50 %.
- iv. Servicios de transporte aéreo sometidos a OSP: 50 %.
- v. Servicios de transporte marítimo sometidos a contrato de navegación: 50 %.

Los servicios ferroviarios de cercanías mantendrán su oferta de servicios.

El Artículo 15 contempla unas importantes medidas para que la Administración garantice el abastecimiento alimentario en los lugares de consumo y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción, permitiendo la distribución de alimentos desde el origen hasta los establecimientos comerciales de venta al consumidor, incluyendo almacenes, centros logísticos y mercados en destino. En particular, cuando resultara necesario por razones de seguridad, se podrá acordar el acompañamiento de los vehículos que realicen el transporte de los bienes mencionados.

El abastecimiento ha estado inmejorablemente garantizado por las empresas de distribución españolas, lo que ha evitado la necesidad de proceder a cualquier tipo de restricciones en el consumo. Esta situación hay que destacarla en el escenario de lo que ha hecho bien la sociedad española en la lucha contra la pandemia de coronavirus²⁰.

El Artículo 16 refiere lo relativo al Tránsito aduanero, destacando que se atenderá de manera prioritaria los productos que sean de primera necesidad. El Artículo 17 establece que las autoridades competentes delegadas podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar el suministro de energía eléctrica, de productos derivados del petróleo, así como de gas natural. El Artículo 19 establece que los medios de comunicación social de titularidad pública y privada quedan obligados a la inserción de mensajes, anuncios y comunicaciones que las autoridades competentes delegadas, así como las administraciones autonómicas y locales, consideren necesario emitir.

El Artículo 20 se refiere al Régimen sancionador, estableciendo de manera general que el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. Es decir, no se establece un sistema propio de sanciones en el Decreto.

²⁰ file:///C:/Users/Portatil/Documents/JLVM/23.%20Coronavirus%20y%20Derecho%20(XXIII).pdf

La Disposición adicional segunda se refiere a la Suspensión de plazos procesales. Dada su incidencia en el ordenamiento jurídico, la referimos con exactitud:

1. Se suspenden términos y se suspenden e interrumpen los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

2. En el orden jurisdiccional penal la suspensión e interrupción no se aplicará a los procedimientos de *habeas corpus*, a las actuaciones encomendadas a los servicios de guardia, a las actuaciones con detenido, a las órdenes de protección, a las actuaciones urgentes en materia de vigilancia penitenciaria y a cualquier medida cautelar en materia de violencia sobre la mujer o menores.

Asimismo, en fase de instrucción, el juez o tribunal competente podrá acordar la práctica de aquellas actuaciones que, por su carácter urgente, sean inaplazables.

3. En relación con el resto de órdenes jurisdiccionales la interrupción a la que se refiere el apartado primero no será de aplicación a los siguientes supuestos:

- a) El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ni a la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones judiciales previstas en el artículo 8.6 de la citada ley.
- b) Los procedimientos de conflicto colectivo y para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas regulados en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- c) La autorización judicial para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico prevista en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- d) La adopción de medidas o disposiciones de protección del menor previstas en el artículo 158 del Código Civil.

La Disposición adicional tercera establece la Suspensión de plazos administrativos de la siguiente manera:

1. Se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.
2. La suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
3. No obstante lo anterior, el órgano competente podrá acordar, mediante resolución motivada, las medidas de ordenación e instrucción estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del interesado en el procedimiento y siempre que éste manifieste su conformidad, o cuando el interesado manifieste su conformidad con que no se suspenda el plazo.
4. La presente disposición no afectará a los procedimientos y resoluciones a los que hace referencia el apartado primero, cuando estos vengán referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma.

La Disposición adicional cuarta establece la Suspensión de plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos, que quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren.

III. REGULACIÓN ADMINISTRATIVA

Como ha expresado Amoedo-Souto²¹ se ha diseñado un experimento administrativo de disciplina social sin precedentes en España para afrontar la crisis originada por la pandemia. Así podemos destacar las siguientes notas relevantes de este experimento:

- Es la primera vez que el cumplimiento de las restricciones establecidas en el Estado de Alarma, se garantizan con medidas sancionadoras de eficacia general. (en el único precedente de Estado de Alarma de 04-12-2010, no se establecieron sanciones, sólo la militarización de los controladores aéreos).
- La finalidad del confinamiento domiciliario masivo e inmediato de la población, entraña de por sí un difícil desafío para un Estado de Derecho democrático, por el sacrificio de derechos fundamentales.
- Se articula un mix de disciplina social con todas las herramientas disponibles del intervencionismo administrativo para que la gente no salga de casa:
 - Hashtags: #yomequedo en casa
 - Confinamiento domiciliario general.
 - Uso de medios de comunicación.
 - Patrullaje urbano de las fuerzas de seguridad.
 - Prohibición de libertad de circulación.

La crisis del coronavirus ha generado un intenso debate jurídico²² en torno a las medidas que contempla el derecho español para hacer frente a las situaciones de emergencia y su

²¹ Amoedo-Souto, Carlos Alberto: “Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria”. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=16&numero=86

²² Villar Ezcurra, José Luis, sobre Medidas extraordinarias para las concesiones de servicios y obras en el R.D.Ley 18/2020. Presno Linera, Miguel, Estado de alarma por el coronavirus: escenario teórico y práctico. Vera Santos, José Manuel, sobre Estado de Alarma: tarde y mal, en Arbós Marín, Xavier, sobre Autonomías y Estado de Alarma en Magro Servet, Vicente: Consecuencias penales del coronavirus. Gómez Fernández, Diego, La suspensión de los plazos administrativos por la crisis del COVID-19 (RD 463/2020 y RD 465/2020) Alamillo Domingo, Ignacio y Valero Torrijos, Julián. La continuidad del gobierno municipal y la administración electrónica como medida de contingencia en la crisis del SARS-CoV-2/COVID-19. -Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción. Nogueira López, Alba. La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública. Gimeno Feliu, José María. Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria. Amoedo-Souto, Carlos-Alberto. Estado de alarma y distribución territorial del poder. Velasco Caballero, Francisco. Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria. Cotino Hueso, Lorenzo. Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19. Doménech Pascual, Gabriel. Asimismo el excelente y completo Análisis jurídico del Estado de Alarma, en la Revista Jurídica del Gabinete jurídico de Castilla-La Mancha, Gabilex, nº 21, 2020. Breve estudio de las medidas adoptadas durante el Estado de alarma. Gómez Zamora, Leopoldo J. El control del Congreso de los Diputados al Gobierno y la actividad parlamentaria durante el Estado de Alarma. Alonso Prada, Víctor Ernesto. RR.DD. De declaración y prórroga de estado de alarma: naturaleza jurídica, control jurisdiccional y responsabilidad patrimonial. D. González López. Juan José; Pintos Santiago, Jaime y Pérez Bravo, Jorge. Análisis de urgencia del régimen sancionador en caso de incumplimiento de las obligaciones y mandatos del Estado de Alarma en virtud del R.D.463/2020. López Donaire, Belén; La suspensión de los plazos durante la declaración del Estado de Alarma. Fernando Nuñez Sánchez

concreta aplicación. Como señala Tomás Cano²³, el debate se ha centrado en dos frentes: si, a la vista del grado de incidencia de las medidas adoptadas en los derechos fundamentales, lo procedente era declarar el estado de alarma o el de excepción; y si, dado el gran número de personas a que afecta, al régimen sancionador que, supuestamente, contempla el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 que no hace más que reproducir lo que al respecto contempla la propia Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio .

En este punto destacaremos de las regulaciones del Estado de Alarma, algunos aspectos fundamentales vinculados al Derecho Administrativo, tales como:

IV. RÉGIMEN SANCIONADOR

El artículo 20 del real decreto establece que el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes, reproduciendo así lo que dice el artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1981. Ha de acudirse, por tanto, a la legislación sectorial aplicable en cada caso para determinar el reproche punitivo de los incumplimientos. Entre estas leyes sectoriales que pueden aplicarse para determinar el reproche punitivo, cabe destacar la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana; la Ley 17/2015, del Sistema Nacional de Protección Civil, y la Ley 33/2011, de Salud Pública. Las conductas más graves podrán ser constitutivas de delitos, como ocurriría en el caso de resistencia violenta a la autoridad, a sus agentes y a funcionarios públicos (arts. 550 y 551 del Código Penal).²⁴

El Gobierno español ha recurrido a la Ley de Seguridad Ciudadana (conocida como ley mordaza) para sancionar a quienes violan el confinamiento establecido en el Decreto de Estado de Alarma. Según los datos publicados por el Ministerio del Interior, las fuerzas policiales han propuesto más de un millón de multas desde que se decretó el estado de alarma por el coronavirus. Esa cifra supone un volumen prácticamente similar a las impuestas durante los primeros cuatro años de vida de la polémica ley, que empezó a aplicarse a mediados de 2015. A esto se suma el número de nueve mil detenidos.²⁵

Este es el listado de multas por la violación del confinamiento difundidas ampliamente por el Ministerio del Interior:²⁶

- Desplazamiento no autorizado (sin circunstancias concurrentes): **601 euros**.
- Actitud inapropiada del infractor: menosprecio (**2.000 euros**); intimidación, cuando no constituya infracción penal (**3.000 euros**); violencia o amenaza, cuando no constituya infracción penal (**10.400 euros**).
- Persistencia referida a restricciones a la libre circulación: **1.200 euros**.

²³ Cano Campos, Tomás: Estado de Alarma, sanciones administrativas y desobediencia a la autoridad. <https://seguridadpublicasite.wordpress.com/2020/05/08/estado-de-alarma-sanciones-administrativas-y-desobediencia-a-la-autoridad/>

²⁴ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3692.

²⁵ <https://elpais.com/espana/2020-04-25/tantas-multas-propuestas-en-el-confinamiento-como-impuestas-en-cuatro-anos-de-ley-mordaza.html>.

²⁶ https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/lista-completa-multas-saltarse-confinamiento_202004175e999a1dea9fed0001c39503.html.

- Persistencia referida a la realización de actividades no permitidas en establecimientos comerciales o industriales: **2.000 euros**.
- Presencia de menores, personas con discapacidad o en situación de vulnerabilidad, en especial en el vehículo sin causa justificada: **1.500 euros**.
- Desplazamiento no autorizado, junto a otras personas: **1.500 euros**.
- No identificación inicial debido a dificultades propiciadas por la persona infractora: **700 euros**.
- Actuación deliberada del infractor para evitar o dificultar su identificación: **1.500 euros**.
- Organización o participación en actividades en, festejos, celebraciones, etc.: **10.400 euros**.

En el caso de recibir una sanción y no recurrirla, los denunciados tienen dos opciones para realizar el pago de la misma. La primera es el abono de la cantidad en el plazo de 15 días desde su notificación, obteniendo un 50% de reducción de la cuantía. Y la segunda es pagar después de haberse cumplido los 15 días desde la notificación, situación en la que hay una reducción de 20%. Si se opta por presentar defensas y alegatos, estas deberán enviarse junto a las pruebas que considere el denunciado en el plazo de 15 días hábiles desde la notificación.

Los escritos podrán presentarse a Delegación del Gobierno, oficinas de Correos y órganos de la Administración General del Estado, Comunidades autónomas y Administraciones Locales.²⁷

V. SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS Y PLAZOS DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

En sus disposiciones adicionales segunda y tercera, el Real Decreto regula, respectivamente, la suspensión de plazos procesales –con las excepciones que enuncia– y la suspensión de plazos administrativos. En su número 1, la disposición adicional segunda declara que «se suspenden los términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, sus prorrogas». La suspensión de los términos y la interrupción de los plazos se aplicará a todo el sector público definido en la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.²⁸

Esta crisis sanitaria, ha puesto al descubierto algunas carencias en el Derecho español para hacer frente a situaciones de emergencia como la actual. La doctrina se ha planteado que es necesaria una nueva Ley orgánica que regule más adecuadamente los diferentes estados que contempla el art. 116 de la CE. Pero, también, que los Reales Decretos que regulan el estado de alarma se pueden hacer mejor, pues, en lo que al régimen sancionador se refiere, no resulta de recibo que se limite a reproducir un precepto de la LOAES que no establece más que una genérica remisión y, menos admisible resulta aún, que las autoridades encargadas de aplicarlo fueren la interpretación de la legislación de protección de la seguridad ciudadana e

²⁷ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3692.

²⁸ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3692.

imputen a más de un millón de ciudadanos ilícitos que realmente no han cometido y le impongan su desproporcionada sanción.²⁹

Es impresionante la batería de normas que en desarrollo del Estado de Alarma se han dictado en España.³⁰ Desde las instrucciones de cumplimiento del estado de alarma por los poderes públicos a las medidas urgentes referidas al impacto sobre tejido socioeconómico. Las referidas al Régimen sancionador y punitivo de conductas contrarias a las previsiones del estado de alarma, el impacto sobre plazos, etc.

VI. VALORACIÓN DEL COMPORTAMIENTO DE LA SOCIEDAD

Según una encuesta realizada por FUNCAS³¹, cuando se pregunta si el conjunto de la sociedad española ha estado a la altura de las circunstancias en esta crisis, este es el resultado: así lo piensan casi nueve de cada diez mujeres y hombres (88%). Por tanto, la valoración que cada miembro de la sociedad concede a la propia sociedad, aventaja claramente a la que otorga a las instituciones políticas y los interlocutores sociales.

Los datos sugieren que la crisis ha reforzado la confianza de la sociedad en sí misma y, probablemente también, la conciencia de su superioridad respecto a las instituciones y sus representantes.

VII. PLAN PARA LA TRANSICIÓN HACIA UNA NUEVA NORMALIDAD

Después de la publicación de la Comunicación “Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19”³², presentada el 15 de abril de 2020 por la Presidenta de la Comisión Europea y el Presidente del Consejo Europeo, los distintos Estados miembros de la Unión Europea comenzaron a planificar las distintas fases que permitan reanudar las actividades económicas y sociales, de modo que se minimice cualquier repercusión sobre la salud de las personas y no se sobrecarguen los sistemas sanitarios, atendiendo a las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud.

En ese contexto, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020, se aprobó en España el llamado “Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad”³³, que concibe el levantamiento de las medidas de contención de modo gradual, asimétrico, coordinado con las comunidades autónomas y adaptable a los cambios de orientación necesarios en función de la evolución de los datos epidemiológicos y del impacto de las medidas adoptadas.

El Plan, que fue remitido al Congreso de los Diputados el 29 de abril de 2020 en cumplimiento de lo previsto por la disposición adicional sexta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, tiene como objetivo fundamental conseguir que, manteniendo como referencia

²⁹ Cano, Tomás: Estado de alarma, sanciones administrativas y desobediencia a la autoridad. <https://seguridadpublicasite.wordpress.com/2020/05/08/estado-de-alarma-sanciones-administrativas-y-de-sobediencia-a-la-autoridad/>

³⁰ Chaves, JR: <https://delajusticia.com/2020/03/18/derecho-y-coronavirus-normas-instrucciones-e-implicaciones/>

³¹ <https://www.funcas.es/covid-19/IV-ola-de-la-Encuesta-Funcas-sobre-el-Coronavirus>.

³² https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/joint_eu_roadmap_lifting_covid19_containment_measures_es.pdf

³³ <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/planDesescalada.htm>

fundamental la protección de la salud pública, se recupere paulatinamente la vida cotidiana y la actividad económica, minimizando el riesgo que representa la epidemia para la salud de la población y evitando que las capacidades del Sistema Nacional de Salud se puedan desbordar.³⁴

Este Plan establece los principales parámetros e instrumentos para la adaptación del conjunto de la sociedad a la nueva normalidad, con las máximas garantías de seguridad.

Este documento deja claro que la desescalada no es un proceso matemático ni automático, ya que no hay certeza de cuándo un territorio podrá pasar de una fase a otra. El avance a las fases siguientes dependerá de cómo progresen tanto la epidemia como sus capacidades sanitarias, dentro del marco de indicadores que reflejará el panel de indicadores. Cuanto mejor evolucionen los datos, más rápido será el avance, pero no se puede ignorar la posibilidad de que los datos empeoren y haya que dar pasos hacia atrás, una opción nada deseable, por lo que el paso de una fase a otra debe hacerse con todas las garantías.³⁵

A modo de resumen, la descripción de las fases³⁶ sería la siguiente:

- **Fase 0 o de preparación de la desescalada.** Es la situación a fecha de hoy, caracterizada por el establecimiento de medidas de alivio comunes para todo el país una vez doblegada la curva de contagios, permitiendo la movilidad fuera del domicilio, fundamentalmente en el ámbito privado, y medidas con un riesgo asociado de contagio muy bajo o nulo, siempre que se cumplan las indicaciones de seguridad, en base a la responsabilidad y autoprotección de los ciudadanos (actividad deportiva individual sin contacto y paseos, atención de huertos familiares, algunas actividades económicas con control de aforo, etc.). Durante esta fase se podrán adoptar medidas que afecten exclusivamente a determinados territorios. En particular, islas sin movilidad exterior y con tasas de contagio prácticamente nulas.
- **Fase I o inicial.** En función del cumplimiento de los indicadores del panel de indicadores en los diferentes territorios, se permitirá la apertura parcial de actividades, en particular, actividades económicas como pudieran ser la apertura del pequeño comercio con cita previa o servicio en mostrador, restaurantes y cafeterías con entrega para llevar, actividades en el ámbito agrario, actividades deportivas 28 profesionales, alojamientos turísticos sin utilización de zonas comunes y con restricciones, entre otras actividades.
- **Fase II o intermedia.** En esta fase se plantea la apertura parcial de actividades que se mantienen restringidas en la fase I, con limitaciones de aforo, como restaurantes con servicio de mesa y terrazas, zonas comunes de alojamientos turísticos, grandes superficies comerciales, etc.
- **Fase III o avanzada.** En esta fase se prevé la apertura de todas las actividades, pero siempre manteniendo las medidas oportunas de seguridad y distancia. Entre las medidas a contemplar en esta fase, la apertura del comercio minorista que no hubiera abierto con anterioridad, con limitación de aforo, bares y discotecas con aforo muy limitado, museos y espectáculos culturales, también con asistencia limitada, etc.

³⁴ <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/planDesescalada.htm>

³⁵ <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2806-Una-nota-sobre-el-estado-de-alarma-y-los-cambios-de-fase.aspx>

³⁶ <https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/planDesescalada.htm>

- **Nueva normalidad.** Terminan las restricciones sociales y económicas, pero se mantiene la vigilancia epidemiológica, la capacidad reforzada del sistema sanitario y la autoprotección de la ciudadanía.

VIII. NUEVO ESCENARIO POST ESTADO DE ALARMA

Cuando expiraba el Estado de Alarma fue aprobado el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 junio, que establece medidas que se aplicarán también tras su levantamiento³⁷. Durante el estado de alarma se han aprobado otros 15 Reales Decretos-leyes.³⁸

Este Real Decreto-ley 21/2020 establece obligaciones que indudablemente limitan la libertad de los ciudadanos (por ejemplo, el uso de mascarillas) e incluso tipifica infracciones y sanciones (como la multa por un máximo de 100 euros por incumplir la obligación de uso de la mascarilla).

Esta norma parte del supuesto de que ante los posibles riesgos que pudieran derivarse de la pérdida de vigencia automática de dichas medidas para la favorable evolución en el logro de los objetivos de contención de la pandemia, por la aparición de nuevos brotes epidemiológicos y nuevas cadenas de transmisión no identificadas que comprometieran la garantía de la integridad física y la salud de las personas y que situasen de nuevo bajo una enorme presión asistencial los recursos sanitarios disponibles, desde la óptica del deber constitucional de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas, se hace urgente y necesaria la adopción de dichas medidas preventivas, mientras no sea declarada oficialmente la finalización de la situación de crisis sanitaria.³⁹

A ese fin responde el real decreto-ley con el establecimiento de un deber general de cautela y protección que afiance comportamientos de prevención en el conjunto de la población, y con la adopción de una serie de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación, dirigidas a garantizar el derecho a la vida y a la protección de salud mientras perdure la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez expirada la vigencia del estado de alarma y de las medidas extraordinarias de contención, incluidas las limitativas de la libertad de circulación, establecidas al amparo de aquel.⁴⁰

En síntesis, las medidas esenciales son: la obligación de la mascarilla, la fijación de la distancia de seguridad en 1,5 metros y la higiene reforzada en espacios públicos y privados.

El Real Decreto-ley⁴¹ se estructura en siete capítulos, que de manera general contienen las siguientes regulaciones:

- El capítulo I, artículos 1 a 5, recoge las disposiciones generales, esto es, el objeto y el ámbito de aplicación del real decreto-ley, los órganos competentes, así como las medidas que se deben adoptar para evitar la generación de riesgos de propagación de la enferme-

³⁷ <https://www.arpa.es/r-d-ley-21-2020-de-medidas-urgentes-de-prevencion-contencion-y-coordinacion-para-hacer-frente-a-la-crisis-del-covid-19/>

³⁸ <https://almacendederecho.org/estado-de-alarma-en-el-pais-de-los-decretos-leyes>

³⁹ <https://www.arpa.es/r-d-ley-21-2020-de-medidas-urgentes-de-prevencion-contencion-y-coordinacion-para-hacer-frente-a-la-crisis-del-covid-19/>.

⁴⁰ <https://www.arpa.es/r-d-ley-21-2020-de-medidas-urgentes-de-prevencion-contencion-y-coordinacion-para-hacer-frente-a-la-crisis-del-covid-19/>.

⁴¹ <https://www.arpa.es/r-d-ley-21-2020-de-medidas-urgentes-de-prevencion-contencion-y-coordinacion-para-hacer-frente-a-la-crisis-del-covid-19/>.

dad COVID-19. Asimismo, se prevé la adopción de planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias, mediante actuaciones coordinadas en salud pública, para el desarrollo de las distintas actividades que se contemplan en los capítulos siguientes.

- El capítulo II está integrado por los artículos 6 a 16 y recoge el mantenimiento de determinadas medidas de prevención e higiene, como son el uso obligatorio de mascarillas en la vía pública, en espacios al aire libre y en espacios cerrados de uso público o que se encuentren abiertos al público, así como en los transportes. Asimismo, a este respecto, se contempla la posibilidad de que las mascarillas puedan ser adquiridas de manera unitaria en las oficinas de farmacia, lo que facilita su acceso a la población. Esta medida, junto con la modificación establecida en el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, permite que el acceso a las mascarillas pueda realizarse en condiciones económicas no abusivas. Igualmente, en este capítulo se contempla la adopción de determinadas medidas de prevención en el entorno de trabajo, tales como la ordenación de los puestos de trabajo o la organización de los turnos para evitar aglomeraciones, así como el mantenimiento de medidas de prevención e higiene básicas en los establecimientos comerciales, en los centros residenciales de carácter social, en los hoteles y alojamientos turísticos o en las actividades de hostelería y restauración, entre otras. En el ámbito deportivo, por su parte, se reconoce la competencia del Consejo Superior de Deportes para aplicar estas medidas en determinadas competiciones profesionales, una vez oído el organizador, el Ministerio de Sanidad y las comunidades autónomas; y en función de las circunstancias concurrentes y la necesaria protección de deportistas y público.
- El capítulo III, artículos 17 y 18, recoge diversas disposiciones que habilitan para regular la oferta de plazas y el volumen de ocupación en los servicios de transporte de viajeros por vía marítima, por ferrocarril y por carretera, todos ellos de competencia estatal. Los operadores de transporte con número de asiento preasignado deberán conservar, a disposición de las autoridades de salud pública, la información de contacto de los pasajeros durante un mínimo de cuatro semanas, con la finalidad de realizar la trazabilidad de los contactos. Asimismo, se habilita al titular de la Dirección General de la Marina Mercante para ordenar, a propuesta del Ministerio de Sanidad, la adopción de medidas sanitarias para el control de buques, incluidos los de tipo crucero, que realicen viajes internacionales y naveguen por aguas del mar territorial con objeto de entrar en puertos españoles.
- El capítulo IV, artículos 19 a 21, contiene medidas relativas a medicamentos, productos sanitarios y productos necesarios para la protección de la salud. Entre otros aspectos, cabe señalar, en materia de medicamentos, la necesidad de dar continuidad a las medidas de suministro de información, abastecimiento y fabricación de aquellos considerados esenciales para la gestión sanitaria del COVID-19. Igualmente, para proteger la salud pública, se debe garantizar su abastecimiento en centros y servicios sanitarios, y ello requiere una distribución capaz de cubrir el consumo con la agilidad necesaria. Por lo que respecta a los productos sanitarios y a los biocidas, se incorporan las medidas imprescindibles para garantizar la fabricación y puesta a disposición de mascarillas quirúrgicas, batas quirúrgicas, soluciones y geles hidroalcohólicos para la desinfección de manos y antisépticos de piel sana a un ritmo adecuado para atender el considerable volumen de demanda existente.
- El capítulo V, artículos 22 a 27, prevé medidas para la detección precoz de la enfermedad y el control de las fuentes de infección y vigilancia epidemiológica. De este modo, se señala de manera específica que el COVID-19, enfermedad producida por la infección por el virus SARS-CoV-2, es una enfermedad de declaración obligatoria urgente, calificación que en la práctica ya tenía por ser un subtipo de la familia SARS (Síndrome Respiratorio Agudo Grave), y estar prevista en los anexos I. 48 y II.1.B del Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la red nacional de vigilancia epidemiológica. Asimismo, se da continuidad a una serie de obligaciones de recogida, tratamiento y remisión de información, de los datos de relevancia epidemiológica y sanitaria que sean pertinentes, siempre salvaguardando los derechos de protección de datos perso-

nales, así como al sistema establecido con los laboratorios para la recogida y remisión de información con el resultado de pruebas diagnósticas por PCR (Reacción en Cadena de la Polimerasa) en España como complemento al sistema de vigilancia individualizada de los casos de COVID-19.

- El capítulo VI, artículos 28 a 30, dispone una serie de medidas para garantizar las capacidades del sistema sanitario en materia de recursos humanos, planes de contingencia y obligaciones de información.
- El capítulo VII, que se integra por el artículo 31, regula el régimen sancionador aplicable al incumplimiento de las medidas de prevención y de las obligaciones establecidas en este real decreto-ley.
- La disposición adicional primera contiene previsiones específicas en relación con los controles sanitarios y operativos en aeropuertos gestionados por AENA, mientras que la disposición adicional segunda incorpora las previsiones en materia de sanidad exterior en puertos de interés general.

Estas medidas aprobadas por el Gobierno son efectivas desde el 10 de junio, aunque el Decreto tenía que pasar en el plazo de un mes por el Congreso para su convalidación.⁴² Es así como el 25 de junio de 2020, se llevó a cabo el debate sobre esta nueva norma, obteniendo el Gobierno el respaldo inequívoco de la mayoría absoluta de los partidos políticos al Real Decreto ley que regula ya la vida de los ciudadanos después de la caída del estado de alarma. Por tanto, el Gobierno saca adelante la primera norma poscovid.⁴³ Esta mayoría, con el apoyo del principal partido de la oposición, fue a cambio de que el texto se tramite como proyecto de ley, por lo que tendrá que comenzar su debate en las dos Cámaras y podrán incorporarse enmiendas. Esta permite que se añadan las “aportaciones de todos los grupos parlamentarios”, aunque el Ministro de Sanidad pidió que la tramitación se haga de forma “ágil y urgente”, para tener cuanto antes “un marco para hacer frente a los posibles brotes”.⁴⁴

CONCLUSIÓN

España deja atrás el estado de alarma decretado el 14 de marzo tras 100 días sumida en las inéditas medidas de confinamiento y restricción de la actividad impulsadas para tratar de contener la pandemia. Una suerte de letargo económico y social del que el país despierta en condiciones muy diferentes a las que entró. Tras unas semanas de descompresión, en el marco del plan de desescalada de esta excepcionalidad, los ciudadanos pasan ahora a vivir en la llamada “nueva normalidad”, que regirá hasta que haya cura para el virus, libres ya de restricciones de movilidad y sujetos solo a las prevenciones que determine cada Gobierno Autonómico. Sin embargo, tras empezar el año con un crecimiento que perdía velocidad y sufrir en estos meses la caída más vertical de su historia, la economía española proseguirá ahora inmersa en su propio estado de alarma particular, que costará años superar.⁴⁵

⁴² <https://www.elmundo.es/espana/2020/06/10/5ee07ea121efa0da498b468c.html>

⁴³ https://www.elconfidencial.com/espana/2020-06-25/convalidacion-real-decreto-ley-nueva-normalidad-congreso_2655159/

⁴⁴ https://www.elconfidencial.com/espana/2020-06-25/convalidacion-real-decreto-ley-nueva-normalidad-congreso_2655159/

⁴⁵ https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/06/19/economia/1592590805_907643.html

Este país deja atrás la peor crisis sanitaria de su historia reciente para enfrentarse ahora a sus secuelas: un ambiente político de máxima crispación, una economía renqueante y una de las cifras de muertos más alta del continente.⁴⁶

⁴⁶ <https://www.salamanca24horas.com/texto-diario/mostrar/1998783/junio-99-dias-nos-cambiaron-vida-cronologia-estado-alarma-salamanca>

CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA RELACIÓN DE DOMINACIÓN ENTRE CUBA Y VENEZUELA

José Amando Mejía Betancourt*

Abogado

Resumen: *La relación de dominación que se ha impuesto entre Cuba y Venezuela a lo largo de los últimos veinte años durante el régimen “chavista”, tiene una serie de consecuencias en el orden constitucional, para el Derecho internacional público y en las relaciones internacionales. La interferencia de Cuba en los asuntos internos de Venezuela se ha constituido en un impedimento insuperable para un arreglo pacífico y constitucional de la crisis política. Cuba ejerce el mando militar y político sobre las fuerzas armadas venezolanas que mutaron en un ejército mercenario a su servicio. Venezuela se transformó en un Estado fallido que desapareció y su soberanía fue absorbida por Cuba. Venezuela se encuentra en una “situación excepcional”.*

Palabras Clave: *Crisis política – Estado fallido – orden constitucional – Derecho Internacional Público.*

Abstract: *The relationship of domination that has been imposed between Cuba and Venezuela over the past twenty years during the “chavista” regime has a number of consequences on constitutional order, for public international law and in international relations. Cuba’s interference in Venezuela’s internal affairs has been an insurmountable impediment to a peaceful and constitutional settlement of the political crisis. Cuba exercises military and political command over the Venezuelan armed forces that mutated into a mercenary army at its service. Venezuela became a failed state that disappeared, and its sovereignty was absorbed by Cuba. Venezuela is in an “exceptional situation”.*

Key words: *Political crisis – Failed state – constitutional order – Public International Law.*

INTRODUCCIÓN

La presencia y dominación de Cuba sobre la vida venezolana es un hecho conocido, de lo cual existen muchas evidencias y se le han consagrado muchos trabajos. El dominio que ejerce Cuba sobre Venezuela requiere de una reflexión jurídica y genera un conjunto de consideraciones constitucionales que no pueden pasar desapercibidas. El control de Cuba sobre Venezuela ha llegado a tales extremos, que cuestionar la existencia misma del Estado venezolano es por donde hay que comenzar la reflexión. Pues, la estructura de poder existente en

* Abogado de la UCAB. Doctor de la Universidad de París (II). Postgrados: DSUP en Finanzas Públicas; DSUP en Derecho Administrativo; DSUP en Derecho Comercial; en la Universidad de París (II). Miembro de la Sociedad de Legislación Comparada de París. Profesor universitario en la UNIMET, UCAT y UCV. Fue Consultor Jurídico del Ministerio de Energía y Minas; Director Principal del Fondo de Inversiones de Venezuela (1984-1986); y Vice Ministro de Hacienda (1993-1994). Tiene más de cincuenta artículos publicados y una Tesis de Doctorado. Dedicado al Derecho Tributario, Administrativo y Constitucional.

Venezuela no se puede considerar un Estado por múltiples razones: ni desde el punto de vista constitucional y del derecho interno, ni desde el punto de vista del Derecho internacional público y de las relaciones internacionales. Aquí ofrecemos una reflexión sobre los efectos jurídicos y constitucionales que tiene el dominio de un Estado sobre el otro y de sus consecuencias en el Derecho internacional.

El jurista tiene una visión de la situación venezolana que no le permite aceptar, pasar por alto o desconocer ciertos aspectos que tienen una consecuencia significativa en el mundo del derecho que es su especialidad. No puede, como hacen los estudiosos de las ciencias políticas y los políticos, descartar los efectos jurídicos de ciertos hechos en aras del pragmatismo o por cualquier otro tipo de motivo no jurídico. Mas, cuando la realidad de la trama es fundamentalmente constitucional y que, dentro de ella, se debe desarrollar la vida política de Venezuela.

El dominio de Cuba sobre Venezuela es real e incontrovertible, pero, vemos, que esos mismos políticos y politólogos, actúan y opinan, como si tal situación no existiera o le restan importancia y descartando cualquier impacto que pueda tener en el mundo del derecho. Cuando, en realidad, el único hilo conductor cierto y seguro para entender y desplazarse en medio de la compleja situación política, es, precisamente, la reflexión constitucional. El drama político venezolano hay que verlo y entenderlo jurídicamente, para no equivocarse tan recurrentemente como hasta ahora y poder tomar, eso sí, buenas decisiones políticas. Olvidan esos políticos y politólogos, con mucha desenvoltura y superficialidad, que lo político en Venezuela está dentro del derecho y no al revés, por mandato expreso de la Constitución en sus artículos 333 y 350, establecidos para ser aplicados en tiempos excepcionales y turbulentos como los que vive la República. Por ejemplo, escuchamos, con mucha frecuencia, de la boca de esos políticos y politólogos, que el llamado “Gobierno interino existe y es legítimo porque lo reconoce EEUU y más de cincuenta países”, pero, en Derecho internacional público eso no es así. Resulta que tal “reconocimiento”, según la doctrina unánimemente aceptada, solo tiene un efecto “declarativo” y “unilateral” para el autor o autores de tal declaración y nada más.¹ Tal declaración no tiene un efecto “constitutivo”, creador del tal gobierno, ni tampoco es fuente de su legitimidad.² Otro ejemplo es que también escuchamos con frecuencia, presuponer que en Venezuela existe un Estado porque existe una Asamblea Nacional, como último reducto y espacio que queda de la legitimidad democrática institucional. Pues bien, lo que queda de la Asamblea Nacional no significa que en Venezuela hay un Estado, sino que, ha sido el escenario, modo y manera que han tenido los partidos políticos opositores en ella representados, para lograr el restablecimiento de la efectiva vigencia del orden constitucional, conforme a los artículos 333 y 350 de la Constitución y nada más. La “Asamblea Nacional” al igual que el “Gobierno interino”, son mecanismos utilizados por los actores políticos de la oposición para cumplir y aplicar el mandato de esos artículos 333 y 350 de la Constitución, pero, no significa que el Estado venezolano existe en la realidad. Los operadores políticos actúan dando por descontado que el Estado existe, cuando en realidad no es así y todo se reduce a la ficción y simulación de un Estado inexistente.

¹ Combacau, J. y Sur, S. *Droit International Public*. LGDJ. París. 2019. p. 325. *Gazano Antoine. L'essentiel des Relations internationales*. Gualino Lextenso. París. 2018. p. 65. Denis Alland. *Manuel de droit international public*. Puf. Paris 2019. p. 72.

² Su legitimidad proviene de los artículos 333 y 350 de la Constitución, como lo reconoce el “Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución”, dictado por la Asamblea Nacional como soporte jurídico al “Gobierno interino”, de fecha 5-2-2019.

El dominio de Cuba sobre Venezuela ha generado sus principales efectos en diferentes direcciones. Ha provocado el establecimiento definitivo de una dictadura y la consecuente pérdida de vigencia de la Constitución; ha causado la desaparición del Estado en Venezuela; ha transformado las fuerzas armadas nacionales en un ejército mercenario; y ha colocado a Venezuela en una situación jurídica “excepcional” a nivel internacional. Aquí el jurista tiene una ventaja porque su quehacer le permite ver con claridad la ruta y seguir el camino constitucional que los venezolanos se han trazado.

I. LA INTERFERENCIA CUBANA EN LA CRISIS POLÍTICA Y CONSTITUCIONAL DE VENEZUELA

Cuba juega un papel esencial en la tragedia venezolana. Cuando la sociedad democrática venezolana consiguió el 6 de diciembre de 2015 un contundente triunfo electoral, que le permitió obtener una amplia mayoría parlamentaria y el control absoluto de la Asamblea Nacional, en lo que fue el último proceso electoral medianamente legítimo realizado en Venezuela, se planteó la última oportunidad política para que el régimen “chavista”³ regresara al orden constitucional, si se hubiera respetado el resultado electoral y aceptado el continuar la vía político-institucional trazada en la Constitución. Dentro de un juego institucional que consiste en la llamada “cohabitación política a la francesa”,⁴ entre, por una parte, el Poder Ejecutivo con un presidente surgido de la corriente política oficialista y, por otra parte, la Asamblea Nacional con una nueva y contundente mayoría de la oposición democrática. De haberse acatado ese resultado electoral hubiera podido iniciarse una transición política ordenada y constitucional, ya que, el pueblo había decidido que se compartiera el ejercicio del poder político entre el gobierno y la oposición democrática.

Pero el gobierno “chavista” ante la pérdida de las elecciones parlamentarias decidió no obedecer la voluntad popular, ignorar la Constitución y evolucionar hacia un autoritarismo frío, duro y sanguinario, instalando una típica y vulgar dictadura militar latinoamericana en pleno siglo XXI. La razón primordial de este desconocimiento y desacato de la voluntad del pueblo, fue, el inminente peligro que la nueva mayoría parlamentaria representaba para los intereses económicos de Cuba en Venezuela, ya que, se podía cortar y suspender de inmediato la enorme asistencia financiera que le proporciona Venezuela, que le ha permitido sobrevivir durante los últimos dos decenios y enriquecer escandalosamente a sus dirigentes.⁵ Se hizo evidente, una vez más, que el problema político venezolano estaba asociado estrechamente a la supervivencia financiera de la dictadura castrista y que existe por lo tanto una hermética, enorme e infranqueable interferencia cubana en la vida política de Venezuela desde que el “chavismo” llegó al poder.

Otra hubiera sido la historia si el gobierno hubiera cohabitado institucionalmente con la oposición democrática respetando el orden constitucional. Lo que resultó imposible, cuando, también, poco apoco, al ritmo de los acontecimientos, comenzó a conocerse con más preci-

³ El “chavismo” se refiere a la corriente política identificada con el pensamiento, trayectoria y personalidad del fallecido ex-presidente Hugo Chávez, que gobernó a Venezuela entre 1999 y 2012.

⁴ Término tomado de la doctrina francesa, que se refiere a aquella situación político constitucional, característica de los regímenes políticos presidenciales, donde el poder ejecutivo y el poder legislativo están bajo el control de partidos y tendencias políticas opuestas y enfrentadas. Pero que deben convivir respetando escrupulosamente las reglas constitucionales.

⁵ Ver: Panampost: “En Cuba no hay pan, pero la familia Castro ostenta paseos en yate”. <https://es.panampost.com/mamela-fiallo/2019/01/07/en-cuba-no-hay-pan-pero-la-familia-castro-ostenta-paseos-en-yate/>

sión y certeza el tenebroso historial delincencial del régimen “chavista” mantenido cuidadosamente oculto, de sus carnales vinculaciones con el narcotráfico, su solapada, maliciosa y corrupta estructura militar y su increíble y despreciable sujeción y sometimiento a la dictadura cubana.

Para evadir la “cohabitación política” con la Asamblea Nacional en manos de la oposición democrática, el gobierno “chavista”, finalmente, se vio obligado a quitarse la máscara y convertirse visiblemente sin tapujos en una cruel dictadura militar.⁶ Ejecutando una masiva, sanguinaria, brutal e implacable represión permanente contra el pueblo venezolano, persiguiendo a fuego a ciudadanos desarmados que cotidianamente protestan pacíficamente. Represión ejecutada por los militares venezolanos actuando en conjunto con sus instrumentos represivos tanto policiales como paramilitares y con apoyo de los asesores de la dictadura cubana que, según muchas evidencias, intervienen directa y materialmente con criminal frialdad en los actos represivos. Durante el año 2017, la dura y despiadada represión política dejó un saldo de más de 150 venezolanos asesinados y miles ciudadanos heridos, perseguidos, encarcelados y torturados.⁷

Desde la llegada de Hugo Chávez al poder en 1999, su primera prioridad fue sostener financieramente a Cuba,⁸ tomando el relevo del apoyo económico que antes le brindaba la extinta Unión Soviética. Mientras los ingresos fueron abundantes pudo mantener el flujo de recursos a la isla sin mayores inconvenientes, pero, cuando se planteó la “cohabitación política” con la oposición democrática entonces se dio el giro definitivo hacia la dictadura, pues la ayuda financiera al régimen cubano no podía cuestionarse ni ponerse en riesgo, cosa que estando la Asamblea Nacional en manos de la oposición democrática generaba inmensas dudas al asumir las competencias constitucionales de la autorización y control del presupuesto y del gasto público. El regreso a la normalidad constitucional y democrática a partir de las elecciones del 6 de diciembre de 2015 fue entonces de imposible realización y se frustró por la interferencia cubana en los asuntos internos de Venezuela afanosa por mantener la asistencia económica que permanentemente recibe del “chavismo”.

Es bien conocido que la economía cubana nunca ha podido mantenerse sin el auxilio financiero proveniente del exterior, primero de la Unión Soviética y luego de Venezuela.⁹ Es una economía débil y su fuente de ingresos propios es muy exigua para sostener el sistema sociopolítico instalado, de ahí que no pueda funcionar sin una importante y permanente ayu-

⁶ Para los detalles jurídicos ver: José Amando Mejía Betancourt. “El reconocimiento internacional del Tribunal Supremo de Justicia en el exilio”. Publicado en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Caracas. N° 157. 2018. Y, “El deber de la Asamblea Nacional de desconocer a la Sala Constitucional”, de abril 2016; publicado en la *Revista Tachirensis de Derecho* (electrónica). UCAT. Número 27. Enero-Diciembre 2016. San Cristóbal, Estado Táchira: www.ucat.edu.ve; en el portal: www.soberania.org.ve; y en el portal: <http://reportecatolicolaico.com/2016/04>.

⁷ Hay que recordar que esta es la cuarta vez que el “chavismo” arremete violentamente contra el pueblo venezolano, dejando una estela de sangre y muerte: primero, con los alzamientos militares del año 1992; segundo, en los eventos de abril de 2002; tercero, contra las protestas del año 2014, particularmente en los Estados andinos de Táchira y Mérida; y cuarto, en el año 2017 durante la insurrección civil contra la dictadura militar. Hugo Chávez en sus intervenciones públicas, solía decir que su “revolución era pacífica pero armada”.

⁸ Ver: Naím, Moisés. “Cómo conquistó Cuba a Venezuela”. *Diario el País*. España. 19-4-2014. https://elpais.com/internacional/2014/04/19/actualidad/1397936093_048585.html

⁹ Entre ambos momentos hubo lo que se llamó “el periodo especial”, donde la hambruna, la carestía y la durísima represión política tenía a la dictadura castrista en vilo.

da externa, por lo que, en ningún caso, a Cuba le es permitido prescindir del ingreso petrolero venezolano, lo que ha llevado a la solución autoritaria y a la ruptura definitiva del orden constitucional en Venezuela. Sin los recursos financieros provenientes de Venezuela es muy probable que se desestabilice y derrumbe el régimen dictatorial cubano.¹⁰ En este contexto la democracia venezolana se transformó en un obstáculo insuperable para el financiamiento de la dictadura cubana y hubo que prescindir de ella.

Para asegurar la permanencia del régimen “chavista” en el poder, los cubanos promovieron y comprometieron a las Fuerzas Armadas Venezolanas con la corrupción a gran escala, la delincuencia organizada, el enriquecimiento ilícito y, sobre todo, con el narcotráfico. Con el propósito de amarrarlas indefinidamente a la opción dictatorial, sabiendo que después de hacerlas entrar en el negocio del narcotráfico y atravesar ciertos límites no se tiene vuelta atrás, en términos similares a lo que la mafia siciliana denomina el “omertá”: compromiso de silencio y sangre. Esta manipulación del mundo militar orquestada y dirigida desde la Habana, fue conocida, consentida y promovida ampliamente durante los más de veinte años que tiene el “chavismo” en el poder, durante los cuales los cubanos recibieron carta blanca para hacer lo que les diera la gana con las Fuerzas Armadas Venezolanas, consolidándose de esta manera un protectorado militar cubano¹¹ y la sumisión venezolana; los militares venezolanos fueron comprados y gustosamente se dejaron vender a la corrupción y el narcotráfico. Pero, cuando se produce el desplome de los precios del crudo en el mercado internacional que provoca la disminución de los ingresos de Venezuela y la subsiguiente gran crisis nacional, sale a la luz pública toda esta sórdida y nauseabunda situación, para llegar a la insólita realidad de que constitucionalmente las Fuerzas Armadas Venezolanas dejaron de serlas y se metamorfosearon en una tropa mercenaria ocupando su propio país al servicio de Cuba.

Además, el “chavismo” aprovechó este cínico juego para manipular las incontroladas ambiciones personalistas de los líderes y partidos electoralistas de la oposición, alimentando en su seno un sueño de solución política electoral ingenuo, cándido, incauto e imposible. Y, también, propiciar un colaboracionismo servil de aquellos muchos entregados a la ambición económica sin freno, sumado a la torpeza y la irresponsabilidad de diversos actores políticos.¹² Creándose así las condiciones adecuadas para la edificación de una dictadura militar de naturaleza delincencial, lo que ha provocado el derrumbe del Estado y su caracterización de “fallido”, que, como veremos, ya no puede seguir jugando el papel que le corresponde como persona jurídica en la comunidad internacional.

La complejidad de la entrampada situación venezolana se debe, sobre todo, a esa interferencia del régimen cubano en la vida institucional venezolana como una cuestión esencial para su propia subsistencia económica y política.¹³ Hoy, el mensaje que se está difundiendo

¹⁰ Ver: Villalobos, Joaquín. “El dominó venezolano”. *Diario “El País”*. España 9-8-2018. https://elpais.com/elpais/2018/08/01/opinion/1533133351_818283.html

¹¹ Venezuela ha cedido su soberanía a Cuba que toma las decisiones fundamentales de interés nacional. Como la de desconocer el triunfo electoral de la oposición del 6 de diciembre de 2015 e impedir la cohabitación política.

¹² Las elecciones del 6 de diciembre de 2015 también resultaron ser la última expresión de la unidad política y electoral de la oposición democrática, que a partir de ahí se desconfiguró y entró en un decadente proceso de contradicciones y descomposición. Ver: Jesús Petit Da Costa. <http://jesuspetitdacosta.blogspot.com/> Y, Durán, Armando. “La degradante agonía de la MUD”. http://www.elnacional.com/noticias/columnista/degradante-agonia-mud_208999.

¹³ Ver: “Gobiernos de Cuba y Venezuela ratificaron su estrecha alianza política y económica”. *El Universal*. 21-4-2018. Caracas. <http://www.eluniversal.com/politica/6881/alianza-cuba-venezuela-mantiene-indeleble-poscastrista>

entre los amigos de la dictadura castrista en el mundo internacional es como el desplome de la dictadura venezolana puede significar la desestabilización y caída final del régimen cubano. Dicho de otra manera, los recursos financieros y económicos provenientes de Venezuela son indispensables para la supervivencia del régimen dictatorial cubano, lo que preocupa a sus aliados internacionales, pues la caída de la dictadura en Cuba sería algo así como la “caída del muro de Berlín” en América Latina, lo que tendría un gran impacto político regional similar al que tuvo en Europa.¹⁴

Para nadie es un secreto el público, activo y visible respaldo que recibe Cuba, desde hace mucho tiempo, por parte de la ambigua “Internacional Socialista” con un discurso permanente que pretende embozar la realidad cubana;¹⁵ de la confusa doblez de la cancillería del Estado Vaticano;¹⁶ del desconcertante apoyo de muchos Estados democráticos;¹⁷ y de la errática actitud partisana y militante del social-demócrata Antonio Guterres Secretario General de la ONU.¹⁸ A lo que se añade el reciente respaldo a Cuba de sectores influyentes de la opinión y del partido Demócrata en USA, que con mezquina preocupación electoral ven como la Administración Trump viene actuando con mucha firmeza en contra de las dictaduras venezolana y cubana y quieren impedir, en lo posible, que el desplome de estos regímenes sea considerado por la opinión pública norteamericana como un éxito político histórico del partido Republicano y personal de su actual presidente Donald Trump. Lo que constituye una cínica cortina de hierro protectora del régimen cubano dentro del mundo democrático, pues en el mundo autoritario cuentan siempre con los incondicionales apoyos de Rusia, China y de la constelación de dictaduras que existen en el tercer mundo que hacen vida política internacional en la ONU. El drama internacional planteado para muchos es, por tanto, la posibilidad cierta y casi inevitable que el colapso de la dictadura venezolana arrastre a la cubana, cuya economía vive y depende de los recursos financieros que desde hace veinte años absorbe de Venezuela.

¹⁴ Por ejemplo, la crisis que sacude a la izquierda y al socialismo democrático europeo, así como a la “Internacional socialista”, se incrementó de manera significativa con la caída del muro de Berlín.

¹⁵ Pareciera que la “Internacional socialista”, donde los principales partidos de la oposición venezolana forman parte activa, juega a una imposible solución electoral en Venezuela que comprenda el mantener el flujo de dinero venezolano a la isla caribeña para impedir la caída de la dictadura castrista y que no se perjudique su ideario político social-demócrata en América Latina. Ver: “Reunión del XXV Congreso de la Internacional Socialista Cartagena, 2-3-4 de marzo de 2017”. “RESOLUCIÓN SOBRE VENEZUELA”. “...y, sobre todo, al cumplimiento constitucional de la celebración de procesos electorales específicamente establecidos en la Carta Magna, a la que la comunidad internacional y la Internacional Socialista han aportado para la consecución de una solución política y pacífica a la grave crisis por la que atraviesa Venezuela”. [http://www.internacionalsocialista.org/images/dynamicImages/files/FINAL%20%20Resol%20%20Venezuela-Spanish \(2\).pdf](http://www.internacionalsocialista.org/images/dynamicImages/files/FINAL%20%20Resol%20%20Venezuela-Spanish%20(2).pdf)

¹⁶ Ver: El Nacional. “Vaticano justificó presencia de un enviado en la toma de posesión de Maduro”. Caracas. 14-1-2019. http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/vaticano-justifico-presencia-enviado-toma-posesion-maduro_266339 Y, Panampost. “Vaticano elimina de su portal de noticias homenaje a Fidel Castro”. 3-1-2018. <https://es.panampost.com/mamela-fiallo/2019/01/03/vaticano-castro/>

¹⁷ Ver: El País. Joani Sánchez. “Cuba, un viaje arriesgado para Pedro Sánchez”. Madrid. 20-11-2018. https://elpais.com/elpais/2018/11/19/opinion/1542639769_020575.html

¹⁸ Ver: Joani Sánchez. “Bachelet, una amiga de la Habana, para vigilar los derechos humanos”. La Habana. 9-8-2018. https://www.14ymedio.com/opinion/Bachelet-Habana-vigilar-derechos-humanos_0_2488551127.html

Circunstancia que estos importantes actores políticos internacionales quieren impedir a toda costa, aun sacrificando a Venezuela y condenar a su pueblo al exilio, la miseria y la opresión como está ocurriendo.

La costosa factura que paga Venezuela para mantener y sostener a la dictadura castrista no es fácil de asumir ni cubrir por los otros Estados amigos de Cuba, que prefieren que sea la Venezuela petrolera quien siga cargando con ese muerto, por lo que, soportar a la dictadura militar venezolana es una desvergonzada e insolente prioridad y una miserable opción política en el mundo democrático indispensable y necesaria para salvar al régimen castrista, aun a costa de abandonar al pueblo venezolano y condenarlo a un enorme sufrimiento colectivo.¹⁹ Por su parte, los militares venezolanos están tranquilos con ese matrimonio de conveniencia, ya que, mantener financieramente Cuba les permite conservar y asegurar ese respaldo internacional.

II. VENEZUELA ES UN ESTADO FALLIDO QUE NO EXISTE JURÍDICAMENTE.

El respeto a la democracia, la libertad y el derecho, constituyen la única forma posible de convivencia entre los venezolanos, lo que excluye cualquier posibilidad de sometimiento a una dictadura ni aceptar negociaciones con ella por fuera de la Constitución. En el entendido que “la Constitución es el espacio donde se desarrolla la acción política tal y como el derecho la pone en forma y también el lugar donde son fijadas las condiciones de creación del derecho”.²⁰ Es contraria a la Constitución cualquier ruta que se quiera seguir que signifique vulnerar, quebrantar y sacrificar el Estado de derecho que se han dado constitucionalmente los venezolanos.²¹

¹⁹ “El Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea) afirmó que el gobierno de Maduro registra la más alta cifra de abusos contra los venezolanos y de impunidad”. “Se registraron 210 muertes, de las cuales 70% fueron producidas por funcionarios de la seguridad estatal y paramilitares”. Ver: El Nacional.com de 21-4-2018. Por su parte, el Secretario General de la OEA Luis Almagro afirmó en la ONU el 16-10-2018 lo siguiente: “En la cárcel, ¿por qué? la persistente crisis de los presos políticos en Cuba”. “Pero como si la situación de los presos políticos no fuera lo suficientemente horrible, Cuba está exportando descaradamente su mecánica operativa de represión en el continente. Durante muchos años, miles de cubanos han actuado en Venezuela, muchos de ellos, como funcionarios de inteligencia. Se estima que por lo menos 22.000 cubanos se infiltraron en el régimen venezolano. Ocupan cargos importantes en varios organismos gubernamentales de Venezuela y especialmente en los servicios de seguridad e inteligencia, del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional o SEBIN, el principal aparato de lucha contra el supuesto “enemigo interno”, el cual se refiere simplemente a los ciudadanos que reclaman sus derechos humanos y políticos básicos. Los cubanos están trabajando arduamente para mantener el régimen de Maduro en el poder. En un momento en el que los venezolanos están viviendo la mayor crisis humanitaria que este continente haya sufrido en el lapso de nuestras vidas, con una escasez de alimentos y medicamentos sin precedentes, Maduro continúa enviando millones de barriles de petróleo crudo subsidiado a sus jefes políticos en Cuba, en lugar de usar esos recursos para alimentar a su población. Los venezolanos han adoptado el cuaderno de estrategias cubano sobre represión y tortura. El gobierno de Maduro ha puesto en práctica un patrón de abuso sistemático contra aquellos que se atreven a expresar una opinión contraria a la del gobierno. “Y las peores prácticas que vemos hoy en día en nuestro hemisferio, que vemos hoy en día acá en el caso de Venezuela y Nicaragua, provienen de Cuba.” HYPERLINK "http://www.oas.org/es/acerca/discursos/_secretario_general.asp?sCodigo=18-0091".

²⁰ Beaud, Olivier en: Denis Baranger. *Le Droit Constitutionnel*. PUF. Que sais-je? París Francia 2017, p. 3.

²¹ Está de moda en esta parte del continente suramericano la propuesta pragmática de asumir procesos de negociación y transición política que implican acuerdos inaceptables desde la perspectiva

La Constitución y el Estado de Derecho constituyen el contexto imprescindible, único y necesario para la convivencia pacífica entre los venezolanos, pues, como decía el Profesor Manuel García Pelayo,²² la Constitución es un pacto social y una norma jurídica que domina toda la vida pública incluso las relaciones y actuación internacional del Estado.

A partir de la Constitución de 1961 cuando Venezuela se transformó definitivamente en un Estado de derecho, la democracia es una condición irreversible, inexcusable y existencial del Estado venezolano, lo que constituye un nivel político que no admite regreso ni retorno y significa que o hay Estado de derecho o no hay Estado.²³ La Constitución es el elemento pacificador que garantiza la convivencia entre los venezolanos y constituye la única salida para evitar la violencia. La Constitución que articula la soberanía de los ciudadanos en un poder democrático es sin duda la idea constitutiva de la modernidad política venezolana, incluso con la vigente que tuvo un origen político parcializado y un marcado carácter partidista y sectario, constituyendo una Constitución del “chavismo”, que ha sido, sin embargo, aceptada y respetada en aras de la paz y la convivencia pacífica entre los venezolanos y admitida por el conjunto de los ciudadanos como una solución jurídica y política. Hoy la voluntad general se reconoce en la Constitución en la que la libertad tiene su concreción y constituye el anclaje político existencial de la sociedad civil venezolana en un marco de Estado de derecho.

Se debe tomar conciencia que el dominio cubano ha hecho de Venezuela un “Estado fallido” y que Cuba ha absorbido política y militarmente su soberanía. El “Estado fallido” es una noción tomada de la ciencia política, difícil de entender y aceptar jurídicamente, que se utiliza para expresar la realidad de un Estado sin efectividad y que no cumple con sus funciones primordiales. En derecho significa que el Estado no existe, que hay una situación de no-Estado, que el Estado desapareció y murió. La aplicación de los artículos 333 y 350 de la Constitución²⁴ constituye una indicación jurídica de esta realidad, pero son los hechos los que permiten constatar la inexistencia del Estado venezolano. Al Derecho Internacional Público

constitucional, como solución a las crisis políticas. Por ejemplo, ver: Benigno Alarcón Deza. “Cómo producir una transición política en Venezuela”. *Revista “Politika”*. UCAB. 28-8-2018. Caracas. <https://politikaucab.net/2018/08/28/como-producir-una-transicion-democratica-en-venezuela/>

Esta opción sin embargo ha tomado protagonismo como fórmula política para perdonar a los militares venezolanos que respeten y se acojan al orden constitucional. *Ver*: Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. “ACUERDO SOBRE LA NECESIDAD DE UNA LEY DE AMNISTÍA PARA LOS CIVILES Y MILITARES QUE APEGÁNDOSE AL ARTÍCULO 333 DE LA CONSTITUCIÓN, COLABOREN EN LA RESTITUCIÓN DEL ORDEN CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA”. Caracas 15-1-2018. http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-sobre-la-necesidad-de-una-ley-de-amnistia-para-los-civiles-y-militares-que-apegandose-al-articulo-333-de-la-constitucion-colaboren-en-la-restituciondel-orden-constitucional-en-venezuela

²² Profesor de la Universidad Central de Venezuela y primer presidente del tribunal constitucional español.

²³ Venezuela a partir de 1961 paso de ser un Estado liberal autocrático, a configurarse definitivamente como un Estado liberal democrático. La posterior dictadura “chavista” es una regresión política que busca destruir la República. *Ver*: Germán Carrera Damas. *En defensa de la República. Voz de alerta*. Los libros de El Nacional. Caracas 2013.

²⁴ Constitución. Artículo 333: “Esta Constitución no perderá su efectiva vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella. En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia”. Artículo 350: “El pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contrarie los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos”.

le resulta muy difícil aceptar que un Estado pueda desaparecer y las organizaciones internacionales no están preparadas y tienen grandes dificultades para admitir y manejar este tipo de situaciones.²⁵

Una importante corriente de opinión política y académica viene advirtiendo que Venezuela es un “Estado fallido”,²⁶ pero, antes que nada, hay que señalar y entender, que, si bien Venezuela tiene en este momento un “Estado fallido” su sociedad civil no es una sociedad fallida y, más bien, constituye una vigorosa sociedad de convicciones democráticas que se ha mantenido de pie, con talante de rebeldía y protesta, en una dura lucha permanente y cotidiana para recobrar el régimen constitucional.²⁷ La sociedad civil venezolana ha hecho con creces su trabajo político y ha cumplido a cabalidad con sus deberes constitucionales.²⁸

Es un problema acuciante para los ciudadanos subsistir como una sociedad civil sin un Estado de derecho, defender la Constitución²⁹ y entender que hay una esfera constitucional que al derrumbarse el Estado pasa a la sociedad civil.³⁰

²⁵ Combacau, J. y Sur, S.. *Droit International Public*. LGDJ. París. 2019. (desaparición de la colectividad estatal y disolución del Estado) p. 338. Gazano, Antoine. *L'essentiel des Relations internationales*. Gualino Lextenso. París 2018. (Estados incomfortables). p. 145. Denis Alland. *Manuel de droit international public*. Puf. Paris 2019. (Sustitución de un Estado por otro). p. 69.

²⁶ Declaración de Mike Pence, Vice-Presidente de los Estados Unidos: “*Venezuela es un Estado fallido*”. El Nacional. Caracas. 14/abril/2018. http://www.el-nacional.com/noticias/latinoamerica/mike-pence-venezuela-estado-fallido_230996.

²⁷ Todos los estudios de opinión serios a los que hemos tenido acceso señalan que cuando la dictadura llamo a elecciones presidenciales el 20 de mayo de 2019, recibió un rechazo de más del ochenta por ciento de los electores que se abstuvieron de participar en esa farsa electoral. Ver: Politika UCAB. “*G-7 desconoce resultados de 20-M por carecer de “legitimidad”*”. Caracas. 23-5-2018. <https://politikaucab.net/2018/05/23/g7-desconoce-resultados-del-20-m-por-carecer-de-legitimidad/>

²⁸ Particularmente durante el dramático año 2017, que dejó una estela de más de ciento cincuenta venezolanos asesinados por la dictadura y miles de ciudadanos detenidos sin fórmula de juicio y torturados sin ninguna consideración con sus derechos fundamentales. Ver: <http://www.accesoalajusticia.org/> Y, <https://foropenal.com/>

²⁹ El concepto de “defensa de la Constitución” viene de la doctrina jurídica alemana como expresión de la “democracia combativa” y significa defender la Constitución contra sus enemigos. Ver: Bastida, Francisco. Varela, Joaquín. Requejo, Juan Luís. “*Derecho Constitucional*”. Ariel. Barcelona 1999. p. 172. El Tribunal Constitucional Alemán evoca permanentemente este concepto en sus decisiones. Ver: *Revista de Derecho Político*. UNED. Número 102 (2018). Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo. “La prohibición de partidos políticos en Alemania”. <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/22393/0> “The right of every democratic system to its self-defence”...

³⁰ Este es un problema extraordinariamente importante y significativo porque, normalmente, se entiende que “la noción moderna de sociedad (la “sociedad civil”) parece tener al Estado por condición, en la medida que la unidad de la sociedad civil parece depender fuertemente de la acción unificadora del Estado, y donde la noción misma de sociedad civil reenvía a una reivindicación de la autonomía de la sociedad en relación al Estado. En todo caso, parece difícil de pensar la unidad de una colectividad humana fuera de toda dimensión política”. Ver: Spector, Benjamin. *La société*. GF Flammarion. París 2000. p. 229. Pero, como veremos, nuestra visión del problema es que la dimensión política de la sociedad civil venezolana ante el “Estado fallido” no es el Estado sino la Constitución.

Que tiene hoy dos componentes, uno que habita el territorio nacional y, otro, que vive en el exilio como consecuencia de la grave crisis política existente.³¹ Las consecuencias para el ciudadano son gravísimas: la pérdida de la República, de sus propiedades y bienes, de la nacionalidad y de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Lo que hace aparecer la delicada cuestión de la necesidad de una actuación del ciudadano en defensa de la Constitución, luchar contra la opresión y confrontar un orden jurídico, político y comunicacional que a nivel internacional ampara y protege a la dictadura militar venezolana. Pues, dentro del mundo democrático occidental, asombrosamente, todavía hay fuerzas políticas, personalidades de renombre, líderes religiosos y estados democráticos, que respaldan a las dictaduras venezolana y cubana, estrechamente asociadas en el proceso de destrucción de Venezuela. Que está frente a un orden político-jurídico internacional multilateral, que en gran parte ha sido y sigue siendo favorable a la dictadura cubana y que está haciendo todo lo que sea necesario para impedir el derrumbe de la Cuba castrista, aun a costa de sacrificar al pueblo de Venezuela y condenarlo a la miseria y la esclavitud política. Pero, también, los ciudadanos deben apreciar que ya no están solos internacionalmente y que se han producido significativos cambios políticos muy favorables a la Venezuela democrática, como, por ejemplo, el inmenso y formidable apoyo por parte del Secretario General de la Organización de Estados Americanos Luis Almagro y el decidido respaldo de la “Administración Trump” en USA. Que están generando decisiones y acciones jurídicas y políticas concretas en contra de la dictadura, lo que tiene en vilo al régimen cubano. Y, de la misma manera, la Unión Europea ha adoptado medidas jurídicas y políticas en contra del régimen dictatorial venezolano.³²

El redescubrimiento y posicionamiento histórico de la sociedad civil como un actor fundamental y decisivo de la vida política venezolana, constituye un desafío contundente a esta realidad de la política internacional y una de las cuestiones más relevantes que se han suscitado como producto de la crisis venezolana. La recuperación de la sociedad civil como actor esencial en la crisis política venezolana, significa, como ya ha ocurrido en otras latitudes, “un factor decisivo en ese cambio histórico, así se señala el papel Solidaridad en Polonia o del Foro Democrático de Hungría”.³³ Lo que representa en el caso venezolano, que “la democracia no consiste sólo en una forma de gobierno, ni en una manera de organizar el Estado (pluralidad de partidos, elecciones, parlamento, etc.), sino que presupone como condición neces-

³¹ Entendemos que la sociedad civil venezolana en el exilio se ha expatriado, lo que constituye un desconocimiento de la dictadura conforme a los artículos 333 y 350 de la Constitución, fundamentalmente por las circunstancias políticas que han generado una gran crisis nacional y humanitaria. Ver: <http://www.acnur.org/venezuela> Ver: Secretario General de la OEA Luis Almagro: “*Hacia una respuesta regional coordinada al flujo de migrantes y refugiados venezolanos en las Américas*”. Washington DC. 5-7-2018. [http://www.oas.org/es/acerca/discursos_secretario_general.asp?sCodigo=18-0082](http://www.oas.org/es/acerca/discursos/discursos_secretario_general.asp?sCodigo=18-0082)

³² Aunque saltan muchas dudas, cuando se observa por ejemplo que el gobierno español presidido por el social-demócrata Pedro Sánchez tiene como aliado fundamental al partido “Podemos”, que es una corrupta formación política estrechamente asociada y beneficiaria económicamente del “chavismo”. Lo que explica el cambio que se viene produciendo en la política exterior de España favorable a la dictadura militar en Venezuela. Y un ministro de asuntos exteriores de Sánchez, Joseph Borrel, amigo de Cuba, fue posteriormente designado alto representante de la Unión Europea para asuntos exteriores.

³³ Jesús Luis Castillo Vegas. “La Sociedad Civil, el Estado social y las organizaciones no gubernamentales”. En: *Revista Tachirense de Derecho*. Número 12, enero-diciembre 2000. UCAT. San Cristóbal. p. 10.

ria –si bien no suficiente– una sociedad democrática”.³⁴ Que ha sido el mayor y más importante legado que dejaron los padres fundadores de la democracia venezolana, cuestión que a la actual clase política y a los partidos les cuesta tanto entender.³⁵ Así pues, la sociedad civil venezolana surge en esta hora como el principal y más coherente sujeto de actuación política y colectiva.³⁶ Lo que llevará, necesariamente, a un nuevo modelo de ejercicio del poder político y a una propuesta distinta de relación entre la sociedad y el Estado, a una caracterización constitucional más nítida de la sociedad civil y a una toma fundamental de sus responsabilidades en materia económica.

Es pues a la sociedad civil venezolana, entonces, a la que se le debe atribuir el más importante papel en la re-democratización de la República, porque, afortunadamente, está suficientemente consolidada como una sociedad irreversiblemente democrática.³⁷ Sin olvidar que también está presente lo que Hegel llamaba “el misterio del patriotismo”,³⁸ en el sentido que la “patria llama” para luchar por la Constitución, pues estamos en presencia de una sociedad civil nacional decidida a mantener su convivencia política, que tiene a la Constitución como su base, su sustancia y lugar donde los intereses de los ciudadanos tienen su materia y tema, donde se articulan los derechos y deberes de los ciudadanos y se actualiza el ejercicio de esos derechos y deberes.

La pérdida de vigencia de la Constitución y el colapso de la estructura del poder soberano ha conducido a la quiebra y desaparición del Estado venezolano y a lo que jurídicamente se conoce como un “Estado fallido”, en el sentido de que se deterioró, se disipó, se frustró, ha dejado de funcionar y ha quedado sin efecto.³⁹ En el caso de Venezuela la situación es todavía más grave y dramática, pues al instalarse una dictadura⁴⁰ entregada y sometida a Cuba, la

³⁴ *Ídem.* p. 10.

³⁵ Sin embargo, las estructuras organizadas de la propia sociedad civil reconocen su protagonismo e importancia en el actual momento político, como, por ejemplo, la Conferencia Episcopal Venezolana en sus numerosos documentos. *Ver:* <http://www.cev.org.ve/>

³⁶ No hay dudas, por ejemplo, que “la transición española fue favorecida por la existencia previa de una sociedad civil”. Castillo Vegas, Jesús Luis. “La Sociedad Civil, el Estado social y las organizaciones no gubernamentales”. En: “*Revista Tachirense de Derecho*”. Número 12, enero - diciembre 2000. UCAT. San Cristóbal. p. 11, nota 16.

³⁷ Si bien hay controversia sobre esta afirmación, los estudios más serios hechos hasta ahora sobre el pueblo venezolano apuntan a que está profundamente involucrado en la “trama” de la democracia y en un “mundo de vida” inseparable de la libertad. *Ver:* Moreno Olmedo, Alejandro. “*Antropología cultural del pueblo venezolano*”. Fundación Empresas Polar. Tomo I. Caracas 2016. p. 380. En igual sentido se pronuncia el historiador Germán Carrera Damas: “La tenacidad con que la sociedad ha preservado su vocación democrática”. Y que “una vez practicada la democracia por la sociedad, es imposible desarraigarla”. *Ver:* Carrera Damas, Germán. “*En Defensa de la República. Voz de alerta*”. El Nacional. Caracas 2013. p. 89. *Ver,* además: UCAB. “Politika”. “*Encuesta: Cultura democrática en Venezuela*”. Caracas 2016-2017. <http://democraciaennumeros.org/>

³⁸ Habermas, Jürgen. *Más allá del Estado nacional*. Fondo de Cultura Económica. México 1998. p. 38.

³⁹ El concepto de “Estado fallido” está muy reconocido sobre todo en la doctrina política norteamericana. Por ejemplo, el Banco Mundial utiliza ampliamente este concepto. <http://www.banco-mundial.org/>

⁴⁰ La naturaleza despótica y dictatorial del poder político que se ha impuesto por la fuerza en Venezuela ha sido reconocida nacional e internacionalmente sin discusión. *Ver:* El conjunto de informes, documentos y declaraciones del actual Secretario General de la OEA Luis Almagro. www.oas.org. Ruan Santos, Gabriel: “El Secuestro del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela”. Presentado en el “I Encuentro Iberoamericano de Academias homólogas a la RACMYP”. Ma-

autoridad política-militar ha perdido todo sentido nacionalista, no tiene legitimidad representativa de la nación venezolana y, por lo tanto, el Estado ya no constituye el eje de la unidad nacional.

La doctrina jurídica comparada viene señalando que se considera a un Estado como “fallido”,⁴¹ cuando desaparecen los elementos fundamentales del pacto social y el Estado de derecho deja de existir, transformándose en otra estructura política muy diferente, “que, conservando su nombre y apariencia, ya no está en condiciones de ser un Estado”.⁴² Son “fallidos” aquellos Estados, “en los que sus instituciones, sus Gobiernos, en suma, se muestran incapaces de garantizar las condiciones mínimas de seguridad y supervivencia a una parte importante de sus poblaciones”,⁴³ como ocurre, por ejemplo, cuando una parte significativa de la sociedad debe buscar el exilio.

Los elementos que caracterizan a un Estado “fallido” como el venezolano, según la doctrina internacional, radican en una situación en la “que se produzca: a) una pérdida de control físico del territorio o del monopolio en el uso legítimo de la fuerza; b) una erosión de la autoridad legítima a la hora de adoptar las decisiones precisas; c) una incapacidad de suministrar servicios mínimos a la población, o de paliar graves situaciones de necesidad; y d) la incapacidad de mantener relaciones diplomáticas con otros Estados de la comunidad internacional”.⁴⁴

El “Estado fallido” venezolano ha dejado de funcionar y se ha desdibujado y diluido en una estructura burocrática autoritaria para apropiarse insaciablemente de la renta petrolera y utilizar la base material del sector público para, entre otras cosas, sostener financieramente a Cuba, enriquecer a los militares y participar activamente en el tráfico internacional de drogas.⁴⁵

Desde hace mucho tiempo el Estado venezolano desapareció y lo que queda de la famosa trilogía del Derecho internacional que caracteriza al Estado,⁴⁶ es la existencia de un pueblo democrático en el territorio venezolano.⁴⁷ Con la dominación cubana se ha configurado una

drid. Octubre 2017. p. 10. Badell Madrid, Rafael. “La ruptura del Estado de Derecho en Venezuela”. 7-6-2018. <http://www.badellgrau.com>

⁴¹ Ver: Zapata Callejas, John Sebastián. “La teoría del Estado fallido: entre aproximaciones y disensos”. *Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad*. Bogotá (Colombia) Vol. 9 N° 1° Enero-Junio 2014. p. 87-110. www.redalyc.org/html/927/92731211004/

⁴² Marhuenda, Francisco y Zamora, Francisco José. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Dykinson. Madrid 2016. p. 174.

⁴³ *Ídem*. p. 174.

⁴⁴ *Ídem*. p. 175.

⁴⁵ La vinculación notoria de la dictadura venezolana con el negocio del narcotráfico internacional está suficientemente demostrada, particularmente en los medios judiciales norteamericanos.

⁴⁶ La costumbre académica señala como elementos constitutivos del Estado: El gobierno, el pueblo y el territorio. Ver: Biscaretti di Rufia, Paolo. *Derecho Constitucional*. Tecnos. Madrid. 1987. p. 97. Ahora, el Estado moderno se constituye como una relación entre el Estado y la democracia, en el sentido que “el Derecho internacional tiende a considerar que la protección de los derechos individuales implica un cierto tipo de relación entre gobernantes y gobernados”. Ver: Renaud Denoix de Saint Marc. *L'État*. Puf. Que sais-je? París 2016. p. 5.

⁴⁷ El historiador German Carrera Damas viene advirtiendo con insistencia la pérdida de la República. Ver: Carrera Damas, Germán. “En Defensa de la República. Voz de alerta”. *El Nacional*. Caracas 2013.

unión militar de hecho que implica una fusión de ambas dictaduras, donde el ejército venezolano pasó a convertirse en una fuerza mercenaria de ocupación de su propio país al servicio de Cuba.⁴⁸ Produciéndose una real agresión armada de Cuba contra Venezuela.⁴⁹

Consecuentemente, toda la estructura burocrática del poder público se ha puesto subordinadamente de manera descarada al servicio de los intereses de la dictadura cubana y trata de mantener forzosamente una fachada de Estado, pero, que en la realidad ya no existe por efecto de la dominación cubana. Esta ficción de un falso Estado se mantuvo, por ejemplo, en los países comunistas satélites de la extinta Unión Soviética, pero que en realidad no eran Estados sino estructuras burocráticas llamadas “nomenklaturas”,⁵⁰ absolutamente sometidas al poder soviético y que solo funcionaban como Estados ficticios y simulados a los efectos internacionales.⁵¹

III. LAS FUERZAS ARMADAS VENEZOLANAS CONSTITUYEN UN EJÉRCITO MERCENARIO AL SERVICIO DE CUBA

La venezolana no es una típica dictadura militar nacionalista del tipo histórico latinoamericano,⁵² sino una dictadura militar apátrida, traidora y mercenaria al servicio de un país extranjero. Hasta ahora, lo que habíamos conocido en la historia de nuestras continuas dictaduras militares es que, al menos, habían sido nacionalistas y el poder militar autoritario se ponía al servicio de los intereses fundamentales de la nación. Pero, nunca, en nuestra historia republicana, nos habíamos topado con la situación absurda y trágica de una dictadura binacional, donde Venezuela está sometida y dominada por un país extranjero y que ha perdido toda posibilidad de reivindicar la soberanía nacional. De ahí, que la situación que más se asemeja a la venezolana sea aquella donde el suelo nacional es ocupado militarmente por un país extranjero.

Lo que hace necesario establecer lo que significa esta realidad en términos constitucionales. Los militares venezolanos han cometido la más alta traición como nunca antes en la historia republicana, quebrantando la fidelidad y lealtad que deben guardar y tener con la Constitución y el pueblo de Venezuela y han modificado sustancialmente la situación y esta-

⁴⁸ Ver: Vinogradoff, Ludmila. “Cubazuela o Venecuba?”. “Tenía razón Raúl Castro cuando lanzó su premonitory frase: “Cuba y Venezuela cada día son la misma cosa”. Lo dijo el 22 de abril de 2010, abrazándose a Hugo Chávez en el aeropuerto internacional de Maiquetía, cuando se despedía al término de una visita de tres días a Caracas”. <http://abcblogs.abc.es/bochinche-venezolano/2013/01/30/%C2%BFcubazuela-o-venecuba/>

Desde hace mucho tiempo el historiador Agustín Blanco Muñoz viene advirtiendo sobre esta situación. Ver: “Somos ex-venezolanos”. <http://www.reportero24.com/2012/06/30/agustin-blanco-munoz-%C2%A1somos-ex-venezolanos/>

⁴⁹ Combacau, J y Sur, S.. *Droit International Public*. LGDJ. París 2019. (La agresión armada) p. 673.

⁵⁰ “Término ruso que designa la lista de los dirigentes soviéticos beneficiarios de ciertos privilegios”. Noción que se populariza en Francia “en el sentido de casta privilegiada ejerciendo el poder en un régimen totalitario”. Ver: Denquin, Jean-Marie. “*Vocabulaire Politique*”. Puf. Que sais-je? París 1997. p. 100.

⁵¹ En el mes de agosto de 2018 se cumplieron cincuenta años de la invasión soviética a Checoslovaquia, un país ocupado que funcionaba con una fachada de Estado a nivel internacional.

⁵² Ya lo decía en 1907 el abogado Machado Hernández, Alfredo en su tesis doctoral: “Nuestras paradójicas democracias hispano-americanas, estas democracias que exhiben el raro contraste de reunir, a las constituciones mas liberales, las tiranías más fuertes”. *Política sociológica hispano americana*. Tipografía Americana. Caracas 1907. p. 3.

tus internacional, constitucional y jurídico de la República, al entregar y vender la soberanía de Venezuela a la dictadura cubana.⁵³ Dejando de ser constitucionalmente militares venezolanos para transformarse en una fuerza armada mercenaria de ocupación que sirve a la dictadura cubana y que controla violentamente el territorio venezolano.

Al perderse la soberanía nacional y colapsar el Estado es necesaria una “Segunda Guerra de independencia”. Venezuela dejó de ser una nación soberana y está sometida a Cuba como antes a la monarquía española.⁵⁴ Son en estos términos jurídico-constitucionales como debe plantearse el problema político referente a los militares venezolanos y para entender en sus justas dimensiones la resonancia internacional de esta situación. Venezuela es hoy en día un país que está desprovisto de unas fuerzas armadas nacionales, a la merced del narcotráfico internacional y objeto de la ocupación extranjera de Cuba por medio de una armada mercenaria a su servicio y bajo su mando militar.

El alto mando militar venezolano y toda la corrupta cúpula militar, es decir, la alta gerencia de las Fuerzas Armadas Venezolanas, mantienen y defienden los intereses específicos de Cuba, de la corrupción y del narcotráfico. Lo que constituye un equilibrado bloque de intereses que se conserva por todos los que se benefician de él, cueste lo que cueste. No hay dudas, que se ha producido una gravísima erosión de la soberanía venezolana en beneficio del Estado cubano, fomentada y aceptada servilmente por los militares venezolanos.

De cómo se llegó a esta situación es un asunto que será estudiado en su momento, pero, aquí, lo que se debe destacar es que Venezuela, el país con las mayores reservas de petróleo del mundo occidental, está ocupada y bajo el control de un mercenario ejército integrado por los propios venezolanos, encuadrados y dominados por el alto mando militar cubano. Ejército presidido por un dudoso sujeto de nacionalidad colombiana,⁵⁵ que figura como su representante títere a nivel interno y dentro del contexto internacional. Es una situación que hace recordar la relación existente entre la extinta Unión Soviética y sus Estados satélites dentro de la cortina de hierro y las intervenciones cubanas en tierras africanas que se solían llamar “internacionalismo militar”, ejecutadas para justificar y compensar el apoyo financiero que recibía de la Unión Soviética. Cuyo ejemplo más notorio fue la intervención en Angola entre 1975 y 1991, cuando Fuerzas regulares cubanas ingresan en Angola, en la misión llamada Operación Carlota, para sostener al gobierno de Dos Santos y participan en la guerra civil de Angola y la guerra de la frontera de Sudáfrica.⁵⁶

Se ha conformado como vemos una situación política en contra de la soberanía del pueblo, de su voluntad mayoritaria y que constituye una clara manifestación de la intervención e injerencia de Cuba en los asuntos internos de Venezuela y una usurpación del poder constituyente originario del pueblo, que nunca ha sido consultado ni ha emitido su aprobación para semejante despropósito. Se ha creado una unión militar, una integración de dictaduras, donde Venezuela está en la parte de abajo sometida a la autoridad militar cubana, configurándose un seudo-Estado cubano-venezolano. Asunto que no se puede ignorar por el simple hecho de

⁵³ Violando groseramente los artículos 328 y 329 de la Constitución.

⁵⁴ Desde entonces, los militares venezolanos han ejercido brutalmente el poder político, nunca han participado en una guerra externa y, con ellos, se ha perdido gran parte del territorio y se disponen ahora a entregar el Esequibo.

⁵⁵ El expresidente colombiano Andrés Pastrana suele referirse al dictador venezolano como “mi paisano”.

⁵⁶ Ver: Wikipedia. https://es.wikipedia.org/wiki/Intervenciones_militares_de_Cuba

existir una ficticia y deteriorada fachada gubernamental del “Estado fallido” venezolano en el orden internacional, conservando el nombre y la apariencia.

Esta situación tiene unos delicados y evidentes significados internacionales: primero, es la causa del exilio de miles de venezolanos ante la ocupación cubana de Venezuela que ha destruido la economía y creado una grave crisis humanitaria reconocida internacionalmente; segundo, se pretende evadir y soslayar el Derecho internacional y los tratados internacionales relativos a la no injerencia y al respeto de los asuntos internos de cada Estado; tercero, es imposible de consolidar jurídicamente esta realidad desde la perspectiva constitucional venezolana; y, cuarto, se requiere que la sociedad civil esté consciente que tiene que enfrentar no solamente a un gobierno militar dictatorial, sino, también, a la encubierta ocupación política y militar de Cuba.

La máscara ideológica “socialista” que cubre mediáticamente esta realidad a nivel internacional no es suficiente para disimular y esconder ese criminal comportamiento del gobierno dictatorial cubano en Venezuela, con su cultura de represión y de violación sistemática de los derechos fundamentales del hombre. Las Fuerzas Armadas, conforme al artículo 350 de la Constitución, han sido desconocidas masivamente por el pueblo de Venezuela y si algo habrá que refundar completamente en su momento es el mundo militar venezolano, por la mutación fundamental que se ha producido y conforme al principio de la “tabula rasa”.

IV. RUPTURA DE LA CONTINUIDAD DEL ESTADO VENEZOLANO

Se ha producido una ruptura de la continuidad constitucional, política, jurídica, administrativa e histórica del Estado en Venezuela. Si entendemos al Estado como un poder público de dirección institucionalizado en un régimen político constitucional y como la expresión e instrumento de la sociedad, el Estado no consiste solamente en la reunión elemental de los tres elementos clásicos: territorio, pueblo y de un gobierno sin importar su naturaleza, sino que, el Estado no puede durar si no se establece un equilibrio constitucional entre un poder público democrático y sus medios de acción.⁵⁷ Lo que significa que el Estado, como enseña la doctrina, se identifica con la cosa pública que justifica el poder público.⁵⁸ No se puede afirmar entonces que hay un Estado ilegítimo, sino que, al Estado lo ha sustituido un nada estatal, un no-Estado, un vacío de institucionalidad estatal y una realidad producto de la fuerza bruta. Se ha instalado en Venezuela una estructura de poder que no se puede considerar un Estado.⁵⁹ Dando origen a un “poder militar” de hecho no fundado en el derecho. Lo que ha provocado lo que la doctrina conoce como una crisis total de “régimen político”,⁶⁰ que implica la desaparición del Estado y su sustitución por un poder fáctico.

⁵⁷ El Estado venezolano históricamente tuvo un origen contractual pues surgió de un acuerdo constitucional de la sociedad venezolana.

⁵⁸ Ver: de Villiers, Michel. *“Dictionnaire de droit constitutionnel”*. Voz: “État”. Armand Colin. París 1998. p. 88.

⁵⁹ Meier Echeverría, Enrique. *La gobernabilidad a la hora de los derechos humanos*. Unimet. Caracas 2006.

⁶⁰ El régimen político se entiende como el conjunto de elementos de derecho y de hecho, que conforman la organización y funcionamiento del poder político en una sociedad determinada. El régimen político del Estado venezolano se derrumbó, lo que ha sido sustituido por una situación de hecho. Ver: de Villiers, Michel. *Dictionnaire de droit constitutionnel*. Voz: *Régime politique*. Armand Colin. París 1998. p. 174. Y, Ph. Bénétou. *Les régimes politiques*. PUF. *Qué sais Je?*. París 1996.

A lo cual hay que añadir, como una consideración jurídica fundamental de extraordinaria importancia, que tal y como lo establece claramente el artículo 350 de la Constitución, una vez que la sociedad logre restablecer la democracia, el nuevo Estado venezolano no tendrá la obligación de respetar ningún contrato o acuerdo de cualquier naturaleza ni reconocer cualquier deuda contraída por ese “Estado fallido” o que tenga su fuente en la voluntad de los usurpadores de la soberanía nacional, ni atender ninguna responsabilidad patrimonial ni política con nadie por los daños y perjuicios causados por el “régimen chavista”. Porque sería, de lo contrario, el reconocer en contra del artículo 350 de la Constitución, de manera absurda con posterioridad, la constitucionalidad del “Estado fallido”. Lo que significa que, una vez restablecido el Estado de derecho constitucional en Venezuela, no se le podrá exigir ninguna responsabilidad patrimonial ni de ningún tipo por los desafueros cometidos y tendrá una completa inmunidad en relación con los daños y perjuicios causados por el régimen “chavista”.⁶¹ Así como, obviamente, no se deberá reconocer, mantener ni respetar, ninguna de las situaciones surgidas de los atropellos y abusos cometidos contra los ciudadanos y sus bienes por el “régimen chavista”.

La teoría del “Estado fallido” contradice la idea muy asentada en la doctrina del Derecho público conforme a la cual el Estado nunca desaparece. No se puede decir que el Estado es un sol que no se acuesta nunca. No es suficiente, por lo tanto, el respeto de la comunidad internacional a la soberanía territorial venezolana, sino que se impone también el respeto a su soberanía jurídico-constitucional en función del principio de la democracia, tan válido como el principio de la no intervención territorial. Si está consagrado internacionalmente ese principio de la soberanía territorial de las naciones y Estados y de los otros principios de autodeterminación, autolimitación y de no intervención, entonces, también se debe respetar la soberanía constitucional de esas mismas naciones y Estados. Pues, aquellos Estados y Organizaciones Internacionales que no lo hagan se convierten automáticamente en cómplices activos de la dictadura, donde abundan intereses económicos relacionados con las fabulosas reservas de petróleo que posee Venezuela en su territorio, las mayores del mundo occidental.

En definitiva, las relaciones entre Estados soberanos en función de la democracia y del Estado de Derecho supera el concepto de los Tratados internacionales. Pues si bien, conceptualmente “la regla que preside a la conclusión de un tratado es la del consentimiento, ella deriva del principio de la soberanía”,⁶² que, como todos sabemos, se expresa a su vez mediante el consentimiento y la voluntad popular libremente manifestada y concretada en el texto constitucional. Por lo que, un Estado constitucional no puede estar vinculado ni obligado internacionalmente sin su consentimiento, es decir, ligado en contra de las reglas constitucionales que él mismo se ha dado para funcionar interna e internacionalmente.

El hecho real de la desaparición jurídica y constitucional del “Estado fallido” venezolano, coloca a la sociedad civil en la situación excepcional de ser una sociedad sin Estado, sin gobierno, sin fuerzas armadas y ante una ocupación extranjera.

V. LA SITUACIÓN EXCEPCIONAL DE VENEZUELA

La Constitución tiene un carácter fundador del Estado venezolano y en consecuencia el Derecho constitucional es reconocido como el Derecho de la soberanía. Cuando el pueblo

⁶¹ Alland, Denis. *Manuel de droit international public*. Puf. Paris. 2019. (La responsabilidad internacional de los Estados). p. 239.

⁶² Denoix de Saint Marc, Renaud. *L'État*. Puf. Que sais-je? Paris 2016. p. 111.

como soberano dicta la Constitución como acto fundador, él “instituye el Estado, mediante una manifestación de voluntad que se impone al interior y al exterior del país”.⁶³

En el Derecho constitucional reposan todas las ramas del Derecho y, la dictadura militar, en consecuencia, no está habilitada para ejercer el poder público ni, por supuesto, para representar internacionalmente al falso Estado venezolano, que solamente existe como una apariencia o una ficción a efectos internacionales. La fachada de Estado es solamente la máscara de una autoridad de hecho que ha usurpado el poder político, ha destruido al Estado derecho y, por tanto, carece de habilitación constitucional para representar a Venezuela.⁶⁴

Se ha creado jurídicamente una “situación excepcional”⁶⁵ a nivel internacional, donde Venezuela como realidad histórica indiscutible no está actuando bajo la figura de un Estado con personalidad internacional y se encuentra en un “periodo excepcional” durante el cual la sociedad ha emprendido la tarea de recuperar el Estado. La comunidad internacional de naciones no puede hacer otra cosa que, al igual que los propios venezolanos, establecer una relación de hecho con esa dictadura, tener conciencia y aceptar que el Estado desapareció y que es imposible toda posible relación jurídica normal, apropiada y reconocible internacionalmente como tal. Por lo tanto, si la situación de Venezuela como realidad territorial y nacional es irrefutable a nivel internacional, lo que no está en discusión ni se puede cuestionar, sucede que su funcionalidad como Estado no es viable durante el periodo de duración de la “situación excepcional”, hasta que se recupere el Estado de Derecho constitucional. Y, sus relaciones con otras naciones conforme a los Tratados internacionales quedan suspendidas hasta tanto se rescate el Estado constitucional como entidad capaz de interactuar con ellas legítimamente. Lo que significa que la dictadura no tiene efectividad jurídica para actuar en nombre y representación de la República de Venezuela a nivel internacional.⁶⁶

No son los gobiernos extranjeros quienes van a decidir si el Estado venezolano es o no “fallido”, sino los propios venezolanos luego de constatar su destrucción. Si acaso se pretende reconocer a la dictadura como representante del falso Estado inexistente, lo que comporta una calificación de los asuntos internos, entonces, se estaría violando la soberanía de los venezolanos e interviniendo ilegítimamente en las cuestiones internas de Venezuela para apoyar la dictadura militar, buscando algún beneficio relacionado con la explotación de petróleo y de las enormes riquezas naturales que posee su territorio o para respaldar a la dictadura cubana como objetivo político estratégico o para cobrar el dinero que han entregado a la dictadura.

La normalización de la situación internacional de Venezuela vendrá y será una consecuencia de la recuperación y reconstrucción institucional como un Estado constitucional democrático. Mientras tanto, se ha producido un vacío, una “situación excepcional” de suspensión de la actuación jurídica de Venezuela a nivel internacional. Durante este periodo extremadamente delicado, las Instituciones Internacionales deben abstenerse de cualquier actuación que implique el desconocimiento de la “situación excepcional” en que se encuentra

⁶³ Didier Truchet. *Le Droit Public*. Puf. París. 2014. p. 91.

⁶⁴ Que se conocen por la doctrina internacional como “Estados fantoches”. Combacau, J. y Sur, S. *“Droit International Public”*. LGDJ. París 2019. p. 320.

⁶⁵ García-Pelayo, Manuel. *“Derecho Constitucional Comparado”*. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas 2005. p. 162.

⁶⁶ Esta “situación excepcional” de Venezuela comienza a imponerse en las relaciones internacionales a partir del reconocimiento del llamado “Gobierno interino” por parte de EEUU y mas de cincuenta países. Y aparece en diferentes decisiones judiciales dictadas en EEUU y en el Reino Unido que también reconocen al llamado “Gobierno interino”.

Venezuela, de lo contrario están interviniendo groseramente en los asuntos internos de Venezuela sin ningún tipo de fundamento jurídico.⁶⁷ Igualmente debe ser suspendida toda reclamación judicial sobre bienes patrimoniales de Venezuela, hasta que se reconstituya como Estado soberano y pueda asumir legítimamente la defensa de sus intereses nacionales.

VI. LA ABSORCIÓN DE LA SOBERANÍA DE VENEZUELA POR CUBA

Es una realidad indiscutible que Cuba despliega un “protectorado” sobre Venezuela en el sentido que lo entiende el Derecho internacional, al ejercer su soberanía sobre Venezuela y, particularmente, sobre sus relaciones exteriores.⁶⁸ Configurándose una asociación transnacional de dictaduras, de la cual Cuba obtiene un permanente auxilio financiero de Venezuela a cambio de tramitar los necesarios apoyos internacionales a los militares venezolanos. Por ello esta situación se debe calificar de “protectorado” y “ocupación militar”, en el sentido de permanencia en el territorio venezolano de fuerzas militares cubanas y actuando por medio de un ejército mercenario bajo su control,⁶⁹ que sin anexionarse el territorio interviene en su vida pública, la dirige y ha tomado posesión de la soberanía venezolana. Lo que significa adquirir un dominio político real e indiscutible sobre Venezuela y que la representación internacional de Venezuela esté absorbida de hecho por Cuba sin que medie una habilitación constitucional ni tratado internacional. Este proceso ha sido mediáticamente muy visible, burdo y ostentoso, sus detalles sin embargo se han ejecutado a escondidas, en permanente violación de la Constitución por el régimen autoritario “chavista” a lo largo de más de veinte años.⁷⁰

⁶⁷ Por ejemplo, las organizaciones internacionales como la ONU o la Corte Internacional de Justicia deben abstenerse de tramitar cualquier reclamación relacionada con la soberanía territorial de Venezuela y de sus legítimos derechos históricos sobre determinados territorios en disputa con países vecinos. De lo contrario, significaría viciar de nulidad absoluta por ilegítima cualquier disposición tomada al respecto y una injerencia inaceptable en los asuntos internos de Venezuela. Advertencia que concierne específicamente a la histórica reclamación limítrofe de Venezuela sobre el territorio del Esequibo en la vecina Guyana, que pretende aprovechar en su beneficio la situación dramática y excepcional que vive Venezuela. Ver: “Comunicado de las academias nacionales a la opinión pública sobre el anuncio oficial del secretario general de la ONU de enviar la controversia con Guyana a la Corte Internacional de Justicia”. Donde se señala: “Vista la gravedad del mencionado anuncio formal, las Academias una vez más alertan y reiteran ante el país y la comunidad internacional que tal decisión debe ser rechazada de manera categórica por el Gobierno de Venezuela. Por ser contrario a los intereses del país y violatorio del Acuerdo de Ginebra, Venezuela no debe ni puede aceptar que este delicado asunto sea enviado unilateralmente y sin su consentimiento a dicho tribunal internacional”. <http://www.acienpol.org.ve/cmacionpol/Resources/Pronunciamientos/Comunicado%20a%20opini%C3%B3n%20p%C3%BAblica%20ESEQUIBO%20-%20DEFINITIVO.pdf>.

⁶⁸ Ossorio, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Voz: “Protectorado”. Heliasta. Argentina. 2006. p. 785.

⁶⁹ *Ídem*. Voz: “Ocupación”. p. 645.

⁷⁰ El “chavismo” llegó al poder en 1999 e inmediatamente se inició una intensa, permanente y carnal relación con Cuba en todas las áreas de actividad del sector público y particularmente en la militar. Cuba paso a ser para el sector público un componente fundamental del interés general y de la cosa pública venezolana. Según informaciones de prensa y anuncios del gobierno venezolano se han firmado en el mayor secretismo una multitud de acuerdos de cooperación entre ambos países que nadie conoce. El Secretario General de la OEA Luis Almagro afirmó en la ONU el 16-10-2018 lo siguiente: “Venezuela y Nicaragua no se convirtieron en dictaduras de la noche a la mañana. Fue un proceso lento, de gobiernos democráticamente elegidos que, desesperados por aferrarse al poder, desmantelaron una por una, sus instituciones democráticas con el activo apoyo e impulso de La Habana. Ahora, como en Cuba, continúan en el poder a través de la fuerza bruta y el miedo”.

Esta absorción de la soberanía venezolana por Cuba ha causado un enorme daño a Venezuela, compromete gravemente la responsabilidad política y patrimonial de Cuba y la hacen directamente responsable de los daños y perjuicios causados por la dictadura y por su transformación en una narco-dictadura.⁷¹ Fórmula encontrada por Cuba para asegurar el control del estamento militar venezolano, que, para asegurar su permanente dominación, ha impulsado y construido una estructura de narcotráfico, corrupción, terrorismo y delincuencia organizada.⁷² Y que, además, en este contexto particular, la política petrolera internacional de Venezuela haya sido direccionada por Cuba para tener una comprometida “ubicación islámica”, afin de que se encuentre sometida y entregada a los intereses políticos de Irán, dentro de la oscura telaraña islámica político-petrolera de la “OPEP”⁷³ y perdida en el enloquecido laberinto geo-político del medio oriente tan ajeno a los intereses nacionales. Esta política petrolera islámica a la sombra de la “OPEP”, ha sido desarrollada con el objetivo de crear fuertes apoyos en el mundo autoritario de los países productores petroleros, enneguecidos en sus luchas religiosas ancestrales y en sus demencias políticas y sociales que nada tienen que ver con Venezuela, país de moderna cultura occidental judeo-cristiana y de tradición democrática, pero, que tiene las mayores reservas de crudo del mundo occidental y que ellos desde allá, a larga distancia, dominan y controlan.

La penetración de Cuba en Venezuela comenzó con la infiltración masiva de militares en el sector público y la consolidación de toda una “nomenklatura” militar de corrupción con los dineros públicos,⁷⁴ que le dio a la política “chavista” de equipamiento militar una “ubicación rusa” como proveedor de armamento. A su vez, para cercar a las Fuerzas Armadas Venezolanas y envolverlas con sus intereses, Cuba les abrió a los militares Venezolanos, vía la guerrilla colombiana, el acceso a los negocios internacionales del narcotráfico con la droga proveniente de la vecina Colombia.⁷⁵ Y en materia financiera y comercial se asumió una “ubicación china”.⁷⁶ De esta manera se creó y consolidó un sólido “protectorado” político-

“En la cárcel, ¿por qué? la persistente crisis de los presos políticos en Cuba”. HYPERLINK http://www.oas.org/es/acerca/discurso_secretario_general.asp?sCodigo=18-0091.

⁷¹ Denis Alland. “*Manuel de droit international public*”. Puf. Paris. 2019. (La responsabilidad internacional de los Estados). p. 239.

⁷² Situación que poco a poco se viene conociendo, gracias a la labor de investigación en los medios judiciales norteamericanos. Muchos observadores califican a Venezuela como Estado forajido o delincuente. Ver: Marcos Tarre y Carlos Tablante. “*Estado delincuente*”. La hoja del norte. Caracas 2015.

⁷³ OPEP: Organización de Países Exportadores de Petróleo.

⁷⁴ Ver: Brewer Carías, Allan R.. “*La institucionalización de la cleptocracia en Venezuela: la inconstitucional reforma tácita del régimen de contrataciones públicas, y la inconstitucional eliminación, por decreto, de la licitación para la selección de contratistas en la industria petrolera, y de la nacionalización de las actividades auxiliares o conexas con la industria*”. New York. 18-4-2018. http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2018/04/182.-Brewer.-doc.-Institucionalizaci%C3%B3n-Cleptocracia.PDVSA_.pdf

⁷⁵ Numerosas son las evidencias de esta situación. Ver: Tarre, Marcos y Tablante, Carlos. “*Estado delincuente*” y *El gran saqueo*. <https://twitter.com/marcostarre?lang=es>

⁷⁶ Reflejo de la política china de la “diplomacia de la deuda”. El Vice-presidente de USA Mike Pence “deploró el respaldo chino, calificado de “salvavidas” aportado a la Venezuela de Nicolás Maduro”. “Pekín corrompe igualmente la política de ciertas naciones entregando un apoyo directo a los partidos y a los candidatos que prometen tomar en cuenta los objetivos estratégicos de China”. En: «Pratiques prédatrices», modèle «orwellien»: le vice-président américain s’attaque à la Chine”. *Le Monde*. 4-10-2018. Paris. https://www.lemonde.fr/international/article/2018/10/04/le-vice-president-americain-mike-pence-s-attaque-frontalement-a-la-chine_5364826_3210.html. Y,

militar de Cuba sobre Venezuela, que somete su soberanía a la pequeña isla caribeña, de tal forma, que existe un alto mando militar cubano-venezolano de autoridad que da preferencia a los intereses de Cuba sobre los de Venezuela.⁷⁷

VII. EL PETRÓLEO COMO OBJETIVO FUNDAMENTAL DEL DOMINIO CUBANO

El control del petróleo venezolano ha sido el objetivo fundamental del dominio de Cuba sobre Venezuela. La dictadura “chavista” constituye una trama y un proceso político para permitir a Cuba apropiarse de los recursos petroleros de Venezuela, que le han permitido obtener los ingresos necesarios en los últimos veinte años y de los cuales depende la supervivencia de la dictadura castrista, la de su legado ideológico y la de todo su proyecto político internacional. Los cubanos con sus aliados internacionales saben que sin el petróleo venezolano peligra la existencia y viabilidad misma del régimen y que no podrán seguir disponiendo de la misma fluidez financiera que han tenido en los últimos veinte años de gobierno “chavista”.

Lo que está en juego no es solamente Venezuela como Estado soberano, sino la misma dictadura cubana que necesita del petróleo venezolano para mantenerse. En algún momento, dicen los analistas, la dirigencia cubana sondeó la posibilidad de sustituir su estrategia de dominación sobre Venezuela por otra alternativa y de ahí el proceso de acercamiento con la administración Obama.⁷⁸ Pero, con la llegada de Donald Trump a la Casa Blanca se cayó esta peripecia y la dictadura cubana ha tenido que aferrarse al petróleo venezolano a sangre y fuego, pues sin esos recursos que le provee Venezuela su futuro está muy comprometido.

La Cuba castrista no solo necesita del petróleo venezolano para sobrevivir, mantenerse y perdurar, sino, también, para conservar su protagonismo internacional. La dominación sobre Venezuela transformó a Cuba en una potencia petrolera. Sus dirigentes se pavonean por el mundo, asegurando, descaradamente, que mantienen un estricto control político sobre las mayores reservas de petróleo del mundo occidental. Su influencia internacional ha crecido, logrando incorporar activamente a China y Rusia en la explotación y comercialización de los hidrocarburos venezolanos. De nada sirvió proclamar jurídicamente al Estado venezolano propietario de las riquezas del subsuelo, ni la nacionalización del petróleo en 1975, ni crear una gran empresa estatal como PDVSA, pues el control cubano-extranjero sobre nuestros hidrocarburos es total. Se produjo una completa, perversa, brutal e inconstitucional desnacionalización de la industria petrolera y su entrega a Estados autoritarios extranjeros.

Alejandro Grisanti. “El arte de la deuda: China, más cerca del default que de nuevo financiamiento –Prodavinci”. Caracas. 7-10-2018. <https://prodavinci.com/el-arte-de-la-deuda-china-mas-cerca-del-default-que-de-nuevo-financiamiento/>

⁷⁷ Una prueba de ello es el imperdonable, irresponsable y negligente abandono por los militares venezolanos del histórico reclamo venezolano sobre el territorio del Esequibo en la vecina Guyana, lo que violenta expresamente el artículo 10 de la Constitución. Cuba es un aliado muy estrecho de Guyana y de la comunidad de países anglosajones del Caribe, que tienen sus intereses y ojos puestos sobre las reservas petroleras que se han descubierto en el territorio en disputa del Esequibo y en su mar territorial sometido a reclamación por Venezuela. Ver: “Comunicado de las academias nacionales a la opinión pública sobre el anuncio oficial del secretario general de la ONU de enviar la controversia con Guyana a la Corte Internacional de Justicia”. <http://www.acienpol.org.ve/cma-cienpol/Resources/Pronunciamentos/Comunicado%20a%20opini%C3%B3n%20p%C3%ABblica%20ESEQUIBO%20-%20DEFINITIVO.pdf>.

⁷⁸ Ver: Goldberg, Jeffrey. *The Obama Doctrine*. The Atlantic. USA. April. 2016. p. 70.

CONCLUSIÓN

Ha sido una equivocación política de la oposición venezolana, haber subestimado la importancia de las cruciales y urgentes necesidades que tiene Cuba con respecto al ingreso que le produce el petróleo venezolano y no entender que todo el panorama del drama político está dominado e interferido por esta razón primordial.

Si el problema de fondo radica en que la caída de la dictadura venezolana pueda arrastrar a la de Cuba y muchos actores de la escena internacional no están dispuestos a permitirlo por el impacto que puede tener en el contexto latinoamericano,⁷⁹ también, hay que tener en cuenta, como ya hemos dicho, que juegan otros elementos adicionales que Cuba ha incorporado como apalancamiento y apoyo a su proceso de dominación. Como el narcotráfico, la delincuencia organizada, el terrorismo, el intercambio económico y financiero con China,⁸⁰ una política armamentista rusa⁸¹ y una política petrolera islámica producto de la vinculación de Venezuela con los autoritarios países productores de petróleo en el medio oriente.⁸² Se ha producido una inconstitucional fusión de Venezuela con Cuba y se ha creado un pseudo-Estado binacional para controlar el petróleo venezolano, donde Cuba es el ente absorbente y Venezuela el ente absorbido.

Normalmente en el Derecho comparado se asocia la noción de Estado a la de un Estado nacional porque existe un vínculo entre Estado, territorio y nación.⁸³ Así, “a veces, el Estado ha forjado el sentimiento nacional asimilando alrededor de un núcleo central las poblaciones circundantes; tal es la obra de la monarquía en Francia, “esos cuarenta reyes que, en mil años, han hecho a Francia”. A veces, la emergencia de un sentimiento nacional conduce a dislocar las estructuras estatales preexistentes para hacer nacer Estados Nacionales. Tal ha sido el caso de la aplicación del principio de las nacionalidades en Europa en el siglo XIX”.⁸⁴ Pero, cuando, como en el caso venezolano, el Estado que ha sido la expresión de la unidad nacional

⁷⁹ El gobierno español presidido por el socialista Pedro Sánchez cuenta con el fundamental apoyo del partido Podemos, que recibió favores y millones de dólares del gobierno “chavista” y, respalda sin tapujos las conocidas gestiones que realiza el expresidente socialista Rodríguez Zapatero en apoyo a la dictadura venezolana. Recientemente el presidente del gobierno español visitó a Cuba y ratificó su compromiso político con la dictadura castrista. *Ver*: “Cuba, un viaje arriesgado para Pedro Sánchez”. Diario El País. España. 20-11-2018. https://elpais.com/elpais/2018/11/19/opinion/1542639769_020575.html. Y el actual comisionado para asuntos internacionales de la Unión Europea, Joseph Borrel, es un conocido socialista español que fue ministro de relaciones exteriores del gobierno de Sánchez y gran defensor de la dictadura cubana.

⁸⁰ La interferencia de los intereses políticos de la China comunista camuflados en un irresponsable intercambio comercial y económico de dudosa legalidad, constituye una situación que debe ser revisada con cuidado, pues todo apunta a que China hizo negocios con el “chavismo” para sostenerlo en el poder.

⁸¹ Además de las importantes compras de armas que el chavismo le ha hecho a Rusia, se viene anunciando que esta en curso un acuerdo secreto para instalar una base militar rusa en territorio venezolano. *Ver*: “Nicolas Maduro baraja darle a Vladimir Putin una base aérea en Venezuela”. *Diario El Mundo*. España. 19-12-2018. <https://www.elmundo.es/internacional/2018/12/19/5c193ea921efa024298b46c9.html>

⁸² La permanencia de Venezuela en la OPEP luce muy cuestionable, por el daño que ha causado a los intereses nacionales esta vinculación petrolera con el cuadro geopolítico del mundo islámico. La primera potencia en reservas petroleras del mundo occidental debe tener una política petrolera autónoma, propia y al servicio de sus intereses fundamentales.

⁸³ Aunque existen Estados plurinacionales integrados por diversas poblaciones.

⁸⁴ Denoix de Saint Marc, Renaud. “*L'État*”. Puf. Que sais-je? París 2016. p. 4.

desde la independencia se derrumba y desaparece, la única manifestación que queda de la unidad nacional es la sociedad civil. Ese “yo común” de Rousseau en que consiste la soberanía es en Venezuela la sociedad civil. Por ello, los artículos 333 y 350 de la Constitución se dirigen explícitamente a los ciudadanos, que han asumido el papel político de constituirse en el eje constitucional del “proyecto nacional venezolano” como señala el historiador Germán Carrera Damas, la expresión de la soberanía y el núcleo de la unidad nacional republicana en el orden interno e internacional. Dicho de otra manera, la sociedad civil venezolana constituye el único referente y resguardo de la soberanía nacional y la Constitución. Si bien la sociedad civil actualmente no está conformada ni constituida políticamente en un Estado, sin embargo, está unida y vinculada jurídicamente por un lazo constitucional que ella misma se ha dado, reconoce, defiende, respeta y reivindica. Lo que constituye la afirmación de una ciudadanía constitucional de los venezolanos en el orden interno e internacional. Es el consenso constitucional lo que une a los miembros de una sociedad civil sin Estado, ni gobierno, ni fuerzas armadas.

Como decía hace muchos años el Profesor francés Carré de Malberg, comentando este tipo de situaciones: “Después del trastorno político resultante de semejantes acontecimientos no hay principios jurídicos ni reglas constitucionales; ya no nos encontramos aquí en el terreno del derecho, sino en presencia de la fuerza”; pues al quedar la Constitución “radicalmente destruida por efecto del golpe de Estado”, todo “se reduce a una cuestión de hecho y deja de ser una cuestión de derecho”; ya que, tales situaciones “no están regidas por el derecho, pues en la ciencia del derecho público no hay lugar para un capítulo consagrado a una teoría de los golpes de Estado, de la revolución y de sus efectos”. Visto que los golpes de Estado y las revoluciones que Rousseau comparaba como “enfermedades” de los pueblos, son procedimientos “de orden extrajurídico”.⁸⁵ Tengamos claro entonces que en Venezuela hay, por un lado, una sociedad civil constituida dentro de un orden constitucional que ella misma ha creado y respeta y, por el otro, una dictadura que se impone “de una manera violenta”. Además, dice el mismo Carré de Malberg: “conviene recordar que la Constitución vigente ha sido a veces violada gravemente por uno de los órganos que ella misma creara y que se hallaba obligado a respetarla”.⁸⁶ Por ello, no hay dudas, que la sociedad civil continúa existiendo como el único elemento constitucional unificador de la nación venezolana ante la pérdida del Estado y que asegura la soberanía nacional en el orden internacional. Venezuela es a la hora actual un pueblo democrático errante, con una Constitución y sin un Estado.

Finalmente, para concluir, esta situación constituye a la vez una encrucijada para los venezolanos de repensar de nuevo el Estado que van a reconstruir, modificar sus formas y hacer desaparecer sus desviaciones, a partir de la reflexión renovada sobre la sociedad venezolana y de sus relaciones con el nuevo Estado democrático que se ha de crear y que resultará de todo este proceso. Si la sociedad civil comprende bien lo que está ocurriendo, no hay dudas que la solución del problema político está asociado a una gran oportunidad y a una nueva manera de ver y pensar el Estado y la sociedad a la cual debe servir, ya que, se puede transformar la grave crisis venezolana en una oportunidad política y económica.

⁸⁵ Carré de Malberg, R. *Teoría General del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México. Segunda edición en español. 1998. p. 1172 -1173. (Primera edición original en francés de 1922)

⁸⁶ *Idem.* p. 1171.

LA TRANSICIÓN COMPLEJA EN VENEZUELA Y LA CONFORMACIÓN DEL GOBIERNO DE EMERGENCIA NACIONAL

José Ignacio Hernández G.
Abogado

Resumen: *El complejo proceso de transición en Venezuela, en medio de una emergencia humanitaria y la pandemia de Coronavirus (COVID-19), requiere la organización de un Gobierno de Emergencia Nacional de conformidad con el artículo 333 de la Constitución y el Estatuto para la Transición Democrática. Este Gobierno se basará en el Consejo de Estado como el máximo órgano consultivo para el proceso de toma de decisiones de la Presidencia de conformidad con el principio del pluralismo político.*

Palabras clave: *Transición venezolana, emergencia humanitaria compleja, pandemia de coronavirus.*

Abstract: *The complex transitional process in Venezuela, amidst a humanitarian emergency and the Coronavirus pandemic (COVID-19), requires the organization of a National Emergency Government pursuant article 333 of the Constitution and the Statute for the Democratic Transition. This Government will be based on the State Council as the highest consulting body for the decision-making process of the Presidency in accordance with the political pluralism principle.*

Keywords: *Venezuelan transition, complex humanitarian emergency, Coronavirus pandemic.*

I

La emergencia humanitaria compleja por la que atraviesa Venezuela se ha venido agravando por la pandemia del coronavirus (COVID-19), todo lo cual imprime mayor urgencia al proceso de transición compleja en Venezuela.

En este contexto, mediante Acuerdo de 31 de marzo de 2020, la Asamblea Nacional, ratificando sus decisiones previas en la materia, propuso la creación del gobierno de emergencia nacional orientado a la inmediata implementación de las políticas necesarias para atender la actual emergencia, a través del Consejo de Estado¹. Posteriormente, el Departamento de Estado formuló una propuesta similar, en el cual el ejercicio del Poder Ejecutivo se transfiere al Consejo de Estado, reconfigurado como un órgano de Gobierno². Esta propuesta ha sido apoyada, entre otros, por la Organización de Estados Americanos³, Colombia⁴ y Portugal⁵.

¹ *Vid.* <https://asambleanacionalvenezuela.org/noticias/guaido-eeuu-respalda-la-propuesta-de-conformacion-de-un-gobierno-de-emergencia-nacional>

² *Vid.* <https://translations.state.gov/2020/03/31/marco-para-la-transicion-democratica-de-venezuela/>

³ *Vid.* https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-027/20

⁴ *Vid.* <https://presidenciave.com/internacional/colombia-apoyo-instalacion-de-gobierno-de-emergencia-y-consejo-de-estado-en-venezuela/>

Para comprender el alcance esta propuesta, es necesario repasar, brevemente, el contenido y alcance de la transición en Venezuela dentro del marco teórico de las transiciones democráticas. Luego, se explicará la pertinencia de la esta propuesta atendiendo a la realidad del caso venezolano, para formular luego, brevemente, algunos comentarios sobre la implementación de esta propuesta de acuerdo con el Derecho Constitucional venezolano. Los presentes comentarios, en todo caso, son tan solo una nota introductoria a un tema de gran complejidad.

II

En términos sencillos, la transición democrática puede ser definida como el proceso a través del cual un gobierno autoritario es sustituido por un gobierno democrático⁶. A estos fines, se asume una distinción bipartita entre autoritarismo y democracia, definiendo ésta de acuerdo con los moldes de la democracia constitucional⁷. Para Venezuela, el marco normativo de referencia es la Carta Democrática Interamericana⁸.

La transición es, por ello, un proceso, no un acto. Aun cuando la doctrina especializada estudiada las fases de la transición (liberación, conformación de gobierno provisional y elecciones, por ejemplo), en realidad, la transición no responde a recetas prefabricadas. Por el contrario, la transición está condicionada por variables políticas, sociales, económicas y jurídicas. Muy en especial, está condicionada por la naturaleza del régimen autoritario que se pretende desplazar⁹.

Tampoco existe una receta única a través de la cual pueda lograrse la liberación del régimen autoritario¹⁰. Nuevamente, la doctrina ha estudiado diversos modelos, en los cuales el régimen autoritario es sustituido por un régimen *de facto* que, sin embargo, promueve la transición, o es sustituido por una coalición entre representantes del gobierno autoritario y de la oposición democrática, por ejemplo¹¹.

También es posible que la liberación sea resultado –directo o indirecto– de elecciones, en lo que se conoce como democratización por elecciones¹².

⁵ Vid. <https://www.portaldiplomatico.mne.gov.pt/comunicacao-e-media/comunicados-de-imprensa/comunicado-sobre-anuncio-pelos-estados-unidos-da-america-de-um-plano-de-transicao-democratica-para-a-venezuela>

⁶ Linz, Juan J. “Transiciones a la democracia”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 51, 1990, pp. 9 y ss.

⁷ Diamond, Larry, *In search of democracy*, Routledge, 2016, Nueva York, pp. 147 y ss.

⁸ Brewer-Carías, Allan R., *La crisis de la democracia venezolana, la Carta Democrática Interamericana y los sucesos de abril de 2002*, Libros El Nacional, Caracas, 2002, pp. 21 y ss.

⁹ O'Donnell, Guillermo y Schmitter, Phillipe, *Transitions from authoritarian rule. Tentative conclusions about uncertain democracies*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1986, pp. 5 y ss.

¹⁰ Bitar, Sergio y Lowenthal, Abraham (editores), *Putting principles into practice. Democratic transitions. Conversations with world leaders*, John Hopkins University Press, Baltimore, 2015, pp. 415 y ss.

¹¹ Linz, Juan, *Totalitarian and authoritarian regimes. With a major new introduction*, Lynne, Rienner Publishers, Boulder 2000, pp. 49 y ss.

¹² Lindeberg, Staffan, “Introduction. Democratization by elections: a new mode of transition?”, en *Democratization by elections: A new mode of transition*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2009, pp. 4-5.

En tanto proceso, la transición culmina con la consolidación democrática, definida por la doctrina como aquella situación en la cual la democracia es la única regla de juego admitida sin que exista por ello ningún actor interesado en desconocer esa regla¹³. La consolidación no es, a todo evento, una situación estática: las democracias consolidadas pueden colapsar, en una transición hacia el autoritarismo. Ese colapso no necesariamente viene determinado por un evento súbito –un golpe de Estado– sino que puede ser resultado de un lento proceso de declive democrático. El auge de los autoritarismos populistas en el siglo XXI es buen ejemplo de ello¹⁴.

Ahora bien, en Venezuela el proceso de transición es complejo, pues no se agota solo en la transición democrática. No hay duda acerca de la naturaleza autoritaria del régimen de Maduro y, por ende, la necesidad de promover una transición hacia la democracia constitucional. Pero junto a ello, es preciso igualmente considerar el colapso económico en Venezuela y el colapso del Estado venezolano. Por ello, la transición en Venezuela es compleja pues atiende a tres aristas: (i) la transición democrática; (ii) la transición económica y (iii) la transición del Estado.

En efecto, caso de Venezuela es el ejemplo paradigmático de la erosión democrática ocasionada por el autoritarismo populista de Hugo Chávez, impuesto desde 1999¹⁵. Esto llevó a que la democracia constitucional degenerara a lo que la doctrina ha llamado “autoritarismos competitivos”, o sea, autoritarismos que toleran elecciones parcialmente libres, con el propósito de mantener –y ampliar– su dominación autoritaria¹⁶. Así, Venezuela atravesó por un número inusual de elecciones desde 1999 hasta 2013. Para la oposición, las elecciones fueron un mecanismo de democratización; para Chávez, fueron un mecanismo de dominación autoritaria. Al final, fue Chávez quien triunfó en su estrategia, pues logró utilizar las elecciones al servicio de su régimen autoritario.

La muerte de Chávez –que marcó el fin de su dominación carismática– modificó esa situación, como quedó comprobado en 2013, cuando Nicolás Maduro fue proclamado Presidente en una elección disputada, debido al cúmulo de fraudes cometidos¹⁷. A pesar de ello, Gobierno y oposición mantuvieron, en su esencia, la misma estrategia implementada por Chávez: utilizar las elecciones como instrumento de dominación autoritaria o utilizar las elecciones como instrumento de democratización.

¹³ Linz, Juan y Stepan, Alfred, *Problems of democratic transition and consolidation*. Southern Europe, South America and Post-Communist Europe, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1996, pp. 3 y ss.

¹⁴ Hernández G., José Ignacio, “Towards a Concept of Constitutional Authoritarianism: The Venezuelan Experience”, en <http://www.icconnectblog.com/2018/12/towards-a-concept-of-constitutional-authoritarianism-the-venezuelan-experience/>

¹⁵ Brewer-Carías, Allan R., *Dismantling Democracy in Venezuela: The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 7 y ss.

¹⁶ Levitsky, Steven y Way, Lucan, *Competitive authoritarianism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 5 y ss.

¹⁷ Véanse nuestros trabajos: “El abuso y el poder en Venezuela. Primera parte: de cómo se violó el régimen constitucional de las faltas y ausencias presidenciales entre el 9 de diciembre de 2012 y el 11 de marzo de 2013”, en *Revista de Derecho Público* N° 133, Caracas, 2013, pp. 45 y ss.; “El abuso y el poder en Venezuela. Segunda parte: de cómo se consumaron hechos de corrupción electoral en la elección del 14 de abril de 2013”, en *Revista de Derecho Público* N° 134, Caracas, 2013, pp. 51 y ss., y “El abuso y el poder en Venezuela. Tercera y última parte: de cómo la Sala Constitucional, arbitrariamente, inadmitió los recursos contencioso-electorales relacionados con la elección del 14 de abril 2013”, en *Revista de Derecho Público* N° 135, Caracas, 2013, pp. 35 y ss.

Finalmente, la oposición triunfó en su estrategia, con la elección de la Asamblea Nacional de diciembre de 2015, en la cual obtuvo la mayoría de las dos terceras partes.

De haber habido Estado de Derecho, este triunfo habría permitido a la Asamblea Nacional conducir el proceso de transición democrática a resultados de las elecciones parlamentarias. Pero para entonces, el Estado de Derecho había sido desmantelado, lo que llevó a Maduro a destruir las precarias instituciones electorales subsistentes. Esto marcó el fin del autoritarismo competitivo. La oposición, sin embargo, siguió apostando por una transición a través de elecciones, como quedó en evidencia en el proceso del referendo revocatorio de 2016, obstaculizado inconstitucionalmente por Maduro¹⁸. Esto llevó a la oposición a cambiar la estrategia, pues los autoritarismos no-electorales no pueden combatirse con elecciones. El resultado de ello fue el desconocimiento de la fraudulenta elección presidencial del 20 de mayo de 2018, y el reconocimiento del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado de la República a partir del 10 de enero de 2019¹⁹.

El colapso democrático en Venezuela estuvo acompañado por el colapso económico. Las políticas predatorias de Hugo Chávez, basadas en controles centralizados y arbitrarias expropiaciones, destruyeron los mecanismos de mercado y generaron un déficit de ingresos en divisas por la destrucción de la industria petrolera y el sobreendeudamiento irresponsable de Chávez y Maduro. Frente a esa situación, Nicolás Maduro optó por eludir la solución a este problema, alargando la crisis. A resultas de ello, se implementó un masivo recorte de las importaciones, lo que junto con la destrucción del sector productivo nacional, produjo un *shock* en la oferta de bienes y servicios que derivó en desabastecimiento y escasez. Sin acceso a los mercados internacionales consecuencia de la mala administración, el régimen de Maduro optó por financiar monetariamente el déficit fiscal, pues la autonomía del Banco Central de Venezuela había sido destruida junto con la destrucción del Estado de Derecho. La inflación dio paso a hiperinflación²⁰.

La destrucción de la democracia constitucional en Venezuela también arrastró la destrucción de las instituciones del Estado, a resultas de lo cual la capacidad del Estado comenzó a declinar, convirtiéndose Venezuela en un Estado fallido o Estado frágil. Tal y como se demuestra en la literatura comparada de los Estados fallidos²¹, este proceso dio paso a mecanismos informales de gobernanza de naturaleza ilícita. Desde el mercado negro, pasando por el comercio ilegal del oro, hasta la cleptocracia, las debilitadas instituciones del Estado vene-

¹⁸ Véase nuestro trabajo *El referendo revocatorio presidencial y el abuso de poder en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

¹⁹ *Vid.*: Brewer-Carías, Allan, R. “Sobre la regulación del régimen que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución y la constitucionalidad”, en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/04/193.-Brewer.-doc.-Estatuto-de-transición.-marzo-2019.pdf>

²⁰ *Vid.* Barrios, Douglas y Santos, Miguel Ángel, “¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?”, en *Fragmentos de Venezuela. 20 escritos sobre economía*, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Caracas, 2017, pp. 91 y ss., así como Barrios, Douglas y Santos, Miguel Ángel, “Anatomía de un colapso”, Presentación Plan País, Boston, 2018. También, *vid.*: Hausmann, Ricardo, Santos, Miguel Ángel y Barrios, Douglas, “Cómo salvar a Venezuela”, *New York Times*, 9 de julio de 2018.

²¹ Rotberg, Robert, “Failed States, Collapsed States, Weak States”, en *State failure and State Weakness in a Time of Terror*, World Peace Foundation and Brookings Institution Press, Cambridge-Washington DC., 2003, pp. 1 y ss.

zolano fueron cooptadas por organizaciones del crimen organizado²². Al colapsar las instituciones del Estado también colapsó su capacidad de implementar los controles centralizados, a resultas de lo cual la economía degeneró en un sistema anárquico e ilegal, marcado por una dolarización *de facto* pues incluso la capacidad de financiar monetariamente el déficit fiscal ha colapsado.

La combinación del colapso democrático, económico y del Estado llevó a una emergencia humanitaria compleja²³ que impulsó la crisis masiva de migrantes y refugiados²⁴.

Por ello, el reto en Venezuela no es ya conducir un proceso de transición democrática. De hecho, es imposible adelantar ese proceso pues no existe un Estado funcional. En realidad, el reto en Venezuela es conducir, simultáneamente, tres procesos de transición: (i) del autoritarismo no-competitivo de Maduro a la democracia constitucional; (ii) de una economía centralizada degenerada en anárquica a la economía de mercado, y (iii) del Estado frágil y criminal al Estado funcional. El marco jurídico para promover este proceso complejo de transición está contenido en *Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (el Estatuto)²⁵.

III

El paso primero para iniciar este complejo proceso de transición es la liberación del régimen de Maduro, o lo que el Estatuto llama cese de la usurpación. Este cese no es, simplemente, la salida de Maduro de la Presidencia. Si esa salida solo conduce a agravar el régimen autoritario con la misma élite dominante, no habrá cese de la usurpación. Por ello, la mejor manera de comprender el cese de la usurpación no es función a *quién* ocupa la Presidencia sino en *cómo* se ejerce la Presidencia: el cese de la usurpación supone el cese de los poderes *de facto* que se ejercen desde la Presidencia, como resultado de la concentración de poderes, especialmente, luego de la instalación de la fraudulenta e ilegítima asamblea nacional constituyente. La salida de Maduro es condición necesaria –pero no suficiente– para lograr esa liberación²⁶.

Ya se explicó que no hay una receta única para promover la liberación. Por ello, debe verse con cuidado la propensión a diseñar la táctica de cambio en Venezuela tomando en cuenta las acciones emprendidas en casos comparados de transiciones. Cada transición es única, y el caso de Venezuela lo es en especial, pues como se indicó, no es solo un proceso de transición democrática basado en un régimen autoritario no-competitivo. Es, además, un proceso de transición marcado por el Estado frágil y criminal en el medio de la emergencia humanitaria compleja.

²² InSight Crime, *Venezuela Mafia State*, Washington D.C., 2018. Véase también a Arocha, José Gustavo, “Venezuela: more than a brutal regime it’s an evil revolution that must be stopped”, en *Latin America Policy Journal*, consultado en: <http://lapj.hkspublications.org/>

²³ Véase la información de la Agencia para el Desarrollo Internacional del Gobierno de Estados Unidos <https://www.usaid.gov/crisis/venezuela-regional>

²⁴ En cuanto a la crisis migratoria, véase el Informe del Grupo de Trabajo de la Organización de Estados Americanos para abordar la crisis de migrantes y refugiados venezolanos en la región de junio de 2019, en: https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/OEA-informe-migrantes-venezolanos-espanol_0.pdf

²⁵ Brewer-Carías, Allan R., *Transición a la democracia en Venezuela. Bases Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019, pp. 41 y ss.

²⁶ Artículo 12, Estatuto.

En todo caso, la estrategia básica para promover esa liberación sí puede enmarcarse en la teoría de democratización de Dahl²⁷, de acuerdo con la cual la democratización requiere elevar los costos de represión y reducir los costos de tolerancia. En otras palabras, es necesario elevar los costos de obediencia al régimen de Maduro y disminuir los costos de quienes decidan desobedecer a ese régimen. En tanto la esencia del poder político es el deber de obediencia, esta estrategia se orienta a promover la fractura de tal deber. La táctica para alcanzar ello, se insiste, depende de las cambiantes y únicas condiciones en Venezuela.

El Estatuto diseñó diversas tácticas para lograr ese objetivo, especialmente, al promover la reducción de costos de tolerancia con la propuesta de la justicia transicional²⁸ y la conformación de un gobierno de unidad nacional²⁹. La “unidad” a la cual se refiere el Estatuto, obviamente, no es solo la de las fuerzas políticas del Gobierno Interino, sino la de todas las fuerzas políticas que, al margen de sus diferencias, estén dispuestas a apoyar la transición en Venezuela en el marco de la Constitución.

La propuesta de conformación del gobierno de emergencia nacional a través del Consejo de Estado responde a esa estrategia. En efecto, en sintonía con el Estatuto, el Acuerdo aprobado por la Asamblea Nacional parte de la necesidad de generar incentivos para que los funcionarios que hoy obedecen al régimen de Maduro decidan obedecer al Gobierno de emergencia nacional, lo que pasa por permitir su integración a ese Gobierno, incluso, por medio del sistema de justicia transicional que el Estatuto diseña. A su vez, la propuesta del Departamento de Estado contiene un ofrecimiento de levantamiento de las sanciones a aquellos funcionarios del actual régimen que decidan desobedecer a éste.

De esa manera, quienes hoy siguen obedeciendo al régimen de Maduro tienen ante sí una disyuntiva: mantienen esa obediencia y por ende, se exponen a sanciones en el ámbito internacional, o cesan ese deber de obediencia, a los fines de acceder a beneficios en ese ámbito. Esto eleva, más todavía, los costos de obediencia al régimen de Maduro y crea incentivos para la liberación de ese régimen. Incluso, la propuesta del Departamento de Estado plantea el retiro de la referencia del caso venezolano formulada por diversos países ante la Corte Penal Internacional.

Pero nótese que la creación de estos incentivos pasa por mantener e incluso aumentar medidas coactivas en el ámbito internacional, que hagan más costoso preservar la obediencia al régimen de Nicolás Maduro. Tanto más cuando se considera que la élite dominante es responsable de diversos ilícitos, incluso, en el orden internacional. Esto crea incentivos concretos de acuerdo con la propuesta del Departamento de Estado, a los fines de que quienes hoy siguen obedeciendo al régimen de Maduro opten por apoyar la transición, eludiendo o atemperando las consecuencias adversas de esas medidas coactivas y de las posibles investigaciones que se adoptarán en este sentido.

En el ámbito interno, asimismo, la propuesta del Departamento de Estado apoya el diseño de incentivos previstos en el Estatuto, específicamente en lo que respecta al sistema de justicia transicional. Sin embargo, en los términos del artículo 29 de la Constitución, y en sintonía con el Derecho Internacional, este sistema no podrá derivar en impunidad para los responsables de delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra.

²⁷ Dahl, Ronald, *Polyarchy; participation and opposition*, Yale University Press, New Haven, 1971, pp. 12 y ss.

²⁸ Artículo 18.2, Estatuto.

²⁹ Artículos 25 y siguientes, Estatuto.

Asimismo, la posición del Departamento de Estado ratifica que la causa inmediata del programa de sanciones administrado por el Departamento del Tesoro es la permanencia del régimen de Maduro y sus élites en el poder, en tanto esa élite es responsable de ilícitos financieros asociados a una mala gestión de recursos. Mientras se mantenga la usurpación de la Presidencia, por ello, Venezuela no podrá acceder a los mercados internacionales, debido a la ilegitimidad del régimen de Maduro y su asociación con ilícitos financieros. Nótese que la verdadera restricción no deviene del programa de sanciones, sino de la ilicitud del régimen de Maduro.

Esto último es lo que marca la urgencia en la implementación de esta propuesta. La pandemia del Coronavirus es una seria amenaza para el derecho a la vida y a la salud de los amplios sectores de la sociedad venezolana que ya están severamente afectados por la emergencia humanitaria compleja. Ante el colapso de la capacidad estatal, la Administración Pública venezolana no cuenta con la capacidad de atender esa pandemia, todo lo cual exigirá acudir a especiales mecanismos de cooperación internacional. Mientras se mantenga la usurpación de la Presidencia, sin embargo, no será posible acceder esos mecanismos, con lo cual, no podrán implementarse las medidas comprendidas en el plan José María Vargas aprobado por la Asamblea Nacional en el citado Acuerdo de 31 de marzo de 2020, para la inmediata atención de la pandemia.

IV

La propuesta de conformar un Gobierno de emergencia nacional centrado en el Consejo de Estado encuentra pleno fundamento en el artículo 333 de la Constitución.

En efecto, tal y como dispone el Estatuto, desde el año 2017 el debilitado Estado de Derecho en Venezuela colapsó, debido a la fraudulenta convocatoria de la asamblea nacional constituyente que concentró todos los poderes del Estado. Incluso, esta fraudulenta asamblea acordó que sus decisiones tendrían valor superior a la Constitución, la cual en consecuencia perdió vigencia en la práctica³⁰. Precisamente, el artículo 333 de la Constitución dispone que cuando la Constitución pierda vigencia en la práctica, todos los particulares –incluyendo los funcionarios– están obligados a colaborar para restituir en los hechos su vigencia.

Esta norma sirvió de fundamento al Estatuto y, por ende, a la decisión amparada en el artículo 233 de la Constitución, y según la cual el Presidente de la Asamblea Nacional, diputado Juan Guaidó, debe asumir al condición de Presidente encargado. Según el Estatuto, el primer objetivo es el cese de la usurpación, o sea, la liberación del régimen de Nicolás Maduro para conformar el “gobierno provisional de unidad nacional”.

Precisamente, el gobierno de emergencia nacional es ese gobierno provisional, cuyo principal mandato es ahora la atención de la pandemia del Coronavirus, de conformidad con los lineamientos del Plan José María Vargas aprobado por la Asamblea Nacional y las disposiciones sobre Derecho Internacional Humanitario.

A tales efectos, la Asamblea Nacional, en el Acuerdo de 31 de marzo de 2020, apoyó la propuesta realizada por el Presidente encargado según la cual, el gobierno de emergencia nacional debe basarse en una instancia plural y colegiada de gobierno, como es el Consejo de Estado. El propósito inmediato de esta solución es asegurar el consenso político necesario para adoptar de manera inmediata las políticas públicas orientadas a atender la pandemia y la emergencia humanitaria compleja.

³⁰ Brewer-Carías, Allan R., *Usurpación constituyente 1999-2017. La historia se repite: una vez como farsa y la otra como tragedia*, Editorial Jurídica Venezolana International, 2018.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 225 de Constitución, el Gobierno Nacional es conducido por la Presidencia de la República, junto con la Vicepresidencia Ejecutiva de la República, los Ministros y el Consejo de Ministros. Al tratarse de un régimen presidencialista, el ejercicio de la Presidencia de la República corresponde a quien ocupe el cargo de Presidente. No obstante, en el marco del artículo 333 de la Constitución, y tal y como lo previó el Estatuto, es posible ajustar este marco a las circunstancias extraordinarias actualmente existentes en Venezuela.

Como vimos, el artículo 333 de la Constitución fue incluido con el propósito de brindar cobertura constitucional a situaciones de anormalidad institucional no previstas en la Constitución. La crisis constitucional en Venezuela, aunada a la emergencia humanitaria compleja, configura una situación que no encuentran cobertura expresa en la Constitución, razón por la cual es preciso ajustar su aplicación a tales circunstancias excepcionales.

De esa manera, la forma presidencialista de Gobierno puede atemperarse mediante la creación de una instancia colegiada de gobierno, que propenda así a la unidad nacional. Tal es el rol que debe cumplir el Consejo de Estado. De conformidad con el artículo 251 de la Constitución, este Consejo es el órgano superior de consulta del Gobierno. Partiendo de tal carácter, la propuesta de la Asamblea Nacional –secundada por el Gobierno de Estados Unidos³¹, junto a otros Gobiernos más– consiste en reforzar el rol constitucional del Consejo de Estado, a los fines de permitir la definición consensuada de las decisiones que, por Constitución, corresponden a la Presidencia de la República. Esto pasa por que la Asamblea Nacional dicte la Ley especial del Consejo de Estado y regule el mecanismo para la designación de sus integrantes y la toma de decisiones.

Salvo esa modificación, compatible con la naturaleza del Consejo de Estado en el marco del artículo 333 de la Constitución, el resto del funcionamiento del Gobierno Nacional seguiría lo dispuesto en la Constitución. Así, la Asamblea Nacional, como dispone el Estatuto³², proveerá sobre la designación del Presidente encargado de la República, quien procederá a ejercer las competencias de la Presidencia de la República dentro del Consejo de Estado, para la designación del Vicepresidente Ejecutivo de la República, los Ministros y la integración del Consejo de Ministros. Con ello, se consolidarán las fases de liberación del régimen de Maduro y la conformación del gobierno de emergencia nacional, como gobierno provisional de unidad nacional.

Es importante recordar que esta propuesta había sido delineada por representantes del Gobierno Interino en Oslo, en septiembre de 2019³³. Entonces, inspirados en los arreglos institucionales de la transición de Venezuela en 1958, se propuso conformar un gobierno plural a través del Consejo de Estado, apartándose el diputado Juan Guaidó de la Presidencia de la República. Esta propuesta fue reiterada por el Presidente encargado Juan Guaidó el 29 de marzo de 2020³⁴, y está igualmente respaldada en la propuesta del Departamento de Estado.

³¹ El planteamiento del Departamento de Estado avanza en diversos detalles en cuanto a la posible conformación del Consejo de Estado. Se trata de propuestas que podrán ser valoradas por la Asamblea Nacional.

³² Artículos 25 y siguientes.

³³ *Vid.*: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20190917/47411245542/crisis-venezuela-guaido-maduro-dialogo-noruega.html>

³⁴ *Vid.*: <https://www.voanoticias.com/a/guaido-propone-gobierno-de-emergencia-nacional-para-atender-el-coronavirus/5350657.html>

Además de la conformación del gobierno de emergencia nacional, tal y como lo define el Estatuto³⁵, la Asamblea Nacional debe adelantar los procedimientos constitucionales para la reorganización del Poder Ciudadano, Poder Electoral y Tribunal Supremo de Justicia. Igualmente, la Asamblea Nacional deberá dictar las Leyes para acompañar el proceso de transición, incluyendo la *Ley de garantías, estabilización democrática y reconciliación nacional* mencionada en el Acuerdo de 31 de marzo, y que está llamada a desarrollar el sistema de justicia transicional y la conformación de la comisión de la verdad, de acuerdo con los lineamientos del *Estatuto*³⁶. Todo esto, por supuesto, supone la disolución de la ilegítima y fraudulenta asamblea nacional constituyente.

Dentro de estas reformas destaca la reforma electoral orientada a restablecer las condiciones básicas de integridad electoral para la celebración de la elección presidencial, así como el resto de las elecciones que deben celebrarse de conformidad con la Constitución, entre ellas, la elección de la Asamblea Nacional. En todo caso, de cara a la solución de crisis desatada el 20 de mayo de 2018, lo fundamental es celebrar elecciones presidenciales libres, justas y transparentes, para la elección de quien deba ocupar la Presidencia de la República por el resto del período presidencial 2019-2025. El gobierno de emergencia nacional, por ello, ejercerá la Presidencia de la República hasta la elección y proclamación del nuevo Presidente, lo que deberá suceder en un lapso máximo de doce (12) meses según lo dispuesto en el Estatuto³⁷.

El artículo 333 de la Constitución otorga a la Asamblea Nacional un amplio margen de flexibilidad para adecuar la legislación del Consejo de Estado a la especificidad de la transición democrática. El objetivo, como se ha explicado, es generar incentivos para la configuración plural del gobierno de emergencia a los fines de acelerar el colapso del régimen de Maduro por el cese del deber de obediencia. Al ser ello condición necesaria para el cumplimiento del artículo 333 de la Constitución, la Asamblea Nacional cuenta con legitimidad constitucional y democrática suficiente para legislar sobre la materia, complementando lo dispuesto en el Estatuto.

De ello deriva que el gobierno de emergencia nacional no será un gobierno *de facto*. Se tratará, por el contrario, de un Gobierno constitucional, amparado en el artículo 333 del Texto de 1999 y en lo dispuesto en el Estatuto.

³⁵ Artículos 20 y siguientes.

³⁶ Artículo 18.2, *Estatuto*.

³⁷ Artículo 26, *Estatuto*.

NULIDAD DE LOS BONOS PDVSA 2020

Román J. Duque Corredor

Coordinador Nacional del Bloque Constitucional de Venezuela

Resumen: *El presente artículo precisa el carácter de excepción de los contratos de interés público nacional celebrados con sociedades domiciliadas en el extranjero respecto de la regla general que solo exige la aprobación legislativa de estos contratos en los casos que determine la ley. Asimismo, precisa la noción de Poder Ejecutivo Nacional a los fines de la celebración de tales contratos.*

Palabras Clave: *Contratos de interés público. Bonos PDVSA 2020. PDVSA. Poder Ejecutivo Nacional. Autorización de la Asamblea Nacional. Contratos de interés públicos y sociedades extranjeras.*

Abstract: *This article refers to the exceptional nature of national public interest contracts entered into with companies not domiciled in Venezuela that always require legislative authorization, with respect to the general rule that national public interest contracts determined by law required legislative approval. Likewise, it specifies the notion of National Executive Power for the purposes of the conclusion of such contracts.*

Key words: *Public interest contracts. PDVSA 2020 Bonds. PDVSA. National Executive Power. Authorization of the National Assembly. Public interest contracts and foreign companies*

I. EL CONTRATO DE EMISIÓN DEL BONO 2020 Y EL CONTRATO DE GARANTÍA DE ESTE BONO Y EL REQUISITO DE LA APROBACIÓN POR LA ASAMBLEA NACIONAL COMO ESENCIAL DE SU VALIDEZ

La Junta Administradora *ad-hoc* de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), designada por el gobierno legítimo de Juan Guaidó, en defensa de la vigencia de la Constitución y las competencias de control de la Asamblea Nacional sobre los contratos de interés público nacional, ha sostenido la nulidad de los Bonos 2020, emitidos por el régimen de Nicolás Maduro. En efecto, los artículos 150 y 187, numeral 9, de la Constitución, establecen, de manera expresa, sin excepción, que todo contrato de interés público nacional suscrito entre la Administración Pública y sociedades domiciliadas en el extranjero debe ser previamente autorizado por la Asamblea Nacional. Aprobación esta, que, en este supuesto concreto, según la Exposición de Motivos de la misma Constitución, tiene “*carácter preceptivo*”. Es decir, su interpretación, por tratarse de un requisito expreso y esencial, no admite una interpretación extensiva, o implícita o análoga, por tratarse de una excepción a la regla contemplada en el citado artículo 150, de que solo se requiere, por parte de la Asamblea Nacional, la aprobación de la celebración los contratos de interés público nacional en los casos que determine la ley. En efecto, tal y como la Asamblea Nacional lo declaró en Acuerdos de 27 de septiembre de 2016 y 15 de octubre de 2019, respectivamente, el contrato de emisión del Bono 2020, y el contrato de garantía de ese Bono con el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc., reúnen todos los elementos para ser considerados contratos de interés público nacional, sujetos en el presente caso a un requisito expreso para su validez.

En efecto:

- Fueron suscritos por dos empresas del Estado, esto es, PDVSA y PDVSA Petróleos, S.A.
- Esos contratos dieron en garantía la participación de control sobre el activo más importante del Estado venezolano en el exterior, como es Citgo. Es decir, no se trató de contratos ordinarios al giro comercial de PDVSA.
- Esos contratos fueron suscritos con sociedades domiciliadas en el extranjero, a saber, agente fiduciario y el agente colateral.

II. NULIDAD DE TAL OPERACIÓN DE CRÉDITO PÚBLICO POR LA OMISIÓN DEL REQUISITO DE SU VALIDEZ

Por lo tanto, los contratos de emisión del Bono 2020 y de garantía del 50,1% sobre Citgo, al ser contratos de interés público nacional suscritos con sociedades domiciliadas en el extranjero sin la autorización de la Asamblea Nacional, son nulos e ineficaces de acuerdo con el Derecho Constitucional venezolano. El régimen de Maduro pudo avanzar en esa operación, pese a las objeciones formuladas por la Asamblea Nacional en Acuerdo de 27 de septiembre de 2016, debido al conjunto de acciones por los cuales se cercenaron las facultades de control de la Asamblea Nacional, entre otras las sentencias de la Sala Constitucional sobre el supuesto desacato de la mencionada Asamblea; todo lo cual agrava, más todavía, las consecuencias de la violación del “*carácter preceptivo*” de la aprobación por dicha Asamblea de los referidos contratos, establecida expresamente, conforme el segundo párrafo del artículo 150 de la Constitución, como una excepción a la regla general de que tal aprobación solo se requiere en los casos de contratos de interés público nacional que determine la ley.

Debe recordarse que cuando PDVSA ofertó el canje de los Bonos 2017 por los Bonos 2020, garantizados con el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc.; en septiembre de 2016, la Asamblea Nacional cuestionó la operación, entre otras razones, porque la emisión de esos Bonos era un contrato de interés público nacional que debía ser autorizados por la Asamblea Nacional, en los términos del segundo párrafo del artículo 150 constitucional, debido al colateral sobre Citgo. PDVSA, gubernamental. Y, que se celebró sin tal autorización porque el gobierno de Maduro sostuvo que PDVSA no está sometida al artículo 150 de la Constitución, pues esa norma solo rige para la República y no a las empresas del Estado como PDVSA. Esta opinión tuvo como único fundamento una manipulación de la interpretación de la sentencia de la Sala Constitucional número 2.241 de 24 de septiembre 2002. En efecto, esta sentencia no establece que las empresas del Estado quedan excluidas del artículo 150 constitucional. Dicha sentencia hace énfasis en la aprobación legislativa de los contratos de interés público que celebre *la República*; lo que interpreta erradamente PDVSA, en 2016, en el sentido que por referirse a la República no se comprenden las empresas del Estado, por lo que estas empresas no están sujetas al mencionado artículo 150, para la celebración de este tipo de contratos. La sentencia, en comentario, alude a la República puesto que se refería a la nulidad del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, que rige las operaciones de crédito público de la República. El objeto del análisis de la sentencia mencionada se refería al análisis de la constitucionalidad del citado artículo, que eliminó la autorización previa para la celebración de los contratos de interés público, como requisito de su validez, entre ellos las operaciones de crédito público, a que se refiere el artículo 312, constitucional, sustituyéndola por un sistema de información periódica. Es decir, su análisis se centró en los contratos de interés público de la República, concluyendo que el artículo 80, referido, contrariaba la obligación constitucional del Ejecutivo Nacional de requerir la autorización de la Asamblea Nacional para la celebración de contratos de interés público nacional, en el marco de operaciones de crédito público, cuando dichos contratos sean celebrados con Estados, entidades oficiales extranjeras o sociedades no domiciliadas en Venezuela. Pero, en ningún caso excluyó a las empresas del Estado de tal autorización.

III. LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL NÚMERO 2.241 DE 24 DE SEPTIEMBRE 2002 Y NÚMERO 618 DE 20 DE JULIO DE 2016

Así, la citada sentencia señala lo siguiente:

“En tal sentido, estarán incluidos dentro de la especie de contratos de interés público nacional, todos aquellos contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentes de la comunidad nacional y no tan solo de un sector particular de la misma, como ocurre en los casos de contratos de interés público estatal o municipal, en donde el objeto de tales actos jurídicos sería determinante o esencial para los habitantes de la entidad estatal o municipal contratante, que impliquen la asunción de obligaciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de varios ejercicios fiscales posteriores a aquél en que se haya causado el objeto del contrato, en vista de las implicaciones que la adopción de tales compromisos puede implicar para la vida económica y social de la Nación”.

La sentencia equipara la República al Ejecutivo Nacional, pero no lo hace con el propósito de excluir a los entes descentralizados como las empresas del Estado del cumplimiento del artículo 150, tal y como ha entendido la doctrina (–Badell, Brewer y Carmona–) y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, en sentencia de 29 de abril de 2003 (Expediente 00-0836). De esa manera, las empresas del Estado, como entes de la Administración Pública Nacional, pueden celebrar contratos de intereses públicos pero sometidos al artículo 150 de la Constitución, tal y como la propia Asamblea Nacional lo ha declarado en relación con el Bono 2020, tanto en 2016 como en 2019.

Incluso, la propia Sala Constitucional en sentencia número 618 de 20 de julio de 2016, dictada en el marco del golpe de Estado permanente en contra de la Asamblea Nacional, acotó que la Administración Pública Nacional es la que puede celebrar contratos de interés público nacional. Esta afirmación la hizo con el propósito de señalar que el Banco Central de Venezuela no es Administración Pública Nacional y, por ende, no está sujeto al citado artículo 150:

“Así pues, esta Sala precisó que el Banco Central de Venezuela es una persona jurídica de Derecho Público, de rango constitucional, dotado de autonomía para el ejercicio de las políticas de su competencia, que no forma parte ni de la Administración Central ni de la Administración Descentralizada funcionalmente, sino que, atendiendo a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que lo regulan y que han sido desarrolladas por la Ley Especial que lo rige, forma parte de la llamada Administración Pública con autonomía funcional, la cual constituye un elemento fundamental para el cumplimiento de los fines que la ley le asigna; por lo que, requiere de un ordenamiento y organización especiales, propio y diferente del común aplicable a las demás entidades públicas o privadas”.

IV. LAS EMPRESAS DEL ESTADO COMO PODER EJECUTIVO NACIONAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL

De la anterior sentencia puede deducirse, en consecuencia, que los entes u órganos que se consideran parte de la Administración Pública Nacional pero a los que se les hubiere dotado de autonomía funcional, según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, están exentos del requisito de la autorización o aprobación legislativa de los contratos de interés público; y, que, por el contrario, no lo están las personas jurídicas con forma de derecho público o con forma de derecho privado, creados por titulares de la potestad organizativa de la Administración Central, por cuanto tales personas integran la Administración Pública Nacional Descentralizada, de la cual forman parte las sociedades mercantiles del Estado. Ello según lo establecido en los artículos 29, 32 y 102, de la Ley Orgánica de la Administración

Pública. Aún más, por Poder Ejecutivo Nacional, se entiende los órganos a los que incumbe su ejercicio, es decir, el presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los ministros y demás funcionarios que determinen la Constitución y la ley, y otros organismos de la Administración Pública Nacional. Todo ello, según se desprende de los artículos constitucionales, 136, en su aparte; 187.3; y 225, respectivamente. Por tanto, las empresas del Estado, así como los institutos autónomos, y, demás personas de derecho público o de derecho privado, a través de los cuales incumbe el ejercicio de la función administrativa, a nivel nacional, que no tengan la jerarquía constitucional de órgano con autonomía funcional; integran el Poder Ejecutivo Nacional.

Por lo expuesto, se puede concluir, que la autorización legislativa de los contratos de interés público, de operaciones de crédito público, de emisión de bonos, de sus garantías o colaterales, con sociedades domiciliadas en el extranjero, por ejemplo; es un requisito ineludible para su validez, aplicable a las operaciones de crédito público a que se refiere el artículo 312, de la Constitución. Lo cual, por lo demás, es requisito indiscutible, expreso y esencial respecto de la validez en los casos de los contratos de interés público nacional, cuyas garantías recaen en los activos más importantes de la República en el extranjero, por su impacto en la soberanía nacional, como lo son los contratos colaterales sobre todas las acciones de Citgo Holding, Inc., celebrados con empresas constituidas en el extranjero, a través de los contratos relacionados con el Bono PDVSA 2020. Es decir, que, sin duda, que las empresas del Estado como entes de la Administración Pública Nacional, como PDVSA, sí quedan sometidas al citado artículo 150 de la Constitución.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL PRIMER SEMESTRE DE 2020

Recopilación y selección
por Gabriel Sira Santana

Abogado

SUMARIO

I. PODER CONSTITUYENTE “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE” 2017

1. *“Leyes constituyentes”*. 2. *“Decretos constituyentes”*. 3. *Otras publicaciones*.

II. RÉGIMEN DE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA

1. *Reglamentos e instrumentos*. A. Régimen interno de la Asamblea Nacional. B. Régimen de los derechos fundamentales. 2. *Decretos*.

III. RÉGIMEN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

1. *Estado de emergencia económica*. A. Decretos de estado de excepción. 2. *Estado alarma (COVID-19)*. A. Decretos de estado de excepción. B. Medidas de organización. C. Medidas sanitarias. D. Medidas relacionadas con el libre tránsito. E. Medidas económicas..

IV. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*. A. Poder Ejecutivo. a. Ministerios. b. Comisiones presidenciales. c. Empresas del Estado. d. Fundaciones del Estado. e. Misiones. f. Procuraduría General de la República. g. Otros órganos y entes.

V. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema financiero*. A. Contrataciones públicas. B. Deuda Pública. C. Contabilidad. 2. *Sistema de auditoría y control interno*.

VI. 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. Operativos y planes de seguridad ciudadana. 3. *Migración y extranjería*.

VII. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Unidad tributaria*. 2. *Tributos*. 3. *“Criptomonedas”*. 4. *Instituciones financieras y mercado de valores*. 5. *Cajas de ahorro*. 6. *Telecomunicaciones*. 7. *Agricultura y pesca*. 8. *Energía y minas*. 9. *Servicios e industrias*.

VIII. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación*. A. Educación superior. 2. *Régimen laboral*. 3. *Cultura*. 4. *Salud*. 5. *Programas sociales*. 6. *Cooperativas*.

IX. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Ambiente y recursos naturales*. 2. *Transporte y tránsito*. A. Sistema de transporte terrestre. B. Sistema de transporte acuático y aéreo.

I. PODER CONSTITUYENTE “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE” 2017

1. “Leyes constituyentes”

Ley Constitucional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. *G.O.* N° 6.508 Extraordinario del 30-01-2020.

2. “Decretos constituyentes”

Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario. *G.O.* N° 6.507 Extraordinario del 29-01-2020.

Decreto Constituyente de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Aduanas. *G.O.* N° 6.507 Extraordinario del 29-01-2020.

Decreto Constituyente de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado. *G.O.* N° 6.507 Extraordinario del 29-01-2020.

Decreto Constituyente que crea la Cartera Productiva Única Nacional. *G.O.* N° 6.507 Extraordinario del 29-01-2020.

Decreto Constituyente mediante el cual se crea la Orden Héroes y Heroínas Batalla de los Puentes 23 de Febrero. *G.O.* N° 6.507 Extraordinario del 29-01-2020.

3. *Otras publicaciones*

Acuerdo Constituyente mediante el cual se aprueba en todas y cada una de sus partes, la estimación de población general al 31-12-2020, realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE). *G.O.* N° 41.911 del 30-06-2020.

II. RÉGIMEN DE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA¹

1. *Reglamentos e instrumentos*

A. *Régimen interno de la Asamblea Nacional*

Resolución N° 34-2019 sobre Reglamento Interno para los Ascensos, Clasificaciones, Reclasificaciones y Ajustes Salariales para Funcionarios de Carrera Legislativa de la Asamblea Nacional. *G.L.* N° 17 del 16-01-2020.

B. *Régimen de los derechos fundamentales*

Instrumento de Ratificación por parte de la República Bolivariana de Venezuela de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. *G.L.* N° 17 del 16-01-2020.

2. *Decretos*

Decreto N° 18 de la Presidencia (E) de la República Bolivariana de Venezuela sobre la creación de la Comisión para la Reorganización de C.A. Telesur Venezuela y sus empresas filiales. *G.L.* N° 17 del 16-01-2020.

¹ Se deja constancia que únicamente se tuvo acceso a la Gaceta Legislativa de la Asamblea Nacional (*G.L.*) N° 16 del 06-01-2020 y N° 17 del 16-01-2020, por lo que se desconoce si en otras gacetas publicadas durante el primer semestre del año 2020 existen actos de interés para esta colaboración.

III. RÉGIMEN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN²

1. *Estado de emergencia económica*

A. *Decretos de estado de excepción*

Decreto N° 4.090, mediante el cual se declara el estado de excepción y de emergencia económica, en todo el territorio nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y ciudadanos habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida. *G.O.* N° 6.501 Extraordinario del 05-01-2020³.

Decreto N° 4.145, mediante el cual se prorroga por sesenta días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.090, de fecha 05-01-2020, mediante el cual se declara el estado de excepción y de emergencia económica, en todo el territorio nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y los ciudadanos habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.501, de fecha 05-01-2020, visto que subsiste la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural por la cual atraviesa la economía venezolana; a fin de que el Poder Ejecutivo pueda seguir brindando protección a las venezolanas y los venezolanos contra la guerra económica. *G.O.* N° 6.515 Extraordinario del 05-03-2020⁴.

Decreto N° 4.194, mediante el cual se declara el estado de excepción y de emergencia económica, en todo el territorio nacional, dadas las circunstancias extraordinarias en el ámbito social, económico y político, que afectan el orden constitucional, la paz social, la seguridad de la Nación, las instituciones públicas y a las ciudadanas y ciudadanos habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, alimentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida. *G.O.* N° 6.534 Extraordinario del 04-05-2020⁵.

² Para conocer a profundidad los decretos publicados con ocasión de los primeros tres estados de excepción nacional (emergencia económica), así como la implementación del régimen de excepción en la frontera durante el segundo semestre de 2015, véase Gabriel Sira Santana: *El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana y CIDEP. Caracas, 2017. Los balances de los decretos dictados durante los estados de excepción posteriores pueden consultarse en <http://cidep.com.ve/reportes.html>

³ Véase fallo N° 2 del 14-01-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

⁴ Véase fallo N° 56 del 19-03-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

⁵ Véase fallo N° 60 del 15-05-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

2. Estado alarma (COVID-19)

A. Decretos de estado de excepción

Decreto N° 4.160, mediante el cual se decreta el estado de alarma en todo el territorio nacional, dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen. *G.O.* N° 6.519 Extraordinario del 13-03-2020⁶.

Decreto N° 4.186, mediante el cual se prorroga por treinta días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.160, de fecha 13-03-2020, mediante el cual fue decretado el estado de excepción de alarma en todo el territorio nacional, dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.519 Extraordinario; visto que subsiste la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural que motivo la declaratoria del Estado de Excepción de Alarma. *G.O.* N° 6.528 Extraordinario del 12-04-2020⁷.

Decreto N° 4.198, mediante el cual se declara el estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19). *G.O.* N° 6.535 Extraordinario del 12-05-2020⁸.

Decreto N° 4.230, mediante el cual se prorroga por treinta días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.198, de fecha 12-05-2020, mediante el cual fue decretado el estado de excepción de alarma en todo el territorio nacional, dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.535 Extraordinario; visto que subsiste la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural que motivo la declaratoria del Estado de Excepción de Alarma. *G.O.* N° 6.542 Extraordinario del 11-06-2020⁹.

⁶ Véase fallo N° 57 del 24-03-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

⁷ Véase fallo N° 58 del 22-04-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

⁸ Véase fallo N° 63 del 21-05-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

⁹ Véase fallo N° 74 del 19-06-2020 de la Sala Constitucional, mediante el cual se declaró la constitucionalidad de este decreto.

B. *Medidas de organización*

Resolución Conjunta N° 083 y 093 de los Ministerios del Poder Popular para la Salud y para la Ciencia y Tecnología, mediante la cual se establecen los lineamientos generales para el desarrollo de las investigaciones relacionadas al COVID-19 en la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 41.864 del 22-04-2020.

Resolución N° 082 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se constituye el Equipo Multidisciplinario de Respuesta a la Emergencia Sanitaria COVID-19 (EMES/COVID-19) del estado Táchira, dependiente del Despacho del Ministro del Poder Popular para la Salud; integrada por las autoridades que en ella se mencionan. *G.O.* N° 41.866 del 24-04-2020.

C. *Medidas sanitarias*

Decreto N° 4.159, mediante el cual se suspenden las actividades educativas presenciales en todos los planteles educativos e instituciones de educación universitaria oficiales y de gestión privadas del país, a partir del día lunes 16-03-2020, a los fines de fortalecer las medidas de prevención y evitar la propagación del virus Coronavirus COVID-19, ante la llegada del mismo a nuestro país. *G.O.* N° 6.518 Extraordinario del 13-03-2020.

Resolución N° 086 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se establece la normativa sanitaria de responsabilidad social ante la pandemia denominada Coronavirus (COVID-19), con el objeto de mitigar y erradicar los contagios del virus dentro del territorio nacional. *G.O.* N° 41.891 del 01-06-2020.

Resolución N° 24 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se dicta las condiciones especiales de distanciamiento social y bioseguridad para el uso de las unidades de transporte urbano terrestre durante la fase de normalidad relativa y supervisada frente al COVID-19. *G.O.* N° 41.893 del 03-06-2020.

Resolución N° 24 del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda, mediante la cual se dicta el protocolo de actuación en las obras del sector vivienda (público y privado) para la prevención del COVID-19, como protección a los trabajadores y Poder Popular organizado para la construcción de vivienda. *G.O.* N° 41.901 del 15-06-2020.

D. *Medidas relacionadas con el libre tránsito*

Resolución N° 087 del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, mediante la cual se suspende indefinidamente en todo el territorio nacional el acceso de personas no autorizadas a los Parques Nacionales, Monumentos Naturales, Parques de Recreación a campo abierto o de uso intensivo, bajo la administración del Instituto Nacional de Parques (INPARQUES), ente adscrito a este Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, como medida de contención de la propagación del virus COVID-19 (Coronavirus). *G.O.* N° 41.840 del 16-03-2020.

Decreto N° 4.181, dictado en el marco del estado de Alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se establece la restricción de la circulación y libre tránsito en jurisdicción de los municipios Simón Bolívar; y Pedro María Ureña del estado Táchira. *G.O.* N° 6.525 Extraordinario del 06-04-2020.

Decreto N° 4.188, dictado en el marco del estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se establece la restricción de la circulación y libre tránsito en jurisdicción del estado Nueva Esparta. *G.O.* N° 6.530 Extraordinario del 19-04-2020.

Decreto N° 4.205, dictado en el marco del estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se establece la restricción de la circulación y libre tránsito en el municipio Páez del estado Apure. *G.O.* N° 6.537 Extraordinario del 18-05-2020.

Decreto N° 4.206, dictado en el marco del estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se establece la restricción de la circulación y libre tránsito en los municipios Guajira y Jesús María Semprún del estado Zulia. *G.O.* N° 6.538 Extraordinario del 19-05-2020.

Decreto N° 4.207, dictado en el marco del estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se establece la restricción de la circulación y libre tránsito en el municipio Gran Sabana del estado Bolívar. *G.O.* N° 6.538 Extraordinario del 19-05-2020.

Decreto N° 4.209, dictado en el marco del estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se establece la restricción de la circulación y libre tránsito en jurisdicción de los municipios Simón Bolívar; y Pedro María Ureña del estado Táchira. *G.O.* N° 6.539 Extraordinario del 21-05-2020.

Decreto N° 4.219, dictado en el marco del estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se establece la restricción de la circulación y libre tránsito en el municipio Mara del estado Zulia. *G.O.* N° 6.540 Extraordinario del 29-05-2020.

Decreto N° 4.236, dictado en el marco del estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.205, de fecha 18-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.537 Extraordinario. *G.O.* N° 6.546 Extraordinario del 16-06-2020.

Decreto N° 4.237, dictado en el marco del estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.206, de fecha 19-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.538 Extraordinario. *G.O.* N° 6.547 Extraordinario del 17-06-2020.

Decreto N° 4.238, dictado en el marco del estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.207, de fecha 19-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.538 Extraordinario. *G.O.* N° 6.547 Extraordinario del 17-06-2020.

Decreto N° 4.239, dictado en el marco del estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.209, de fecha 21-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.539 Extraordinario. *G.O.* N° 6.548 Extraordinario del 19-06-2020.

Decreto N° 4.240, dictado en el marco del estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se prorroga por treinta días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.219, de fecha 29-05-2020, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.540 Extraordinario. *G.O.* N° 6.550 Extraordinario del 27-06-2020.

E. *Medidas económicas*

Decreto N° 4.166, mediante el cual se exonera del pago del impuesto al valor agregado, impuesto de importación y tasa por determinación del régimen aduanero, así como cualquier otro impuesto o tasa aplicable de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, a las importaciones definitivas de bienes muebles corporales (mascarillas, tapabocas y otros insumos relacionados) realizadas por los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, destinados a evitar la expansión de la pandemia coronavirus (COVID-19), que en él se señalan. *G.O.* N° 41.841 del 17-03-2020.

Decreto N° 4.168, dictado en el marco del estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19), por medio del cual se dictan las medidas de protección económica que en él se mencionan. *G.O.* N° 6.521 Extraordinario del 23-03-2020.

Decreto N° 4.169, dictado en el marco del estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19), por medio del cual se suspende el pago de los cánones de arrendamiento de inmuebles de uso comercial y de aquellos utilizados como vivienda principal. *G.O.* N° 6.522 Extraordinario del 23-03-2020.

Resolución N° 023 del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda, mediante la cual se suspende de manera especial y excepcional el pago de los cánones de arrendamientos de inmuebles utilizados para vivienda principal hasta el 01-09-2020. *G.O.* N° 41.852 del 01-04-2020.

Decreto N° 4.171, mediante el cual se exonera del pago del impuesto sobre la renta, el enriquecimiento anual de fuente territorial, obtenido por las personas naturales residentes en el país, durante el periodo fiscal del año 2019, cuyo salario normal o ingreso proveniente del ejercicio de su actividad, al cierre de dicho periodo no supere el monto equivalente a tres salarios mínimos vigentes al 31-12-2019. *G.O.* N° 6.523 Extraordinario del 02-04-2020.

Resolución N° 079 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se exonera del pago del impuesto al valor agregado, impuesto de importación y tasa por determinación del régimen aduanero, así como cualquier otro impuesto o tasa aplicable de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, a las importaciones definitivas de bienes muebles corporales (mascarillas, tapabocas y otros insumos relacionados) realizadas por los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, destinados a evitar la expansión de la pandemia Coronavirus (COVID-19). El listado de bienes muebles corporales sujetos de exoneración se detallan en anexo de esta Resolución. *G.O.* N° 41.854 del 03-04-2020.

IV. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del Poder Público Nacional*

A. *Poder Ejecutivo*

a. *Ministerios*

Resolución N° DM/221 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual el Despacho del Viceministro para América Latina, integrado a la estructura del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, el cual coordinará, promoverá y ejecutará las estrategias, así mismo realizará el seguimiento de las directrices emanadas del Ejecutivo Nacional en materia de cooperación con los países de América Latina que en ella se mencionan. *G.O.* N° 41.835 del 09-03-2020.

Decreto N° 4.192, mediante el cual se ordena la supresión del Despacho del Viceministro o de la Viceministra de Refinación y Petroquímica del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, cuyas competencias serán transferidas al o los Viceministerios del Poder Popular de Petróleo competentes por la materia, según corresponda. *G.O.* N° 6.531 Extraordinario del 27-04-2020.

Decreto N° 4.200, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para el Turismo y Comercio Exterior. *G.O.* N° 41.877 del 12-05-2020.

Decreto N° 4.201, mediante el cual se dicta el Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular de Atención de las Aguas. *G.O.* N° 41.877 del 12-05-2020.

b. *Comisiones presidenciales*

Decreto N° 4.110, mediante el cual se crea la comisión presidencial, con carácter permanente, denominada “Comité de Comercio Exterior”, la cual tendrá por objeto formular e implementar la política en materia de comercio exterior, fomento y promoción de las exportaciones, a fin de garantizar el bienestar de las venezolanas y los venezolanos y el incremento de la capacidad productiva nacional. *G.O.* N° 41.815 del 05-02-2020.

Decreto N° 4.131, mediante el cual se declara la 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; y se crea la Comisión Presidencial, con carácter temporal, denominada “Comisión Presidencial para la Defensa, Reestructuración y Reorganización de la Industria Petrolera Nacional Alí Rodríguez Araque”, la cual tendrá por objeto el diseño, supervisión, coordinación y reimpulso de todos los procesos productivos, jurídicos, administrativos, laborales y de comercialización de la industria petrolera pública nacional y sus actividades conexas, incluyendo a Petróleos de Venezuela, S.A., (PDVSA) y la Corporación Venezolana de Petróleo (CVP). *G.O.* N° 41.825 del 19-02-2020.

c. *Empresas del Estado*

Decreto N° 4.098, mediante el cual se incorporan a la Empresa Nacional de Sistemas de Silos y Almacenaje, S.A., (ENASA), adscrita a la Empresa de Estado Conglomerado Agrosur, S.A., y ésta a su vez al Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, las plantas de silos propiedad estatal que en él se mencionan. *G.O.* N° 41.802 del 17-01-2020.

Providencia N° 001/2020 del Conglomerado Agrosur, S.A., mediante la cual se autoriza la creación de una Empresa del Estado, bajo la forma de sociedad anónima, denominada Empresa Nacional de Sistemas de Silos y Almacenaje, S.A., pudiendo utilizar a todos los efectos la abreviatura “ENASA”, la cual estará bajo el control accionario y adscripción de la Empresa del Estado Conglomerado Agrosur, S.A., adscrita a su vez al Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras. *G.O.* N° 41.802 del 17-01-2020.

Decreto N° 4.100, mediante el cual se autoriza la creación de una empresa del Estado, bajo la forma de compañía anónima que se denominará Empresa CVG Logística, C.A., adscrita a la Corporación Venezolana de Guayana (CVG). *G.O.* N° 41.805 del 22-01-2020.

Decreto N° 4.101, mediante el cual se ordena a la Corporación Venezolana de Guayana CVG, la creación bajo la forma de compañía anónima de la Empresa “Complejo Industrial Fábrica de Fábricas Hugo Chávez Frías”, C.A., adscrita a la Corporación Venezolana de Guayana (CVG). *G.O.* N° 41.805 del 22-01-2020.

Decreto N° 4.103, mediante el cual se autoriza la creación de una empresa del Estado, bajo la forma de compañía anónima que se denominará Empresa CVG Naviera del Orinoco C.A., adscrita a la Corporación Venezolana de Guayana (CVG). *G.O.* N° 41.805 del 22-01-2020.

Decreto N° 4.125, mediante el cual se autoriza la creación de una Empresa del Estado, bajo la forma de sociedad anónima, que se denominará “Empresa Aeronáutica Nacional, S.A., (EANSA)”, la cual estará adscrita al Ministerio del Poder Popular para el Transporte a través del Consorcio Venezolano de Industrias Aeronáuticas y Servicios Aéreos, S.A., CONVIASA. *G.O.* N° 41.819 del 11-02-2020.

Resolución N° 10 del Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico, mediante la cual se determina las áreas geográficas en las cuales la Corporación Venezolana de Minería S.A. (CVM), o la filial que ésta designe, ejecute las actividades previstas en el Artículo 1° y 4° del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las actividades de Exploración y Explotación del Oro, y demás Minerales Estratégicos en los espacios fluviales determinados por la presente Resolución, los cuales están ubicados en el área geográfica de la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional “Arco Minero del Orinoco”. *G.O.* N° 6.526 Extraordinario del 08-04-2020.

Decreto N° 4.196, mediante el cual se autoriza la creación de una empresa del Estado, bajo la forma de sociedad anónima, que se denominará “PDV-PUERTOS, S.A.”, la cual será filial de Petróleos de Venezuela, S.A., (PDVSA). *G.O.* N° 41.876 del 11-05-2020.

Decreto N° 4.222, mediante el cual se autoriza a la empresa del Estado Conglomerado Agrosur, S.A., al endeudamiento hasta por la cantidad de Bs. 4.588.758.282.515,62, distribuido entre las instituciones que operan en el sector bancario venezolano, según lo acuerden el Comité Rector de la Cartera Única Productiva Nacional. *G.O.* N° 41.893 del 03-06-2020.

Decreto N° 4.226, mediante el cual se ordena la supresión y liquidación de la empresa CVG TECMIN, creada en fecha 17-02-1986, mediante Decreto N° 676, y la transferencia del talento humano, bienes, recursos, demás derechos y activos de la prenombrada empresa al Instituto Nacional de Geología y Minería (INGEOMIN), creado mediante Decreto N° 295 con Rango y Fuerza de Ley de Minas publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.382 Extraordinario de fecha 28-09-1999. *G.O.* N° 41.894 del 04-06-2020.

d. *Fundaciones del Estado*

Decreto N° 4.210, mediante el cual se autoriza la creación de una Fundación del Estado, la cual se denominará Fundación Centro Nacional de Genética Médica Dr. José Gregorio Hernández, con personalidad jurídica y patrimonio propio, adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Salud. *G.O.* N° 41.885 del 22-05-2020.

e. *Misiones*

Decreto N° 4.199, mediante el cual se reforma el Decreto N° 3.788 de fecha 21-03-2019, mediante el cual se fortalece a la Corporación Socialista del Sector Automotor, C.A. (Corsoauto), en el Marco de la Gran Misión Transporte Venezuela. *G.O.* N° 41.877 del 12-05-2020.

f. *Procuraduría General de la República*

Resolución N° 015/2019 de la Procuraduría General de la República, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de la Procuraduría General de la República. *G.O.* N° 41.801 del 16-01-2020.

Resolución N° 001/2020 del Procuraduría General de la República, mediante la cual se crea y declara el cargo de Gerente Adjunto como cargo directivo de libre nombramiento y remoción, de esta Procuraduría. *G.O.* N° 41.835 del 09-03-2020.

g. *Otros órganos y entes*

Resolución N° 006 del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, mediante la cual se crea con carácter permanente el Comité Venezolano de Montaña (COVEM). *G.O.* N° 41.805 del 22-01-2020.

Resolución N° 173 del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica, mediante la cual se dictan las normas de constitución y funcionamiento del Comité de Ayudas Sociales del Sector Eléctrico (CASSE). *G.O.* N° 41.815 del 05-02-2020.

Providencia N° 170 de CONATEL, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). *G.O.* N° 41.823 del 17-02-2020.

Resolución N° 004 del Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico, mediante la cual se resuelve que la Oficina Nacional de Fiscalización e Inspección Minera (ONAFIM), órgano desconcentrado adscrito a este Ministerio, estará a cargo de las Inspectorías Técnicas Regionales (ITR) y sus Inspectorías Fiscales, cuyo ámbito de competencias corresponderá a la organización del territorio nacional en ocho Regiones Territoriales para el Desarrollo Minero (RTDM). *G.O.* N° 41.824 del 18-02-2020.

Resolución N° DM/005-2020 del Ministerio del Poder Popular para la Alimentación, mediante la cual se crea la Comisión Multidisciplinaria Ministerial para evaluar las estructuras de costos que intervienen en el proceso productivo de las empresas adscritas a este Ministerio, integrada por las ciudadanas y ciudadanos que en ella se mencionan. *G.O.* N° 41.826 del 20-02-2020.

Decreto N° 4.135, mediante el cual se crea el Cuerpo Nacional Contra el Terrorismo, como un órgano desconcentrado, dotado con capacidad de gestión presupuestaria, administrativa y financiera, dependiente del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz. *G.O.* N° 41.828 del 27-02-2020.

Decreto N° 4.152, mediante el cual se determinan las funciones, atribuciones, directrices y responsabilidades del Comité Rector de la Cartera Única Productiva Nacional, así como los lineamientos aplicables a su secretaría técnica. *G.O.* N° 41.835 del 09-03-2020.

Decreto N° 4.182, mediante el cual se otorga el carácter de servicio desconcentrado sin personalidad jurídica a la Oficina Nacional de Fiscalización e Inspección Minera (ONAFIM) cuya denominación será Servicio Nacional de Fiscalización e Inspección Minera (SENAFIM) con capacidad de gestión presupuestaria, administrativa y financiera adscrita al Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico. *G.O.* N° 41.856 del 07-04-2020.

Resolución N° 67 del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, mediante la cual se atribuye a la Unidad Territorial de Ecosocialismo Distrito Capital, como ámbito territorial de competencia, además del municipio Libertador del Distrito Capital, los municipios Chacao, Baruta, Sucre y el Hatillo del estado Miranda. *G.O.* N° 41.877 del 12-05-2020.

Resolución N° 33 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se establece el Reglamento de Funcionamiento de las Áreas de Salud Integral Comunitaria (ASIC), el cual tiene por objeto determinar las funciones de los Directores o Directoras, los requisitos obligatorios que deben exigirse para ocupar los cargos de las autoridades que integran el Consejo de Dirección, así como especificar los requisitos para la designación y los perfiles del Equipo Básico de Salud (EBS). *G.O.* N° 41.886 del 25-05-2020.

V. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema financiero*

A. *Contrataciones públicas*

Providencia N° DG-2019-016 del Servicio Nacional de Contrataciones, mediante la cual se establecen los criterios para la presentación de los estados financieros como requisito para la inscripción y habilitación en el Registro Nacional de Contratista. *G.O.* N° 41.796 del 09-01-2020.

Resolución Conjunta N° 008/2020 y 014/2020 de los Ministerios del Poder Popular de Planificación y de Economía y Finanzas, mediante la cual se fija el valor de la Unidad para el Cálculo Aritmético del Umbral Máximo y Mínimo (UCAU) en Bs. 30.000. *G.O.* N° 41.895 del 05-06-2020.

B. *Deuda Pública*

Decreto N° 4.175, mediante el cual se procede a la Septingentésima Septuagésima Tercera Emisión (773°) de Bonos de la Deuda Pública Nacional, constitutivos de empréstitos internos, hasta por la cantidad de Bs. 13.049.737.707.459, destinados al financiamiento del Aporte Local de los Proyectos contemplados en los artículos 2 y 4 del Decreto Constituyente que Aprueba la Ley Especial de Endeudamiento para el Ejercicio Económico Financiero 2020, ejecutados por intermediación de los órganos o entes que conforman el Sector Público. *G.O.* N° 6.524 Extraordinario del 02-04-2020.

Decreto N° 4.176, mediante el cual se procede a la Septingentésima Septuagésima Cuarta Emisión (774°) de Bonos de la Deuda Pública Nacional, constitutivos de empréstitos internos, hasta por la cantidad de Bs 2.000.573.569.758, destinados al financiamiento del Servicio de la Deuda Pública Interna y Externa, de acuerdo a lo previsto en el artículo 6 del Decreto Constituyente que Aprueba la Ley Especial de Endeudamiento para el Ejercicio Económico Financiero 2020. *G.O.* N° 6.524 Extraordinario del 02-04-2020.

Decreto N° 4.177, mediante el cual se procede a la Septingentésima Septuagésima Quinta Emisión (775°) de Bonos de la Deuda Pública Nacional, constitutivos de empréstitos internos, hasta por la cantidad de Bs 7.112.103.338.370, destinados al Refinanciamiento o Reestructuración de la Deuda Pública Nacional, de acuerdo a lo previsto en el artículo 7 del Decreto Constituyente que Aprueba la Ley Especial de Endeudamiento para el Ejercicio Económico Financiero 2020. *G.O.* N° 6.524 Extraordinario del 02-04-2020.

Decreto N° 4.178, mediante el cual se procede a la Octogésima Cuarta Emisión (84°) de Letras del Tesoro, hasta un máximo en circulación al cierre del ejercicio económico financiero 2020 de Bs 30.000.000.000, de acuerdo a lo previsto en el artículo 8 del Decreto Constituyente que Aprueba la Ley Especial de Endeudamiento para el Ejercicio Económico Financiero 2020, y de conformidad con lo establecido en los artículos 80°, 81° y 99° de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.210 Extraordinario de fecha 30-12-2015. *G.O.* N° 6.524 Extraordinario del 02-04-2020.

Decreto N° 4.232, mediante el cual se dicta el Instrumento Normativo con tratamiento de Ley Especial de Endeudamiento Complementaria para el Ejercicio Económico Financiero 2020. *G.O.* N° 6.545 Extraordinario del 16-06-2020.

Decreto N° 4.233, mediante el cual se procede a la Septingentésima Septuagésima Sexta Emisión (776°) de Bonos de la Deuda Pública Nacional, constitutivos de empréstitos internos, hasta por la cantidad de Bs. 166.979.460.859.010, destinados al financiamiento del Ser-

vicio de la Deuda Pública Interna y Externa, de acuerdo a lo previsto en el artículo 3 del Instrumento Normativo con Tratamiento de Ley Especial de Endeudamiento Complementaria para el Ejercicio Económico Financiero 2020. *G.O.* N° 6.545 Extraordinario del 16-06-2020.

Decreto N° 4.234, mediante el cual se procede a la Septingentésima Septuagésima Séptima Emisión (777°) de Bonos de la Deuda Pública Nacional, constitutivos de empréstitos internos, hasta por la cantidad de Bs. 67.564.981.714.515, destinados al Refinanciamiento o Reestructuración de la Deuda Pública Nacional, de acuerdo a lo previsto en el artículo 4 del Instrumento Normativo con Tratamiento de Ley Especial de Endeudamiento Complementaria para el Ejercicio Económico Financiero 2020. *G.O.* N° 6.545 Extraordinario del 16-06-2020.

Decreto N° 4.235, mediante el cual se procede a la Septingentésima Septuagésima Octava Emisión (778°) de Bonos de la Deuda Pública Nacional, constitutivos de empréstitos internos, hasta por la cantidad de Bs. 285.000.000.000.000, destinados al financiamiento de la Gestión Fiscal, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 del Instrumento Normativo con Tratamiento de Ley Especial de Endeudamiento Complementaria para el Ejercicio Económico Financiero 2020. *G.O.* N° 6.545 Extraordinario del 16-06-2020.

C. Contabilidad

Providencia N° 167 del Directorio de Responsabilidad Social, mediante la cual se dicta la norma técnica para la administración, asignación, seguimiento y control de los recursos del Fondo de Responsabilidad Social. *G.O.* N° 41.816 del 06-02-2020.

2. Sistema de auditoría y control interno

Providencia N° 001-2019 de CANTV, mediante la cual se modifica parcialmente el Reglamento Interno de la Unidad de Auditoría Interna de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela y sus Empresas Filiales. *G.O.* N° 41.795 del 08-01-2020.

Resolución N° 052 del Ministerio del Poder Popular Para el Proceso Social de Trabajo, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de la Oficina de Auditoría Interna del Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo. *G.O.* N° 41.818 del 10-02-2020.

Providencia N° 037/2019 de SUNAI, mediante la cual se dictan las Normas de control para el registro y certificación de los auditores internos y auditoras internas del Poder Público Nacional y Descentralizado. *G.O.* N° 41.826 del 20-02-2020.

VI. RÉGIMEN DE POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. Relaciones internacionales

A. Acuerdos e incorporaciones al ordenamiento jurídico nacional

Resolución N° 218 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se procede a la publicación del “Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja para determinar la condición Jurídica de la Federación Internacional en la República Bolivariana de Venezuela”. *G.O.* N° 41.829 del 28-02-2020.

B. Cuerpos diplomáticos

Providencia N° 2020-001 del Oficina Nacional del Tesoro, mediante la cual se autoriza a las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares al uso de los recursos financieros derivados por concepto de las actuaciones consulares, y otros recursos percibidos por las cuentas que mantengan, para el pago de compromisos debidamente autorizados por la Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2020 y sus modificaciones. *G.O.* N° 41.795 del 08-01-2020.

Resolución N° DM/191 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual el Consulado General de la República Bolivariana de Venezuela en Aruba acreditado ante el Gobierno del Reino de los Países Bajos, asumirá y ejercerá las funciones consulares de la Circunscripción Consular correspondiente al Consulado General de la República Bolivariana de Venezuela en Bonaire. *G.O.* N° 41.801 del 16-01-2020.

Resolución N° 216 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se dicta el instructivo de regulación de los trámites administrativos que deben efectuar los Jefes de Misiones Diplomáticas, Consulares, Misiones Permanentes, entre otras Dependencias de Representación de la República Bolivariana de Venezuela en el exterior. *G.O.* N° 41.828 del 27-02-2020.

Resolución N° 217 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se crea el Consulado General de la República Bolivariana de Venezuela en Quito, República del Ecuador, cuya circunscripción consular contempla la ciudad de Quito. *G.O.* N° 41.828 del 27-02-2020.

Resolución N° DM/222 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, mediante la cual se crea el Consulado General de la República Bolivariana de Venezuela en Lima, República del Perú, cuya circunscripción consular contempla la ciudad de Lima. *G.O.* N° 41.835 del 09-03-2020.

2. *Seguridad y defensa*

A. *Operativos y planes de seguridad ciudadana*

Resolución N° 018 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se establecen las normas de seguridad y uso adecuado de las piscinas, embalses de uso público, pozos y demás estanques y similares destinados al baño, a la natación, recreación o a otros ejercicios y deportes acuáticos, o de usos medicinales o terapéuticos, en clubes, residencias privadas, condominios o centros de esparcimiento públicos y privados, igualmente regulará lo relativo a las playas públicas no aptas para su uso, decretadas así por las autoridades competentes, con motivo del “Dispositivo Carnavales Seguros 2020”, implementado desde el día miércoles 19-02-2020, hasta el día miércoles 26-02-2020, ambas fechas inclusive. *G.O.* N° 41.824 del 18-02-2020.

Decreto N° 4.136, mediante el cual se aprueba el Plan Nacional Contra el Terrorismo 2020-2022, formulado por el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, con el propósito de continuar la implementación de las políticas públicas desde una visión preventiva y de reducción de los factores de riesgo que propicien actos terroristas. *G.O.* N° 41.828 del 27-02-2020.

Decreto N° 4.151, mediante el cual se establece las normas que regulan el registro del impacto negativo generado sobre el pueblo, la economía y las instituciones por las medidas coercitivas unilaterales, ilegítimas e ilegalmente impuestas por diversos Estados extranjeros contra la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 41.834 del 06-03-2020.

3. *Migración y extranjería*

Resolución Conjunta N° 019 y 219 de los Ministerios del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para Relaciones Exteriores, mediante la cual se concede el beneficio de supresión de visado de no migrante (turista), hasta por un plazo de noventa días continuos, a las ciudadanas y ciudadanos nacionales del Sultanato de Omán. *G.O.* N° 41.832 del 04-03-2020.

VII. RÉGIMEN DE LA ECONOMÍA

1. *Unidad tributaria*

Providencia N° SNAT/2020/00006 del SENIAT, mediante la cual se reajusta la Unidad Tributaria de Bs. 50 a Bs. 1.500. *G.O.* N° 41.839 del 13-03-2020.

2. *Tributos*

Decreto N° 4.106, mediante el cual se exoneran del pago del impuesto sobre la renta a Petróleos de Venezuela (PDVSA), empresas filiales y las empresas mixtas domiciliadas o no domiciliadas en la República Bolivariana de Venezuela por los enriquecimientos anuales, netos y disponibles de fuente territorial o extraterritorial, provenientes o no de las actividades de producción de hidrocarburos. *G.O.* N° 41.809 del 28-01-2020.

Decreto N° 4.111, mediante el cual se dicta la 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 fecha 30-12-2016. *G.O.* N° 6.510 Extraordinario del 05-02-2020.

Providencia N° SNAT/2020/005 del SENIAT, mediante la cual se legaliza la emisión y circulación de bandas de garantía para licores. *G.O.* N° 41.823 del 17-02-2020.

Resolución N° 011/2020 del Ministerio del Poder Popular de Economía y Finanzas, mediante la cual incluir en el Apéndice I que forma parte integrante del Decreto N° 4.080, de fecha 26-12-2019, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.497 Extraordinario, de fecha 26-12-2019, y en consecuencia les será aplicable la exoneración definida en el artículo 1° del citado Decreto, los códigos arancelarios que en ella se señalan. *G.O.* N° 41.846 del 24-03-2020.

Decreto N° 4.170, mediante el cual se exonera del pago del impuesto al valor agregado en los términos y condiciones previstos en este decreto, a la prestación de servicios independientes ejecutados o aprovechados en el país a título oneroso, incluyendo aquellos que provengan del exterior, contratados por los órganos o entes de la Administración Pública Nacional, destinados exclusivamente a la ejecución de los proyectos descritos en el artículo 2 de este Decreto, que en él se señalan. *G.O.* N° 41.849 del 27-03-2020.

Decreto N° 4.214, mediante el cual se exonera del pago del impuesto al valor agregado en los términos y condiciones previstos en este decreto, a las operaciones de ventas nacionales de los bienes muebles corporales efectuadas a los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, estrictamente necesarios para la ejecución del proyecto “Potabilización del Agua para Consumo Humano en el Territorio Nacional”; a la prestación de servicios independientes ejecutados o aprovechados en el país a título oneroso, incluyendo aquellos que provengan del exterior, contratados por los órganos o entes de la Administración Pública Nacional, destinados exclusivamente a la ejecución de los proyectos indicados en el artículo 4 de este decreto, que en él se señalan. *G.O.* N° 41.887 del 26-05-2020.

Decreto N° 4.216 mediante el cual se excluyen del Decreto N° 4.080 de fecha 26-12-2019, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.497 Extraordinario de la misma fecha o mediante cualquier otro instrumento de igual naturaleza jurídica, los rubros de consumo final que determinen los Ministerios del Poder Popular de Economía y Finanzas y del Poder Popular de Agricultura Productiva y Tierras a través de Resolución conjunta. *G.O.* N° 41.889 del 28-05-2020.

Decreto N° 4.220, mediante el cual se exonera del pago del impuesto al valor agregado, impuesto de importación y tasa por determinación del régimen aduanero, así como cualquier otro impuesto o tasa aplicable de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, en los

términos y condiciones establecidos en este decreto, a las importaciones definitivas y las ventas realizadas en el territorio nacional, de combustibles derivados de hidrocarburos, así como los insumos y aditivos destinados al mejoramiento de la calidad de la gasolina, realizadas por el Estado directamente, o por empresas de su exclusiva propiedad, o por empresas mixtas con participación del capital estatal y privado en cualquier proporción y por empresas privadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. *G.O.* N° 41.890 del 29-05-2020.

Resolución Conjunta N° 013 y 022/2020 de los Ministerios del Poder Popular de Economía y Finanzas y para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se excluye del Apéndice I que forma parte integrante del Decreto N° 4.080 de fecha 26-12-2019, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.497 Extraordinario en fecha 26-12-2019, y en consecuencia no les será aplicable la exoneración definida en el artículo 1 del citado Decreto, los códigos arancelarios 1006.30.11.00, 1006.30.19.00, 1006.30.21.00 y 1006.30.29.00, que comprenden el arroz para consumo, empaquetado o a granel. *G.O.* N° 41.889 del 28-05-2020, reimpreso en N° 41.894 del 04-06-2020.

Decreto N° 4.220, mediante el cual se exonera del pago del impuesto al valor agregado, impuesto de importación y tasa por determinación del régimen aduanero, así como de cualquier otro impuesto, tasa o contribución aplicable de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, en los términos y condiciones establecidos en este decreto, a las importaciones definitivas y las ventas realizadas en el territorio nacional, de combustibles derivados de hidrocarburos, así como los insumos y aditivos destinados al mejoramiento de la calidad de la gasolina, realizadas por el Estado directamente, o por empresas de su exclusiva propiedad, o por empresas mixtas con participación del capital estatal y privado en cualquier proporción y por empresas privadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. *G.O.* N° 41.896 del 08-06-2020.

Providencia N° SNAT/2020/029 del SENIAT, mediante la cual se establece las disposiciones para el disfrute del beneficio de excepción del pago del impuesto a las grandes transacciones financieras establecido en el decreto N° 4.220 de fecha 29-05-2020. *G.O.* N° 41.902 del 16-06-2020.

Decreto N° 4 241, mediante el cual se prorroga hasta el 31-12-2020, la exoneración del pago del impuesto al valor agregado, impuesto de importación y la tasa por determinación del régimen aduanero, en los términos y condiciones previstos en el Decreto N° 4.080 de fecha 26-12-2019, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.497 Extraordinario de la misma fecha. *G.O.* N° 41.911 del 30-06-2020.

Providencia N° 15-049 de FONACIT, mediante la cual se prorroga el plazo para la liquidación, pago y declaración del aporte a la Ciencia, Tecnología, Innovación y sus aplicaciones. *G.O.* N° 41.911 del 30-06-2020.

3. “Criptomonedas”

Decreto N° 4.096, mediante el cual se procede a la liquidación, venta y pago de servicios en Criptoactivos Soberanos Petro (PTR), que en él se especifican. *G.O.* N° 6.504 Extraordinario del 14-01-2020, reimpreso en N° 41.800 del 15-01-2020.

4. *Instituciones financieras y mercado de valores*

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa al público en general que el emisor y/o el banco adquirente podrán cobrar al negocio afiliado con ocasión de la prestación del servicio de autorización y/o procesamiento de pagos realizados con

tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, a través de los terminales de punto de venta, una tasa de descuento o comisión del comercio, hasta los límites máximos que en él se mencionan. *G.O.* N° 41.824 del 18-02-2020.

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual se informa al público en general el límite máximo de la comisión flat que las instituciones bancadas podrán cobrar, con ocasión a los créditos que se otorguen en el marco de lo dispuesto en la Resolución N° 20-02-01 de fecha 20-02-2020, será de hasta el cero coma cincuenta por ciento del monto del crédito. *G.O.* N° 41.834 del 06-03-2020.

Resolución N° 20-02-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se establecen los créditos otorgados en el marco de la Cartera Productiva Única Nacional en moneda nacional a ser concedidos por las entidades bancarias regidas por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario y demás leyes especiales, los cuales deberán ser expresados únicamente mediante el uso de la Unidad de Valor de Crédito Productivo (UVCP). *G.O.* N° 41.834 del 06-03-2020.

Resolución N° 20-03-01 del Banco Central de Venezuela, mediante la cual se dictan las normas que regirán la constitución del encaje. *G.O.* N° 41.850 del 30-03-2020.

Providencia N° 30 del Superintendencia Nacional de Valores, mediante la cual se dictan las Normas Relativas a la Oferta Pública, Colocación y Negociación de Valores Emitidos por el sector privado en moneda extranjera. *G.O.* N° 41.877 del 12-05-2020.

5. *Cajas de ahorro*

Providencia N° 001-2020 de la Superintendencia de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares, mediante la cual se dicta la Regulación de los parámetros aplicables para la constitución de la Reserva Especial en el marco del Plan de Ahorro en Oro Soberano y Títulos Valores de Renta Fija. *G.O.* N° 41.906 del 22-06-2020.

6. *Telecomunicaciones*

Providencia N° 002 del CONATEL, mediante la cual se establecen y definen los atributos que podrán ser incorporados a las Habilitaciones Generales. *G.O.* N° 41.816 del 06-02-2020.

Providencia N° 015 de CONATEL, mediante la cual se publica la lista de marcas y modelos de equipos y aparatos de telecomunicaciones homologados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), durante el año 2019. *G.O.* N° 41.906 del 22-06-2020.

7. *Agricultura y pesca*

Resolución N° 002/2020 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se establecen las normas para el aprovechamiento del subproducto melaza de caña de azúcar. *G.O.* N° 41.795 del 08-01-2020.

Resolución N° DM/001/2020 del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, mediante la cual se establecen los precios mínimos referenciales a ser pagados a los productores primarios de los rubros maíz blanco y amarillo, arroz, en las condiciones que en ella se indican. *G.O.* N° 41.802 del 17-01-2020.

Resolución N° 002/2020 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, mediante la cual se aprueban cuatro Normas Venezolanas COVENIN relacionadas con los rubros café y cacao, elaboradas por el Servicio Autónomo Nacional de Normalización, Calidad, Metrología y Reglamentos Técnicos (SENCAMER), ente adscrito a este Ministerio. *G.O.* N° 41.817 del 07-02-2020.

Resolución Conjunta N° 016/2020, 034933/2020, 013/2020, 029/2020, 032/2020 y 018/2020 de los Ministerios del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras, para la Defensa, de Industrias y Producción Nacional, de Petróleo, para Relaciones Interiores, Justicia y Paz y para el Transporte, mediante la cual se establece los mecanismos de control a transportistas y usuarios finales de abonos minerales o químicos en el territorio nacional. *G.O.* N° 41.888 del 27-05-2020.

8. *Energía y minas*

Resolución N° 116 del Ministerio del Poder Popular de Petróleo, mediante la cual se ordena a PDVSA Petróleo, S.A., y a las Empresas Mixtas, en su condición de partes de los Contratos de Compra Venta de Hidrocarburos Naturales, a realizar el ajuste prospectivo de precio contenido en el Anexo "A" del referido contrato, en función del valor neto de comercialización comprobable con la facturación a partir del momento en que se dejó de reflejar adecuadamente el valor de exportación al mercado de que se trate. *G.O.* N° 41.820 del 12-02-2020.

Decreto N° 4.132 mediante el cual se crea un Estado Mayor de los Consejos Productivos de Trabajadores de la industria petrolera, petroquímica y gasífera, para la renovación, rectificación y una transformación revolucionaria de dicha industria. *G.O.* N° 41.826 del 20-02-2020.

Resolución N° 008 del Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico, mediante la cual las presentes normas tienen por objeto desarrollar las disposiciones, referidas a los requisitos, recaudos y obligaciones que deben cumplir las empresas públicas y privadas que posean alianzas estratégicas con la Corporación Venezolana de Minería S.A. (CVM), para obtener el Informe Favorable para el Uso de Sustancias Explosivas y sus Accesorios en labores de exploración y explotación minera, ante el Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico, a los fines de tramitar el permiso de adquisición, traslado y uso de explosivos ante la Dirección General de Armas y Explosivos (DAEX) del Ministerio del Poder Popular para la Defensa. *G.O.* N° 41.841 del 17-03-2020.

Resolución N° 12 del Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico, mediante la cual se establece el monto de las tarifas únicas 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° 41.873 del 06-05-2020.

Resolución N° 13 del Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico, mediante la cual se dicta las normas para el control de los procesos técnicos aplicados para la obtención de concentrado metálico y su fundición, en plantas de procesamiento industrial. *G.O.* N° 41.882 del 19-05-2020.

Aviso Oficial del Banco Central de Venezuela, mediante el cual el emisor y/o el banco adquirente podrán cobrar a los establecimientos dedicados al expendio de combustibles líquidos, que se encuentren debidamente autorizados por el Ministerio del Poder Popular de Petróleo para el ejercicio de dicha actividad, con ocasión de la prestación del servicio de autorización y/o procesamiento de pagos realizados con tarjetas de crédito, débito, prepagadas y demás tarjetas de financiamiento o pago electrónico, a través de los terminales de punto de venta, una tasa de descuento o comisión del comercio, de hasta un máximo de cero coma setenta y cinco por ciento. *G.O.* N° 41.890 del 29-05-2020.

9. *Servicios e industrias*

Decreto N° 4.102, mediante el cual se establece un régimen especial y transitorio para la gestión operativa y administrativa de la industria nacional del hierro, acero y aluminio. *G.O.* N° 41.805 del 22-01-2020.

VIII. RÉGIMEN DE DESARROLLO SOCIAL

1. *Educación*

A. *Educación superior*

Resolución N° 007 del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, mediante la cual se crea el Programa Nacional de Formación Bomberil en Emergencia Prehospitalaria. *G.O.* N° 41.827 del 26-02-2020.

2. *Régimen laboral*

Decreto N° 4.093, mediante el cual se incrementa el salario mínimo nacional mensual obligatorio en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, para los trabajadores y las trabajadoras que presten servicios en los sectores públicos y privados, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2° de este Decreto, a partir del 01-01-2020, estableciéndose la cantidad Bs. 250.000 mensuales. *G.O.* N° 6.502 Extraordinario del 09-01-2020.

Decreto N° 4.094, mediante el cual se fija el Cestaticket Socialista mensual para los trabajadores y las trabajadoras que presten servicios en los sectores público y privado, en la cantidad de Bs. 200.000, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Cestaticket Socialista para los Trabajadores y Trabajadoras. *G.O.* N° 6.502 Extraordinario del 09-01-2020.

Decreto N° 4.167, mediante el cual se ratifica la inamovilidad laboral de las trabajadoras y trabajadores del sector público y privado regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, hasta el 31-12-2020, a partir de la entrada en vigencia de este decreto, a fin de proteger el derecho al trabajo como proceso fundamental que permite la promoción de la prosperidad, el bienestar del pueblo. *G.O.* N° 6.520 Extraordinario del 23-03-2020.

Decreto N° 4.193, mediante el cual se incrementa el ingreso mínimo mensual y la protección social. *G.O.* N° 6.532 Extraordinario del 27-04-2020.

3. *Cultura*

Providencia N° 005 del Directorio de Responsabilidad Social, mediante la cual se dicta la norma técnica sobre la difusión de obras musicales en los servicios de radio y televisión. *G.O.* N° 41.816 del 06-02-2020.

Decreto N° 4.133, mediante el cual se declara a los grupos raciales bovinos autóctonos conocidos con las denominaciones “Criollo Limonero” y “Mosaico Perijanero”, como “Raza Criollo Limonero” y “Raza Mosaico Perijanero”, respectivamente. Asimismo, se declara al grupo racial caballar autóctono conocido con la denominación “Caballo Criollo”, como “Raza Caballo Criollo Venezolano” como patrimonio genético de la República Bolivariana de Venezuela. En todos los casos a los individuos de ambas especies se les considerará patrimonio genético de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 41.827 del 26-02-2020.

4. *Salud*

Resolución N° 001 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se dictan las Normas que Establecen la Clasificación de los Espacios o Establecimientos de Salud de la Red de Atención Integral del Sistema Público Nacional de Salud. *G.O.* N° 41.796 del 09-01-2020.

Resoluciones N° 008, 009 y 010 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante las cuales se declara oficial el Tomo del Anuario de Natalidad de los años 2012, 2013 y 2014, edición realizada por el Viceministerio de Redes de Salud Colectiva, a través de la Dirección General de Epidemiología y la Dirección de Información y Estadística en Salud, de este Ministerio. *G.O.* N° 41.802 del 17-01-2020.

Resolución N° 11 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual se regula el etiquetado y consumo de alimentos manufacturados con alto contenido de sodio. *G.O.* N° 41.804 del 21-01-2020.

Decreto N° 4.134, mediante el cual se declara zona libre de fiebre aftosa con vacunación a todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, comprendiendo a todos los estados, municipios y parroquias del país, tanto el territorio continental como las islas y archipiélagos, considerándose en lo sucesivo a la República Bolivariana de Venezuela como país libre fiebre aftosa con vacunación. *G.O.* N° 41.827 del 26-02-2020.

Resolución N° 213 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, mediante la cual la Junta Revisora de los Productos Farmacéuticos, podrá dictar las normas relativas a la vigilancia del registro, promoción y publicidad, prescripción, sustitución, dispensación, expendio, farmacovigilancia ensayos clínicos de los medicamentos, así como otras dentro del ámbito de sus competencias y funciones conferidas por Ley, previa consideración del Ministro del Poder Popular para la Salud. *G.O.* N° 41.858 del 14-04-2020.

Providencia N° 065-2020 del Servicio Autónomo de Contraloría Sanitaria, mediante la cual se dicta la norma que regula a los laboratorios y casa de representación públicos y privados, que se amparen al beneficio de supresión del empaque secundario y prospecto en la comercialización de medicamentos en el territorio nacional. *G.O.* N° 41.861 del 17-04-2020.

5. *Programas sociales*

Resolución N° 005-2020 del Ministerio del Poder Popular para las Comunas y los Movimientos Sociales, mediante la cual se establece el período de vigencia de los actuales miembros de las vocerías de todas las instancias de los Consejos Comunales como expresión del Poder Popular. *G.O.* N° 41.821 del 13-02-2020.

6. *Cooperativas*

Providencia N° 020-2020 de la SUNACOOOP, mediante la cual se establecen las Normas del Registro Nacional de Cooperativas y Organismos de Integración. *G.O.* N° 41.837 del 11-03-2020.

IX. RÉGIMEN DEL DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Ambiente y recursos naturales*

Resolución N° 004 del Ministerio del Poder Popular para el Ecosocialismo, mediante la cual se establecen las condiciones especiales para el aprovechamiento bajo criterios de pausa ecológica para investigación de la especie Baba (Caimán *Crocodylus*) durante la temporada 2019-2020. *G.O.* N° 41.801 del 16-01-2020.

2. Transporte y tránsito

A. Sistema de transporte terrestre

Exhorto Oficial del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante el cual se exhorta a los alcaldes a nivel nacional, a los gremios de transportistas y a las autoridades competentes a respetar y mantener como tarifas mínimas en sus áreas de competencias, para el transporte privado que preste servicio de carácter público en las rutas que tengan el recorrido menor o igual a 20 kilómetros las cantidades que en él se indican. *G.O.* N° 41.805 del 22-01-2020.

Resolución N° 004 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se establece la tarifa oficial para las rutas suburbanas e interurbanas a nivel nacional, a ser cobradas por los prestadores del servicio público de transporte terrestre de pasajeras y pasajeros, respectivamente. *G.O.* N° 6.506 Extraordinario del 23-01-2020.

B. Sistema de transporte acuático y aéreo¹⁰

Providencia N° PRE-CJU-GDA-557-19 del INAC, mediante la cual se dicta la normativa técnica aplicable para la planificación, ejecución, seguimiento, control y cierre de actividades de fiscalización, certificación, autorizaciones y aprobaciones, desarrolladas por la Autoridad Aeronáutica y demás funcionarios. *G.O.* N° 41.818 del 10-02-2020.

Resolución N° 12 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se dicta la normativa técnica aplicable para la investigación de accidentes, incidentes graves e incidentes de aviación civil. *G.O.* N° 41.828 del 27-02-2020.

Providencia N° PRE-CJU-GDA-083-20 del INAC, mediante la cual se suspende temporalmente la normativa que restringe la modalidad de clases vía online o a distancia, por parte de los Centros de Instrucción de Aeronáutica Civil (CIAC), para la formación o capacitación de pilotos, tripulantes de vuelo, tripulantes de cabina, despachadores de vuelo, personal vinculado a la operación de RPA, controladores de tránsito aéreo y demás especialidades técnicas aeronáuticas, regida bajo lo previsto en las RAV 141, 142 y 147. *G.O.* N° 41.845 del 23-03-2020.

Providencia N° PRE-CJU-GDA-084-20 del INAC, mediante la cual se suspende temporalmente la aplicación de los requerimientos para la renovación de licencia y certificado médico aeronáutico vigente que dispone la normativa técnica aplicable, para extender la su validez por el lapso de 30 días en virtud de estado de alarma, prorrogable según lo determine el Ejecutivo Nacional. *G.O.* N° 41.845 del 23-03-2020.

Resolución N° 21 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se dicta el Sistema de Derechos Aeronáuticos para los trámites y servicios prestados por el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC). *G.O.* N° 41.884 del 21-05-2020.

Resolución N° 22 del Ministerio del Poder Popular para el Transporte, mediante la cual se modifica el régimen de tarifas por la maniobra de custodia en los servicios de remolcadores prestados por el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA), ente adscrito a este Ministerio. *G.O.* N° 41.889 del 28-05-2020.

¹⁰ Transcripciones disponibles en Antonio Silva Aranguren y Gabriel Sira Santana: *Boletín de Derecho Aeronáutico* N° 17 (enero-marzo) y N° 18 (abril-junio). Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2019. Disponibles en <http://cidep.com.ve>

Comentarios Legislativos

LA “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE” EN LA GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA (QUINTA PARTE)

Gabriel Sira Santana
Abogado

Resumen: *El artículo identifica las decisiones (“decretos constituyentes”) adoptadas por la asamblea nacional constituyente y publicadas en la Gaceta Oficial.*

Palabras Clave: *Asamblea nacional constituyente, decretos constituyentes.*

Abstract: *The article identifies the decisions (“constituent decrees”) adopted by the national constituent assembly and published in the Official Gazette.*

Key words: *National constituent assembly, constituent decrees*

Desde el número 153-154 de esta revista, correspondiente al primer semestre del año 2018, hemos publicado una serie de artículos donde –como hicimos en otras ocasiones, respecto a otras materias¹– reseñamos los diversos actos divulgados en la Gaceta Oficial de la República (en lo sucesivo, G.O.) por la “Asamblea Nacional Constituyente”.

Lo anterior, con la intención de brindar al lector una imagen de conjunto que facilitara la comprensión de qué han hecho los representantes llamados a “decidir el futuro de la Patria”² y determinar –a su vez– cuál es la verdadera finalidad de la llamada “Asamblea Nacional Constituyente”³.

¹ Véanse, en coautoría con Antonio Silva Aranguren, los artículos sobre los decretos con rango, valor y fuerza de ley publicados en G.O. producto de las leyes habilitantes de 2015, 2013 y 2010 en los N° 143-144 (2015), 140 (2014) y 130 (2012) –respectivamente– de la *Revista de Derecho Público*, editada por la Editorial Jurídica Venezolana.

² Véase el artículo 1 del Decreto N° 2.830, publicado en G.O. N° 6.295 Extraordinario del 01-05-2017, mediante el cual se “convocó” a una “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, ciudadana y de profunda participación popular, para que nuestro Pueblo, como depositario del Poder Constituyente Originario, con su voz suprema, pueda decidir el futuro de la Patria, reafirmando los principios de independencia, soberanía, igualdad, paz, democracia participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural”.

³ Al efecto resulta oportuno recordar que según el artículo 347 de la Constitución de la República, “[e]l pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”. Véase al respecto Brewer-Carías, Allan R. y García Soto, Carlos (compiladores): *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Editorial Jurídica de Venezuela. Caracas, 2017.

A la fecha de cierre de este número de la Revista de Derecho Público, cuando han transcurrido casi tres años de la “instauración” del cuerpo en cuestión⁴, se desconoce si existe un proyecto formal del nuevo texto constitucional⁵, aunque la ausencia no es de extrañar si se tiene en cuenta que esa “Asamblea” –por “decreto constituyente” de mayo de 2019– decidió “[e]stablecer la vigencia de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, poder plenipotenciario de la Nación y símbolo indeclinable de la voluntad democrática y soberana de nuestro pueblo, al menos hasta el día treinta y uno de diciembre del año 2020”.

No obstante, lo que sí existe –y, de hecho, vemos con frecuencia en la G.O.– son acuerdos, decretos y leyes “constituyentes” por medio de los cuales ese cuerpo dice aprobar presupuestos, designar o ratificar a las cabezas del Poder Público e inclusive modificar el ordenamiento jurídico, sin tener autoridad o competencia alguna para ello. Por este motivo resulta necesario continuar la recopilación que iniciáramos otrora.

Así, en el primer aparte de esta colaboración enlistaremos todas las publicaciones según su contenido (aspectos internos de la “Asamblea Nacional Constituyente”; “leyes constitucionales”; organización y presupuesto; “decretos constituyentes” con aparente contenido normativo; y pronunciamientos sobre el acontecer nacional e internacional)⁶, mientras que en el segundo aparte haremos lo propio en orden cronológico, indicando el número de la G.O. respectiva y una breve descripción de su contenido cuando se considere pertinente, o la cita del objeto en caso de tratarse de una “ley” o “decreto constituyente” con aparente contenido normativo.

I. PUBLICACIONES EN GACETA OFICIAL DE LA “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE”, ORDENADAS POR CATEGORÍA

1. Aspectos internos de la “Asamblea Nacional Constituyente”

a. Resolución mediante la cual se aprueba la Estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos de la Asamblea Nacional Constituyente, para el ejercicio económico financiero del año 2020.

⁴ Véase el “Acuerdo mediante el cual se elige a las ciudadanas y ciudadanos que en él se mencionan, como integrantes de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional Constituyente”, publicado en G.O. N° 6.320 Extraordinario del 04-08-2017.

⁵ A lo sumo, nótese que en septiembre de 2018 circuló en el foro jurídico una supuesta “propuesta texto constitucional de la República Bolivariana de Venezuela 2018” con autoría del Instituto de Altos Estudios del Proceso Social de Trabajo “Jorge Rodríguez” de la Universidad Bolivariana de Trabajadores “Jesús Rivero”. Disponible en https://www.scribd.com/document/388424502/Propuesta-Texto-Constitucional-Completa-28-8#from_embed

⁶ Dejamos constancia que la fecha de cierre de esta colaboración fue el 30-06-2020, por lo que cualquier publicación en G.O. posterior a esa fecha no fue incluida en la misma. Asimismo, advertimos al lector que a la fecha de cierre no habían circulado las Gacetas Oficiales N° 41.836, 41.899, 41.903 y 41.909 ni las N° 6.503, 6.513, 6.516, 6.529, 6.536, 6.541, 6.543 y 6.544 Extraordinario correspondientes al primer semestre del año 2020, por lo que se desconoce si en las mismas se publicaron actos de interés para esta colaboración. Nótese que esta irregularidad no es una novedad por parte de Imprenta Nacional y ha sido alertada por diferentes organizaciones no gubernamentales –dado, por ejemplo, su lesividad a la seguridad jurídica– tal como puede constatar-se en Transparencia Venezuela, *Una mirada a las finanzas públicas de Venezuela*, en <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2020/04/Boleti%CC%81n-Finanzas-Pu%CC%81blicas-%E2%80%933-Transparencia-Venezuela-1.pdf> y Acceso a la Justicia, *Venezuela: en busca de las gacetas perdidas*, en <https://www.accesoalajusticia.org/venezuela-en-busca-de-las-gacetas-perdidas/>

2. *“Leyes constitucionales”*

a. Ley Constitucional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.

3. *Organización y presupuesto*

a. Acuerdo Constituyente mediante el cual se aprueba en todas y cada una de sus partes, la estimación de población general al 31-12-2020, realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE).

4. *“Decretos constituyentes” con aparente contenido normativo*

a. Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario.

b. Decreto Constituyente de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Aduanas.

c. Decreto Constituyente de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado.

d. Decreto Constituyente que crea la Cartera Productiva Única Nacional.

e. Decreto Constituyente mediante el cual se crea la Orden Héroes y Heroínas Batalla de los Puentes 23 de Febrero.

5. *Pronunciamientos sobre el acontecer nacional e internacional*

a. Pronunciamiento al Pueblo Venezolano y a nuestra Fuerza Armada Nacional Bolivariana, en unión cívico-militar con ocasión de celebrarse el vigésimo primer año de la Revolución Bolivariana al asumir el Comandante de todos los tiempos, Hugo Chávez, la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela.

b. Acuerdo Constituyente con ocasión de conmemorarse el 15 de enero el Día del Maestro y la Maestra en la República Bolivariana de Venezuela.

c. Acuerdo Constituyente de Salutación ante el exitoso Encuentro Mundial Contra el Imperialismo, realizado en Caracas del 22 al 24 de enero del 2020.

d. Pronunciamiento respaldo irrestricto al Pueblo Venezolano, las trabajadoras y los trabajadores de la Aerolínea Bandera de Venezuela, Conviasa, propiedad de todo el pueblo venezolano, ante otra nueva agresión del fascista, criminal y supremacista gobierno imperialista de Donald Trump.

e. Pronunciamiento de la Asamblea Nacional Constituyente de la República Bolivariana de Venezuela en ocasión de conmemorarse 31 años de la rebelión popular del heroico pueblo venezolano en contra del neoliberalismo el 27-02-1989.

f. Pronunciamiento al pueblo venezolano la Asamblea Nacional Constituyente ante la detección del coronavirus en la República Bolivariana de Venezuela y el decreto de estado de alarma constitucional emitido por el Gobierno Bolivariano que preside Nicolás Maduro Moros, Comandante en Jefe de la FANB, Jefe de Estado y de Gobierno, para proteger al pueblo, prevenir, enfrentar, confrontar y derrotar esta pandemia mundial.

g. Acuerdo Constituyente en Conmemoración de los 199° años de la Gloriosa Batalla de Carabobo del 24-06-1821, fecha en la cual el Ejército Libertador al mando de Simón Bolívar derrotó al infame imperio español, dándole la Libertad y la Independencia a Venezuela.

h. Acuerdo Constituyente en respaldo a la soberana decisión del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, de expulsar a la Embajadora de la Unión Europea en nuestro país por la constante y conspirativa injerencia en los asuntos internos de nuestra Patria.

II. PUBLICACIONES EN GACETA OFICIAL DE LA “ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE”, ORDENADAS CRONOLÓGICAMENTE

1. Pronunciamiento al Pueblo Venezolano y a nuestra Fuerza Armada Nacional Bolivariana, en Unión Cívico-Militar con ocasión de celebrarse el Vigésimo Primer Año de la Revolución Bolivariana al asumir el Comandante de todos los tiempos, Hugo Chávez, la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 6.509 Extraordinario del 02-01-2020.
2. Resolución mediante la cual se aprueba la Estructura para la ejecución financiera del presupuesto de gastos de la Asamblea Nacional Constituyente, para el ejercicio económico financiero del año 2020. G.O. N° 41.795 del 08-01-2020.
3. Acuerdo Constituyente con ocasión de conmemorarse el 15 de enero el Día del Maestro y la Maestra en la República Bolivariana de Venezuela. G.O. N° 41.800 del 15-01-2020.
4. Acuerdo Constituyente de Salutación ante el Exitoso Encuentro Mundial Contra el Imperialismo, realizado en Caracas del 22 al 24 de enero del 2020. G.O. N° 6.507 Extraordinario del 29-01-2020.
5. Decreto Constituyente mediante el cual se dicta el Código Orgánico Tributario. G.O. N° 6.507 Extraordinario del 29-01-2020.

Objeto: “Las disposiciones de este Código Orgánico son aplicables a los tributos nacionales y a las relaciones jurídicas derivadas de esos tributos. // Para los tributos aduaneros el Código Orgánico Tributario se aplicará en lo atinente a los medios de extinción de las obligaciones, a los recursos administrativos y judiciales, la determinación de intereses y en lo relativo a las normas para la administración de tales tributos que se indican en este Código; para los demás efectos se aplicará con carácter supletorio” (artículo 1).

6. Decreto Constituyente de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Aduanas. G.O. N° 6.507 Extraordinario del 29-01-2020.

Objeto: “La política comercial, así como los derechos y obligaciones de carácter aduanero y las relaciones jurídicas derivadas de ellos, se regirán por las disposiciones de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y su Reglamento, así como por las normas de naturaleza aduanera contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y ratificados por la República, en las obligaciones comunitarias y en otros instrumentos jurídicos vigentes, relacionados con la materia” (artículo 1).

7. Decreto Constituyente de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado. G.O. N° 6.507 Extraordinario del 29-01-2020.

Objeto: “Se crea un impuesto al valor agregado, que grava la enajenación de bienes muebles, la prestación de servicios y la importación de bienes, según se especifica en esta Ley, aplicable en todo el territorio nacional, que deberán pagar las personas naturales o jurídicas, las comunidades, las sociedades irregulares o de hecho, los consorcios y demás entes jurídicos o económicos, públicos o privados, que en su condición de importadores de bienes, habituales o no, de fabricantes, productores, ensambladores, comerciantes y prestadores de servicios independientes, realicen las actividades definidas como hechos imponible en esta Ley” (artículo 1).

8. Decreto Constituyente que crea la Cartera Productiva Única Nacional. G.O. N° 6.507 Extraordinario del 29-01-2020.

Objeto: “El objeto de este Decreto Constituyente es la creación de la Cartera Única Productiva Nacional, la cual estará especialmente conformada para el financiamiento de los sectores agroalimentarios, manufacturero, turístico, salud e hipotecario, a los fines de promover y fortalecer la soberanía económica del país” (artículo 1).

9. Decreto Constituyente mediante el cual se crea la Orden Héroes y Heroínas Batalla de los Puentes 23 de Febrero. G.O. N° 6.507 Extraordinario del 29-01-2020.

Objeto: “Crear la Orden Héroes y Heroínas de la Batalla de los Puentes 23 de febrero, en su Única Clase, para honrar a los hombres y mujeres cuyo esfuerzo y sacrificio cotidiano sostienen para las presentes y futuras generaciones la soberanía, paz e independencia plena de la libre y democrática República Bolivariana de Venezuela” (artículo 1).

10. Ley Constitucional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana. G.O. N° 6.508 Extraordinario del 30-01-2020.

Objeto: “La presente Ley Constitucional, en reconocimiento de la realidad histórica de la institución militar bolivariana con génesis en el antiimperialismo fundamentado por la resistencia demostrada por nuestros aborígenes, la hazaña revolucionaria independentista de nuestros Libertadores, el carácter antioligárquico de la gesta de la Federación y el mandato constitucional que instituye la doctrina bolivariana como fuente inspiradora de los valores éticos y morales, tiene como objeto establecer los principios y las disposiciones que rigen la organización, funcionamiento, integración y administración de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, dentro del marco de la corresponsabilidad entre el Estado y el Pueblo, como fundamento de la Seguridad de la Nación consecuente con los fines supremos de preservar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la República. La Fuerza Armada Nacional Bolivariana es la institución que en forma permanente garantiza la defensa militar del Estado” (artículo 1).

11. Pronunciamiento respaldo irrestricto al Pueblo Venezolano, las trabajadoras y los trabajadores de la Aerolínea Bandera de Venezuela, Conviasa, propiedad de todo el pueblo venezolano, ante otra nueva agresión del fascista, criminal y supremacista gobierno imperialista de Donald Trump. G.O. N° 6.511 Extraordinario del 08-02-2020.

12. Pronunciamiento de la Asamblea Nacional Constituyente de la República Bolivariana de Venezuela en ocasión de conmemorarse 31 años de la rebelión popular del heroico pueblo venezolano en contra del neoliberalismo el 27-02-1989. G.O. N° 41.829 del 28-02-2020.

13. Pronunciamiento al pueblo venezolano la Asamblea Nacional Constituyente ante la detección del coronavirus en la República Bolivariana de Venezuela y el decreto de estado de alarma constitucional emitido por el Gobierno Bolivariano que preside Nicolás Maduro Moros, Comandante en Jefe de la FANB, Jefe de Estado y de Gobierno, para proteger al pueblo, prevenir, enfrentar, confrontar y derrotar esta pandemia mundial. G.O. N° 41.840 del 16-03-2020.

14. Acuerdo Constituyente en Conmemoración de los 199° años de la Gloriosa Batalla de Carabobo del 24-06-1821, fecha en la cual el Ejército Libertador al mando de Simón Bolívar derrotó al infame imperio español, dándole la Libertad y la Independencia a Venezuela. G.O. N° 6.549 Extraordinario del 24-06-2020.

Sinopsis: El acto acuerda, entre otros, “Reiterar, en ocasión de la celebración del Bicentenario de la Batalla de Carabobo el venidero 24 de junio de 1821, el llamado realizado por nuestro Comandante de Todos los Tiempos, HUGO CHÁVEZ para cerrar filas en lealtad suprema con el Presidente de la República, Jefe de Gobierno y Comandante en Jefe de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana NICOLÁS MADURO MOROS, en aras de seguir sosteniendo incólumes las banderas de la paz y la estabilidad nacional preservada hoy, casi 200 años después, gracias a su agudeza e inteligencia, derrotando a los violentos golpistas, los fascistas criminales y al imperialismo, junto al Pueblo venezolano en sólida unión Cívico–Militar–Policial”.

15. Acuerdo Constituyente mediante el cual se aprueba en todas y cada una de sus partes, la estimación de población general al 31-12-2020, realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE). G.O. N° 41.911 del 30-06-2020.

Sinopsis: El acto indica, entre otros, que “este Poder Constituyente Originario y Plenipotenciario de la Nación ha realizado el estudio de la estimación de población llevada a cabo por el Instituto Nacional de Estadística (INE), aspecto esencial para el desarrollo eficiente, armonioso y estable de los procesos técnicos electorales asociados al cronograma

electoral correspondiente a la elección de diputados y diputadas de la Asamblea Nacional prevista para este año 2020, tal como lo dispone nuestra Carta Magna”.

16. Acuerdo Constituyente en respaldo a la soberana decisión del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Nicolás Maduro Moros, de expulsar a la Embajadora de la Unión Europea en nuestro país por la constante y conspirativa injerencia en los asuntos internos de nuestra Patria. G.O. N° 41.911 del 30-06-2020.

Sinopsis: El acto acuerda, entre otros, “Exigir a la Unión Europea el cese inmediato de su supremacista, colonialista e injerencista postura de agresión sistemática en contra del pueblo y las instituciones democráticas de la República Bolivariana de Venezuela, que les posiciona en el ridículo papel de peones del imperialismo estadounidense y su absurda pretensión de esclavizar a los pueblos libres de América Latina, quienes ya hemos conocido la libertad y la independencia de la mano de nuestros Libertadores SIMÓN BOLÍVAR y HUGO CHÁVEZ, estando resueltos y dispuestos a defenderla en toda circunstancia”.

SOBRE EL QUÓRUM Y EL RÉGIMEN DE LAS VOTACIONES EN LA ASAMBLEA NACIONAL CON PARTICULAR REFERENCIA A LA ELECCIÓN E LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ASAMBLEA

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

Resumen: *Este artículo estudia el tema del quórum y el régimen de las votaciones en la Asamblea Nacional, con particular referencia a la elección anual de los miembros de su Junta Directiva.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Quórum. Elecciones internas.*

Abstract: *This article studies the issue of the quorum and the voting regime in the National Assembly, with particular reference to the annual election of the members of its Board of Directors*

Key words: *National Assembly. Quorum. Internal elections.*

I. QUÓRUM DE FUNCIONAMIENTO

De acuerdo con el artículo 221 de la Constitución, el quórum para el funcionamiento de la Asamblea Nacional “no podrá ser en ningún caso inferior a la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional,” lo que significa que la Asamblea Nacional puede funcionar con la mitad más uno de los diputados que la integran.

Por tanto, estando la Asamblea Nacional integrada por 167 diputados, la misma puede constitucionalmente funcionar con 84 diputados, que es la mayoría absoluta de los 167 que la conforman.

Esto es particularmente relevante en lo que se refiere a la instalación e inicio del primer período de sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional, que debe comenzar, cada año, sin convocatoria previa, el día cinco de enero o el día posterior más inmediato posible, el cual dura hasta el quince de agosto (art. 221). Basta que estén presente en la sede de la Asamblea Nacional 84 diputados para que la misma pueda instalarse y elegir su directiva.

II. EL RÉGIMEN DE LAS MAYORÍAS PARA LAS VOTACIONES Y TOMA DE DECISIONES EN LA ASAMBLEA NACIONAL

El artículo 221 de la Constitución establece como principio, que el régimen relativo a “los requisitos y procedimientos para la instalación y demás sesiones de la Asamblea Nacional, y para el funcionamiento de sus Comisiones,” deben estar determinados en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional. Tratándose de un órgano colegiado, por tanto, es en dicho Reglamento donde en principio y en general se determina cuál es el régimen de mayorías que se requiere para la votación de los diferentes asuntos en la Asamblea y la adopción de decisiones.

Y así, efectivamente, en el artículo 89 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea nacional se dispone como principio general sobre el régimen relativo a las votaciones y a la mayoría requerida para las decisiones de la Asamblea, que:

“las decisiones de la Asamblea Nacional se tomarán por mayoría absoluta, salvo aquellas en las cuales la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela o este Reglamento especifiquen otro régimen.”

En todo caso, y a los efectos de todo el régimen, el mismo artículo del Reglamento definió los términos esenciales indicando que:

“*Se entiende por mayoría absoluta la mitad más uno de los diputados y diputadas presentes.* Si el número de los diputados y diputadas presentes es impar, la mayoría será la mitad del número par inmediato superior. Siempre que en este Reglamento se emplee la expresión “mayoría” sin calificarla, se entenderá que se trata de mayoría absoluta.”

Este régimen general, sin embargo, como lo indica el propio artículo 89 del reglamento, está sometido a excepciones que pueden estar establecidas, en primer lugar, en la Constitución, la cual en todo caso tiene prevalencia en las materias que regulen; y, en segundo lugar, en el propio Reglamento.

III. LAS EXCEPCIONES CONSTITUCIONALES SOBRE MAYORÍAS PARA LAS DECISIONES DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Si bien el anterior es el principio general que se deriva del artículo 221 mencionado de la Constitución, y del Reglamento, sin embargo, en muchos casos específicos, es la propia Constitución la que ha establecido específicas condiciones de mayorías para la toma de determinadas decisiones, careciendo el régimen, por tanto, de uniformidad: (i) en unos casos, se exige el voto de una mayoría calificada de los integrantes de la Asamblea; (ii) en otros el voto de una mayoría calificada de los diputados presentes; (iii) en otros casos, el voto de la mayoría de los integrantes de la Asamblea, es decir, la mayoría absoluta de los mismos; (iv) en otros casos, el de la mayoría absoluta pero de los diputados presentes en la discusión; y (v) en otros casos, una mayoría de votos.

En efecto, en **primer lugar**, en algunos casos, la Constitución ha requerido una *mayoría calificada de votos de los integrantes* de la Asamblea para la toma de decisiones, como ocurre en el caso de la decisión de someter a referendo los tratados, convenios o acuerdos internacionales que pudieren comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, para lo cual se requiere “el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea; (art. 73); de la creación o supresión de las Comisiones Permanentes para lo cual se requiere “el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes” (art. 193); para la sanción de leyes habilitantes para lo cual se requiere el voto de “las tres quintas partes de sus integrantes,” (art. 203); para la aprobación de una moción de censura al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, para lo que se requiere “una votación no menor de las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional,” (art. 240); para la remoción de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia para lo cual se requiere “una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes” (art. 265); o para tomar la iniciativa de enmiendas a la Constitución, en cuyo caso, debe partir de “un treinta por ciento de los integrantes de la Asamblea Nacional” (art. 341.1).

En **segundo lugar**, en otros casos, la Constitución también ha requerido una *mayoría calificada de votos de los diputados presentes* en la sesión respectiva, como sucede en los casos de aprobación de una moción de censura a un Ministro, para lo cual se requiere una votación “no menor de las tres quintas partes de los integrantes presentes,” en cuyo caso ello implica su remoción (art. 246); en los casos de admisión por la Asamblea de proyectos de

leyes orgánicas no calificados como tales en la Constitución, en cuyo caso se requiere el “voto de las dos terceras partes de los integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley (art. 203); en los casos de “modificación de las leyes orgánicas” en los cuales también se requiere de la misma “votación calificada” (art. 203).

En **tercer lugar**, en otros casos, lo que la Constitución requiere es el voto de la **mayoría de los integrantes de la Asamblea**, lo que es equivalente a la mayoría absoluta de los integrantes. Esto sucede en caso de decidir someter a referendo consultivo materias de especial trascendencia nacional en cuyo caso el acuerdo de la Asamblea Nacional, debe ser “aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes” (art. 71); de decidir atribuir a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización, lo que requiere el voto adoptado “por mayoría de sus integrantes” (art. 157); de declaración de materias de urgencia para ser consideradas en sesiones extraordinarias de la Asamblea, para lo cual se requiere el voto de “la mayoría de sus integrantes” (art. 220); en caso de que la Asamblea nacional decida si una falta temporal del Presidente de la República que se prolongue por más de noventa días consecutivos, debe considerarse como falta absoluta, en cuyo caso la votación debe adoptarse “por mayoría de sus integrantes” de la Asamblea (art. 234); en el caso de enmiendas a la Constitución, cuando la iniciativa parta de la propia Asamblea Nacional, la misma requiere de su aprobación adoptada “por la mayoría de sus integrantes” (art. 341.2); y en caso de tomar la iniciativa para la Reforma de la Constitución, en cuyo caso la Asamblea debe tomarla “mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes (art. 342).

En **cuarto lugar**, en otros casos, la Constitución exige el voto de la **mayoría absoluta de los diputados presentes**, lo que sucede con las decisiones que adopte la Asamblea Nacional cuando el Presidente, antes de promulgar una Ley, le haya solicitado que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o a parte de ella, para lo cual se requiere el voto de la “mayoría absoluta de los diputados presentes” (art. 214).

En **quinto lugar**, en otros supuestos la Constitución solo exige para la **votación la decisión por mayoría de votos**, lo que está previsto específicamente para resolver, luego de la segunda discusión de los proyectos de ley, lo que fuere procedente respecto a los artículos en que hubiere discrepancia y a los que tuvieren conexión con éstos, una vez presentado el Informe de la Comisión a la plenaria de la Asamblea (art. 209).

IV. LAS EXCEPCIONES SOBRE MAYORÍAS EN EL REGLAMENTO INTERIOR Y DE DEBATES, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA ELECCIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ASAMBLEA NACIONAL

En el Reglamento Interior y de Debates, igualmente, conforme a la previsión del artículo 89, aparte del régimen general y supletorio que se ha establecido sobre la mayoría como mayoría absoluta, en su articulado se han regulado diversos supuestos para la toma de decisiones, exigiéndose las siguientes modalidades:

En **primer lugar**, la exigencia de la “mayoría absoluta” en los siguientes casos: (i) “mayoría absoluta de la Asamblea Nacional” (art. 58); (ii) “mayoría absoluta de sus miembros” (arts. 36, 45, 57, 64.6, 92); (iii) “mayoría absoluta de los presentes” (arts. 46, 56, 90, 111).

En **segundo lugar**, la exigencia de “mayoría”; en los siguientes casos: (i) “mayoría de la Asamblea” (arts. 27.20, 32) (ii) “mayoría de los diputados” (art. 45); (iii) mayoría de los integrantes” (arts. 1, 53, 61); (iv) “mayoría de sus miembros” (art. 45); y (v) “mayoría de los presentes” (arts. 36, 57, 60, 68, 69, 76, 79, 85, 87, 90, 109).

En estos supuestos, en los cuales, la norma solo utiliza la expresión “mayoría” al referirse a los integrantes de la Asamblea o a los integrantes los presentes, es que debe entenderse, conforme a lo indicado en el artículo 89 del Reglamento, que se trata de “mayoría absoluta” de los integrantes o de los presentes, según los casos. En esos casos, de lo contrario, no había otra forma de entender la expresión de “mayoría” de los “diputados,” de los “integrantes” o de los “miembros,” o de la “mayoría de los presentes.”

En *tercer lugar*, está el caso de la exigencia específica de una “mayoría relativa” (art. 100) o una “mayoría simple de los presentes” (art. 80).

En *cuarto lugar*, está también la exigencia particular de una mayoría calificada de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea (art. 119).

Y por último, en *quinto lugar*, está la referencia a una “mayoría” no referida a los diputados (“miembros” o “integrantes”) de la Asamblea Nacional, sino a los votos emitidos en determinados supuestos, que impiden que por su naturaleza se pueda aplicar la norma supletoria el artículo 89 y pensarse que se trataría de una “mayoría absoluta.”

Es el caso, específicamente de los votos necesarios para la elección de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, que se regula en el artículo 7 del Reglamento, en los siguientes términos:

“Artículo 7. Al inicio del período constitucional y al inicio de cada período anual de sesiones ordinarias, la Asamblea Nacional escogerá la Junta Directiva, la cual será elegida por los diputados y diputadas presentes. Resultará elegido o elegida para cada cargo, quien luego de haber sido postulado o postulada, obtenga mayoría de los votos de los diputados y diputadas presentes.”

A esta norma debe dársele el significado que deriva directamente de las palabras utilizadas, pues lo que se regula en ella no es una votación, como las reguladas en todos los supuestos anteriormente mencionados, donde la opción que tienen los diputados presentes es la de aprobar o no aprobar determinadas mociones.

En este caso, se trata de votar para elegir entre varios candidatos (que pueden ser muchos), uno para cada posición en la Junta Directiva de la Asamblea Nacional. En estos casos, ante varios candidatos postulados, conforme lo indica la norma, sale electo el diputado que haya obtenido “la mayoría de los votos de los diputados presentes,” lo que no es otra cosa que una mayoría simple. No hay ni puede haber otra forma de entender la regulación, y pretender aplicar aquí la fórmula supletoria de la “mayoría absoluta” de los diputados presentes simplemente impediría que pudiera haber la elección de la Junta Directiva.

Por ello, la previsión del artículo 7 de reglamento por la naturaleza de la regulación que contiene, es sin duda una excepción a la regla de la “mayoría absoluta” a la cual se refiere el artículo 89 del Reglamento.

Lo anterior se confirma con la previsión del artículo 8 del mismo Reglamento cuando regula el procedimiento para la elección, precisando que las postulaciones de todos los cargos a integrar la Junta Directiva se deben presentar en plancha, ante la plenaria de la Asamblea Nacional, debiendo, luego de ser argumentada por el diputado postulante, ser sometidas a votación, que “se hará para cada cargo, quedando elegido el diputado que obtenga la mayoría de los votos.” Y agrega la norma: “en caso de empate se repetirá el procedimiento, pudiendo optar solamente quienes resultaron empatados o empatadas para el primer lugar.” No podría, por supuesto, haber empate alguno si se tratase de una votación por mayoría absoluta de los diputados presentes. Se trata, en realidad, de una mayoría simple de votos que debe obtener el candidato, consignado por los diputados presentes, para ser electo, siendo imposible que pueda pensarse en que se pueda aplicar en tal caso la regla de la mayoría absoluta.

LA INSTALACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL DE VENEZUELA EL 5 DE ENERO DE 2020 Y DESALOJO DE LOS OKUPAS DEL PALACIO FEDERAL LEGISLATIVO

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

Resumen: *Este artículo estudia el conflictivo proceso de la instalación de la Asamblea Nacional de Venezuela el 5 de enero de 2020 y la ocupación desalojo de los okupas del Palacio Federal Legislativo.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Instalación.*

Abstract: *This article analyses the conflictive process of the installation of the National Assembly of Venezuela on January 5, 2020, and occupation and eviction of the squatters from the Federal Legislative Palace.*

Key words: *National Assembly. Installation.*

I

El Palacio Federal Legislativo construido durante el gobierno de Antonio Guzmán Blanco (1872-1877) para albergar la sede de los tres Poderes Públicos del Estado (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial), desde finales del siglo XIX se convirtió en la sede exclusiva del Poder Legislativo como consecuencia de la construcción del Palacio de Miraflores para albergar al Poder Ejecutivo, y de la ubicación de la Corte Federal y de Casación y luego de la Corte Suprema de Justicia en el edificio adjunto al Palacio de las Academias.

En esa sede del Palacio Federal Legislativo siempre funcionó el antiguo Congreso de la República, con sus dos Cámaras: el Senado y la Cámara de Diputados; y a partir de 2000, es donde ha funcionado la Asamblea Nacional. Es su sede oficial, tal como se indica en el artículo 1º del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea; allí es donde funciona y allí debió haberse instalado inicialmente la Asamblea Nacional el 5 de enero de 2020 para el período ordinario 2020-2021.

II

Sin embargo, ese día, por la fuerza bruta de la Policía Nacional y del Ejército, cuyos efectivos rodearon el Palacio Federal Legislativo, los diputados a la Asamblea Nacional fueron impedidos de poder ingresar al mismo para realizar su sesión de instalación para el período 2020-2021, bajo la dirección de la correspondiente Comisión de Instalación presidida por el Presidente de la Asamblea Juan Guaidó, como como lo prescribe el artículo 219 de la Constitución y el artículo 11 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea. Tal como lo resumió la Asociación Civil Venezuela Libre:

“Los hechos son inequívocos: usaron a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana para impedir que la Asamblea Nacional sesionara en su sede oficial. Acosaron y amenazaron a diputados para evitar que llegaran hasta el Palacio Legislativo. Compraron parlamentarios para escenificar un grotesco, ilegal e ilegítimo intento de tomar el control de la institución, sin que la misma se hubiese constituido con el quorum requerido, que era de 84 diputados.”¹

Ante esa contingencia, es decir, ante la situación excepcional de que efectivos de la Policía y del Ejército impidieran a los diputados, a la fuerza, el poder ingresar libremente al Palacio Federal Legislativo para poder reunirse e instalar la Asamblea, la mayoría de sus integrantes, es decir, 100 diputados de los 167 diputados que la conforman, tal como lo autoriza el artículo 1° del Reglamento Interior y de Debates acordaron realizar la sesión de instalación de la Asamblea en un lugar diferente de la ciudad de Caracas, escogiendo la sede del Diario El Nacional.

Y efectivamente, allí, a las 5 pm de ese mismo día 5 de enero de 2020 se realizó la sesión de instalación de la Asamblea Nacional, con la participación de 100 diputados, número superior al quórum requerido, que era de 84 diputados, en un todo realizada de acuerdo con lo previsto en el Reglamento Interior y de Debates. En la sesión, además, se eligió con el voto de los mencionados 100 diputados,² a los miembros de la Junta Directiva para el período 2020-2021, resultando electos con el voto de 100 diputados: Juan Guaidó, como Presidente; Juan Pablo Guanipa como Primer Vicepresidente, y Carlos Berrizbeitia como Segundo Vicepresidente de la Asamblea Nacional.³

III

Mas temprano durante el mismo día 5 de enero de 2020, y en este caso protegidos por la misma fuerza bruta del régimen autoritario de Policías y efectivos del Ejército que tenían rodeada la sede de la Asamblea, un grupo reducido e indeterminado de diputados, actuando como *okupas*, así llamados en otras partes del mundo a quienes asaltan y ocupan inmuebles ilegalmente, asaltaron e invadieron la sede de la Asamblea, ocupando física e ilegítimamente sus espacios, es decir, sin tener derecho ni título alguno para ello. Con su acción, no solo terminaron de impedir a la Asamblea Nacional el poder instalarse en su sede, sino que violando todas las disposiciones de la Constitución y del Reglamento Interior y de Debates en la materia, una vez dentro, montaron un teatro pretendiendo usurpar el carácter de la Asamblea Nacional, supuestamente “instalándola,” sin la presencia de su Presidente y sin contar con el quorum requerido que era de 84 diputados, procediendo supuestamente a “elegir” la Junta Directiva de la misma presidida por un señor de nombre Luis Parra.

Como lo resumió Gerardo Blyde, además, “en violación del artículo 191 de la Constitución Nacional, votaron en esa irrisoria reunión (pretendida sesión) personas que habían perdido su condición de diputados al haber aceptado ocupar cargos públicos distintos al de diputados,

¹ Véase Asociación Civil Venezuela Libre: “Ante los graves hechos ocurridos en Venezuela el 5 de enero. Llamado a la comunidad internacional,” Madrid 6 de enero de 2020, disponible en: <http://www.venezuelanpress.com/2020/01/06/venezuela-libre-se-pronuncia-ante-graves-hechos-ocurridos-venezuela-5-enero/>.

² Véase la “Lista de votación de diputados y diputadas de la Asamblea Nacional para la Junta Directiva 2020-2021,” Disponible en: <https://www.scribd.com/document/441940983/Lista-de-votacion-de-diputados-y-diputadas-de-la-AN-para-la-Junta-Directiva>.

³ Véase el Acta de Juramentación de la Nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional para el período 2020-2021, de fecha 5 de enero de 2020, en *Gaceta Legislativa* N° 16, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.scribd.com/document/442011097/Gaceta-Legislativa-Instalacion-de-la-Junta-Directiva-de-la-AN>.

no exceptuados constitucionalmente,” y “aún con la incorporación de estos ciudadanos que ya no son diputados a la Asamblea Nacional por mandato constitucional, no reunieron el quórum mínimo válido para sesionar.”⁴

Lo que ocurrió, como lo ha calificado el profesor Ramón Escovar León, no fue sino una “emboscada bufa” que condujo a una “elección bufa,” donde “no hubo sesión válida sino un simulacro,” en fin “una “burda maniobra.”⁵

IV

De acuerdo con el artículo 219 de la Constitución, el primer período de las sesiones ordinarias de cada año debe comenzar, sin convocatoria previa, el día 5 de enero, en su sede en el Palacio Federal Legislativo, con el objeto, como se indica en el artículo 11 del RID, “de elegir una nueva Junta Directiva.” A esos efectos, los diputados que concurren se deben constituir en “Comisión de Instalación” bajo la dirección del Presidente de la Junta Directiva en funciones, quien “tendrá la facultad en los casos de inasistencia de diputados de autorizar la incorporación de los suplentes respectivos,” así como la de “solicitar a la plenaria su pronunciamiento sobre algún tema que surja en el debate y que esté relacionado con el objeto de la reunión.”

Conforme al artículo 221 de la Constitución, el quórum para el funcionamiento de la Asamblea Nacional no puede ser “en ningún caso inferior a la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional,” lo que significa que la Asamblea Nacional sólo puede funcionar conforme a la Constitución con un quórum de la mitad más uno de los diputados que la integran. Por tanto, estando la Asamblea Nacional integrada por 167 diputados, que fueron los electos en diciembre de 2015, la misma solo puede funcionar constitucionalmente con 84 diputados, que es la mayoría absoluta de los 167 que la conforman.⁶

Ello era y es particularmente relevante por lo que se refiere a la instalación e inicio del primer período de sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional correspondiente a 2020, que comenzó el 5 de enero de 2020, para lo cual era indispensable que estuviesen presentes en la sesión de instalación de la Asamblea al menos 84 diputados de los 167 que la integran.

V

Conforme a estas previsiones, y ante la imposibilidad fáctica de que los diputados pudieran acceder libremente a la sede de la Asamblea, la mayoría de los integrantes de la misma acordó sesionar para su instalación en la sede del diario El Nacional, donde se congregaron 100 de los 167 diputados de la Asamblea, conformándose un quórum superior al mínimo constitucionalmente exigido (84 diputados).

⁴ Véase Blyde, Gerardo. “Qué paso el 5 Ene?”, en La Patilla.com, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.lapatilla.com/2020/01/06/que-paso-el-5ene-segun-el-analisis-del-abogado-gerardo-blyde/>

⁵ Véase Escovar León, Ramón. “El nuevo reto de Guaidó,” en *El Nacional*, 7 de enero de 2020, disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/el-nuevo-reto-de-guaido/>

⁶ Véase sobre esto: Brewer-Carías, Allan R. “Sobre el quórum y el régimen de las votaciones en la Asamblea Nacional con particular referencia a la elección e los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea,” New York, 4 de enero de 2020. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/01/Brewer.-SOBRE-EL-QURUM-Y-EL-R%C3%89GIMEN-DE-LAS-VOTACIONES-EN-LA-ASAMBLEA-NACIONAL-4.1-2020.pdf>

Conformada la Comisión de instalación presidida por el Presidente de la Junta Directiva, diputado Juan Guaidó, conforme a los artículos 194 y 219 de la Constitución, y con el voto individual de cada uno de los diputados presentes, se eligieron los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea para el período 2020-2021, antes mencionados.

Habiendo sido reelecto el diputado Juan Guaidó como Presidente de la Asamblea Nacional, el mismo, conforme a lo dispuesto en los artículos 233 de la Constitución y 14 del Estatuto que rige la Transición a la Democracia, fue ratificado como Presidente Encargado de la República, como lo venía haciendo desde comienzos de 2019.⁷ Tal como lo precisó el Bloque Constitucional de Venezuela:

“Como consecuencia de la elección de la nueva Junta Directiva, el diputado Juan Guaidó queda ratificado como legítimo Presidente encargado de la República, quien junto a la Asamblea Nacional, tiene por mandato velar por la ejecución de lo dispuesto en el Estatuto que rige la Transición a la Democracia, con fundamento en lo dispuesto en el art. 333 de la Constitución, contando para ello, con el reconocimiento explícito de más de cincuenta gobiernos democráticos, y el respaldo mayoritario del pueblo venezolano.”⁸

VI

Lo que ocurrió en la sede del Palacio Federal Legislativo el día 5 de enero de 2020, cuando un grupo evidentemente ultra minoritario de supuestos diputados asaltó por la fuerza y ocupó la sede del mismo, pretendiendo instalarse como Asamblea, sin contar con el quórum constitucional de 84 diputados, y fingiendo elegir una “nueva Junta Directiva” no fue otra cosa sino una burda “ocupación” fáctica de la sede de la Asamblea, que evidentemente no podía durar mucho tiempo, por lo estúpida que fue la maniobra.

Por ello, los supuestos *okupas* del Palacio Federal Legislativo, que al final no fueron sino unos “cuatro gatos” (en el sentido castellano de la expresión), después de algo más de 24 horas, el día 7 de enero de 2020, luego de haber intentado realizar una “reunión” sin quórum de naturaleza alguna, y a pesar de haber reclutado para ello algunos “actores de relleno,” es decir, “ciudadanos que simulaban ser parlamentarios para forjar un quórum inexistente,”⁹ desalojaron la sede,¹⁰ de manera que los diputados que conforman la mayoría de la Asamblea Nacional y su nueva Junta Directiva, forzando el paso ante militares que les impedían el acceso al edificio,¹¹ pudieron entrar de nuevo a su sede, y ocuparla legal y

⁷ Véase sobre ello: Brewer-Carías, Allan R. *Transición hacia la democracia en Venezuela. Bases constitucionales y obstáculos usurpadores* (Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar; y Epílogo de Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019.

⁸ Véase “El Bloque Constitucional de Venezuela, ante el grotesco zarpazo a la institucionalidad de la Asamblea Nacional, por parte del régimen de Maduro y un grupo de diputados felones, hace del conocimiento de la opinión pública nacional e internacional,” Caracas, 6 de Enero de 2020. Disponible en: <https://elvenezolanonews.com/2020/01/06/diputados-apegados-a-la-constitucion-afirman-que-golpe-parlamentario-reimpulso-la-lucha/>

⁹ Así lo afirmó la propia Asamblea Nacional en Comunicado emitido el 7 de enero de 2020, firmado por la Junta Directiva presidida por Juan Guaidó.

¹⁰ Véase el Video documentando el abandono del Palacio Federal Legislativo por el diputado Luis parra y otros en: <https://twitter.com/NTN24ve/status/1214569754708582401C>

¹¹ Véase lo que serán unos Videos memorables sobre la recuperación del Palacio Federal Legislativo por la Asamblea Nacional, el 7 de enero de 2019, en <https://twitter.com/NTN24ve/status/1214569754708582401>; y en <https://twitter.com/search?q=%23VIDE0&src=hash>.

legítimamente; habiendo procedido a tomarse juramento a los miembros de su Junta Directiva presidida por Juan Guaidó.¹²

El evento anterior no fue sino una ocupación ilegal del recinto de la Asamblea, habiendo la fuerza de la razón democrática provocado su desalojo, afortunadamente, sin uso de la fuerza pública, que es como usualmente se desaloja un inmueble cuando lo ocupan *okupas* indeseables.

VII

Es evidente que, en las circunstancias antes descritas, el 5 de enero de 2020 en Venezuela nunca hubo dos actos de instalación de la Asamblea Nacional ni se produjo la elección, supuestamente dos Juntas Directivas, como al inicio y prematuramente se reportó en alguna prensa.¹³

Tal como lo indicó José Ignacio Hernández:

“Es errado afirmar que hay, por ello, dos Juntas Directivas de la Asamblea Nacional. Lo sucedido en la mañana del 5 de enero no tiene relevancia jurídica como actos del Poder Legislativo. Se trató, insistimos, de una vía de hecho perpetrada por el abuso de la fuerza militar y por la cual unos individuos tomaron por asalto la sede del Palacio Federal Legislativo, como un acto más del golpe de Estado permanente perpetrado por Nicolás Maduro en contra de la Asamblea Nacional electa en 2015.”¹⁴

Por lo demás, como bien lo observó Henry Ramos Allup, solo cuando el acta de instalación y nombramiento de la Junta Directiva, en la cual está la constancia del quórum, es aprobada en la sesión primera de la Asamblea, como ocurrió el día 7 de enero de 2019, es que puede hablarse de la firmeza de los cargos.¹⁵ Ello nunca pudo ocurrir con la bufa supuesta “elección” del señor Parra, por un grupo indeterminado e impreciso de *okupas*.

Gerardo Blyde también resumió la situación, indicando:

“1. Sólo hubo una sesión válida de instalación y elección de nueva Junta Directiva, la celebrada en la sede externa ad hoc y dirigida por el presidente saliente que resultó reelecto. Esta es la única sesión que se realizó el 5 de enero del 2020, pues contó con el quórum constitucional necesario para su instalación y desarrollo.

2. Las actuaciones realizadas por un grupo de diputados en la sede del parlamento nacional no pueden ser calificadas de sesión. No hubo sesión. No contaban con el quórum constitucional para poder instalarse como sesión y mucho menos para poder tomar decisiones en nombre del cuerpo legislativo nacional.

3. Adicionalmente pretendieron incorporarse y además votar ciudadanos que ya no son diputados por haber perdido su condición al haber aceptado otros cargos públicos.

¹² Véase la información en la cuenta Twitter oficial de la Asamblea, disponible en: <https://twitter.com/AsambleaVE/status/1214576305699770370V>.

¹³ Véase por ejemplo, “Tiene Venezuela dos Asambleas nacionales?”, en Spitznik Mundo, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://mundo.sputniknews.com/america-latina/202001061090055762-venezuela-tiene-ahora-dos-asambleas-nacionales/>

¹⁴ Véase Hernández, José Ignacio, “Opinión sobre Constitucionalidad de la designación de la Junta Directiva para el período de sesiones correspondientes al 2020-2021,” 7 de enero de 2020, disponible en: <http://confirmado.com.ve/conf/conf-upload/uploads/2020/01/PER-313.pdf>

¹⁵ Véase Ramos Allup, Henry, intervención en la sesión de la Asamblea Nacional del 7 de enero de 2020. Disponible en: <https://youtu.be/oO4Wc3BK0RM>.

4. No existen dos Juntas Directivas de la Asamblea Nacional. La única Junta Directiva constitucional y legalmente electa está constituida por Juan Guiado como Presidente y por los diputados Juan Pablo Guanipa y Carlos Berrizbetia como primer y segundo vicepresidentes.”¹⁶

Para que la Asamblea Nacional se puede instalar, en efecto, como sucede en cualquier órgano colegiado representativo en cualquier parte del mundo, se requiere de un quórum de instalación, sin el cual no puede pensarse que pueda haber instalación; quórum que debe constatarse para poder comenzar la sesión como lo indica el artículo 64.1 del Reglamento Interior y de Debates. Por ello, no se puede pretender haber instalado un órgano colegiado sin el quórum necesario, pues en tal caso, la supuesta “instalación,” como lo expresó José Ignacio Hernández, no es sino una “vía de hecho sin validez jurídica alguna,”¹⁷ y los actos adoptados en la misma, son simplemente inexistentes, y nadie puede considerarlos como actos jurídicos.

Por ello, como el mismo José Ignacio Hernández lo puntualizó:

“en la mañana del 5 de enero de 2020 no hubo ninguna sesión de la Asamblea Nacional ni se designó a la Junta Directiva, con lo cual, tampoco el diputado Parra fue designado como Presidente de la Asamblea Nacional. Lo único que ocurrió fue una vía de hecho que, mediante el abuso de la fuerza militar, tomó violentamente las instalaciones del Palacio Federal Legislativo para que cinco individuos pudieran ocupar físicamente [aun cuando por breve tiempo] los espacios que corresponden a la Presidencia, Vicepresidencias y Secretarías de la Asamblea Nacional.”¹⁸

¹⁶ Véase Blyde, Gerardo. “Qué paso el 5Ene?”, en La Patilla.com, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.lapatilla.com/2020/01/06/que-paso-el-5ene-segun-el-analisis-del-abogado-gerardo-blyde>

¹⁷ Véase Hernández, José Ignacio, “Opinión sobre Constitucionalidad de la designación de la Junta Directiva para el período de sesiones correspondientes al 2020-2021,” 7 de enero de 2020, disponible en: <http://confirmado.com.ve/conf/conf-upload/uploads/2020/01/PER-313.pdf>

¹⁸ Véase Hernández, José Ignacio, “Opinión sobre Constitucionalidad de la designación de la Junta Directiva para el período de sesiones correspondientes al 2020-2021,” 7 de enero de 2020, disponible en: <http://confirmado.com.ve/conf/conf-upload/uploads/2020/01/PER-313.pdf>

EL DECRETO DEL ESTADO DE ALARMA EN VENEZUELA CON OCASIÓN DE LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS: INCONSTITUCIONAL, MAL CONCEBIDO, MAL REDACTADO, FRAUDULENTO Y BIEN INEFECTIVO

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

*“La ALARMA es solo la del despertador!!.
NADA de lo que pasa aquí tiene que ver con el decreto.”*
Comentario, desde Caracas,
de una destacada colaboradora (13-4-2020)

Resumen: *Este artículo está destinado a estudiar el Decreto N° 4.160 de 13 de marzo de 2020, mediante el cual se estableció el “estado de alarma” en Venezuela para atender la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del Covid-19, destacando sus inconstitucionalidades e insuficiencias*

Palabras Clave: *Estado de Alarma. Pandemia Covid-19.*

Abstract: *This article is intended to study Decree No. 4,160 of March 13, 2020, by which the “state of alarm” was established in Venezuela to address the health emergency derived from the Covid-19 pandemic, highlighting its unconstitutionality and inadequacies.*

Key words: *State of Alarm. Covid-19 Pandemic.*

INTRODUCCIÓN

Situaciones excepcionales requieren de medidas excepcionales, las cuales siempre tienen que adoptarse dentro del marco de la Constitución y el Estado de derecho, pudiendo dar origen precisamente, a medidas de “protección de esta Constitución,” como son las propias del régimen de “los estados de excepción.” Estas pueden establecerse, efectivamente, conforme a los artículos 337 siguientes del Texto fundamental; precisamente a los efectos de asegurar su efectiva vigencia en supuestos de circunstancias excepcionales que puedan originar situaciones de excepción que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de las personas, y que ameriten la adopción de medidas político constitucionales para afrontarlas, dada la insuficiencia de las previstas en la legislación vigente, siempre en el marco de lo regulado en la Constitución.

Por ello, Manuel Aragón Reyes, al analizar medidas similares adoptadas en España con motivo de la pandemia del Coronavirus, escribió atinadamente, advirtiendo que:

“Hay que tomarse la Constitución en serio. Se ha producido una exorbitante utilización del estado de alarma. La protección de la salud es una obligación de los poderes públicos, pero solo puede realizarse a través de las reglas del Estado de derecho,”

agregando que:

“En estos días desgraciados, en los que estamos sufriendo una horrorosa pandemia, con sus inevitables y muy graves consecuencias personales, sanitarias, sociales y económicas, creo que se está descuidando algo por completo fundamental, como es el exacto cumplimiento de la Constitución.”¹

Ha sido en tal sentido que el Consejo de Europa en la Declaración sobre “Respetando la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos en el marco de la crisis sanitaria del COVID-19 de 7 de abril de 2020: ha expresado que:

“Incluso en situaciones de emergencia el Estado de derecho debe prevalecer. Es un principio fundamental del Estado de derecho, que la acción del Estado debe realizarse de acuerdo con la ley.”²

Igualmente en esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido en que

“Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

“Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.”³

Todo lo anterior también lo ha advertido en Venezuela. Por ejemplo, Gabriel Sira Santana, al expresar que un estado de excepción:

¹ Véase Aragón Reyes, Manuel, “Hay que tomarse la Constitución en serio,” en *El País*, 9 de abril de 2020, en https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html. Véase en particular sobre el tema del estado de alerta decretado en España con ocasión de la pandemia del Coronavirus: los trabajos publicados en el número monográfico de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 86-87, Editorial Iustel, Madrid, Marzo-Abril 2020, coordinado por Santiago Muñoz Machado y, en particular los trabajos de Vicente Álvarez García, “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria,” pp. 6-21; y de Cotino Hueso, Lorenzo, “Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria,” pp. 88-101. Véase igualmente los trabajos sobre *Coronavirus y Derecho*, de Vicente Álvarez García (I. Introducción mínima al derecho de necesidad, II. los elementos esenciales del derecho de necesidad; III. Los límites de los poderes de necesidad), publicados en el marco del Foro de Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, 2020, en: <https://forocsyj.com/>

² Véase Council of Europe, “Information Documents SG/Inf (2020). Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis,” 7 April 2020, en <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1f40>

³ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Declaración de la sobre “Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales,” 9 de abril de 2020, en http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf

“en ningún caso se considera un poder absoluto ya que, siempre, sin importar la gravedad de la emergencia, *estará sujeto a claros límites que impiden desconocer los principios y postulados propios de un Estado Derecho*, so pena de que el derecho de excepción pase a ser mera arbitrariedad bajo apariencia de legalidad.”⁴

De este modo, el derecho de excepción no equivale a negar la existencia y vigencia del Estado de Derecho. Sin embargo, en Venezuela, después de cuatro años seguidos de emisión trimestral de decretos de estados de excepción por emergencia económica por parte de Nicolás Maduro, actuando como Presidente de la República, proceso que comenzó con el Decreto N° 2.323 de 13 de mayo de 2016,⁵ sin embargo, parece que de nada ha servido para que el Poder Ejecutivo entienda bien que la Constitución es cosa seria, y que hay que respetarla así se trate de decretos de estados de excepción.

Por ello, ante una real y manifiesta emergencia como es la derivada de los efectos de la pandemia del Coronavirus, se emitió un decreto como el N° 4.160 de 13 de marzo de 2020,⁶ contentivo de un “estado de alarma para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (Covid-19), que es inconstitucional, está mal concebido y mal redactado y con una efectividad difusa, el cual después de un mes sin haber sido formalmente implementado, ha sido prorrogado mediante decreto N° 4186 de 12 de abril de 2020,⁷ por otros 30 días.

En el decreto, materialmente, en general solo se anuncia la posibilidad de adopción de algunas medidas futuras e imprecisas, y en particular se establecen restricciones a garantías constitucionales sin habérselas restringido formalmente ni regulado su ejercicio, lo que viola la Constitución. Como lo advirtió la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, las “medidas a adoptar por los Estados” con motivo de la declaratoria de estados de excepción, siempre “deben ser objeto de actos jurídicos formales, debidamente motivados, publicados oficialmente y divulgados adecuadamente,”⁸ los que han estado ausentes en este caso del estado de alarma decretado por la pandemia del Coronavirus, al menos al mes de su emisión.

⁴ Véase Sira Santana, Gabriel “Venezuela y el estado de alarma por el Covid-19. Consideraciones sobre el derecho de excepción venezolano y el Decreto N° 4.160, publicado en Gaceta Oficial N° 6.519 Extraordinario del 13-03-2020, por medio del cual se declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional, “a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19),” Centro para la Integración y el Derecho Público, 27 de marzo de 2020, p. 4-13. En <https://cidep.com.ve/files/reportes/reportecidep-covid.pdf>

⁵ Véase en Véase en Gaceta Oficial N° 6.227 Extraordinario del 13 de mayo de 2016. Véanse los comentarios sobre este decreto en Allan R. Brewer-Carías, “Nuevo golpe contra la representación popular: la usurpación definitiva de la función de legislar por el Ejecutivo Nacional y la suspensión de los remanentes poderes de control de la Asamblea con motivo de la declaratoria del estado de excepción y emergencia económica,” 19 de mayo de 2016, en <http://www.allanbrewer-carrias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20Golpe%20final%20a%20la%20democracia.%20%20Edo%20excepci%C3%B3n%20%2019%20mayo%202016.pdf>.

⁶ Gaceta Oficial No. 6519 Extra de 13 de marzo de 2020. La Gaceta Oficial, sin embargo solo circuló el 17 de marzo de 2020. Véase la información en: “Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el estado de alarma decretado ante la pandemia del coronavirus (Covid-19),” Caracas 18 de marzo de 2020. Véase en: <https://bloqueconstitucional.com/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-sobre-el-estado-de-alarma-decretado-ante-la-pandemia-de-de-coronavirus-covid-19/>

⁷ Gaceta Oficial N° 6528 Extra de 12 de abril de 2020.

⁸ Véase “Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el estado de alarma decretado ante la pandemia del coronavirus (Covid-19),” Caracas 18 de marzo de 2020.

I. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

Para entender estos errores, hay que recordar que el artículo 337 de la Constitución que encabeza el Capítulo II sobre el Título de la protección de la Constitución, en efecto califica expresamente como estados de excepción:

“Las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.”

A los efectos de regular estas situaciones o circunstancias excepcionales que sobrepasan las posibilidades de su atención mediante los mecanismos institucionales previstos para situaciones normales, la propia Constitución previó en su artículo 338 de la Constitución que debía dictarse una ley orgánica que además debía determinar las medidas que pueden adoptarse con base en los mismos, habiéndose sancionado al efecto, en 2001, la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción (LO).⁹ En la misma, en consecuencia, no sólo se regularon las diferentes formas de los estados de excepción, sino que además, se establecieron previsiones sobre “el ejercicio de los derechos que sean restringidos con la finalidad de restablecer la normalidad en el menor tiempo posible” (art. 1, LO). En dicha Ley se previó que las medidas a ser adoptadas debían estar enmarcadas dentro de principios de logicidad, racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, lo que se configura como un límite al ejercicio de las mismas.

Véase en: <https://bloqueconstitucional.com/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-sobre-el-estado-de-alarma-decretado-ante-la-pandemia-de-de-coronavirus-covid-19/>

⁹ Véase en Gaceta Oficial N° 37.261 de 15-08-2001. Sobre dicha ley véanse los comentarios en Brewer-Carías, Allan R. “El régimen constitucional de los estados de excepción” en Víctor Bazán (Coordinador), *Derecho Público Contemporáneo*. Libro en Reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 1137-1149. Véase en general sobre los estados de excepción en la Constitución de 1961: Casal H., Jesús M., “Los estados de excepción en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 1 (septiembre-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 1999, pp. 45-54; Leal W., Salvador, “Los estados de excepción en la Constitución”, en *Revista del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 8, Caracas, 2003, pp. 335-359; María de los Ángeles Delfino, “El desarrollo de los Estados de Excepción en las Constituciones de América Latina”, en *Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Editorial Ex Libris, Caracas, 2000, pp. 507-532. Más recientemente, véanse los trabajos sobre los estados de excepción y su régimen constitucional y legal publicados en la *Revista de Derecho Público*, No. 143-144, julio-diciembre 2015, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, de García Soto, Carlos, “Notas sobre el ámbito y requisitos de; estado de excepción,” pp. 9-12; Rojas Pérez, Manuel, “Suspensión de garantías, cierre de frontera y desviación de poder,” pp. 13-16; Brewer-Carías, Allan R., “La masacre de la Constitución y la aniquilación de las garantías de los derechos fundamentales,” pp. 17-50; Sira Santana, Gabriel, “La restricción de garantías y el estado de excepción en la frontera colombo-venezolana,” pp. 51-78; Herrera Orellana, Luis Alfonso, “¿Estado de excepción o ley habilitante?,” pp. 79-86; Suárez, Jorge Luis, “El verdadero sentido de los poderes de gobierno bajo estado de excepción: Recuerdos de un fallo de la Corte Suprema de Justicia y de un Estado que ya no existe,” pp. 87-102; Pernía-Reyes, Mauricio Rafael, “De los actos sublegales dictados con ocasión de la declaratoria de estados de excepción en Venezuela en el año 2015,” pp. 103-107; Silva Aranguren, Antonio, “El Tribunal Supremo de Justicia y los decretos de estado de excepción de 2015: Ningún control y numerosos excesos,” pp. 109-118; Blanco-Urbe Quintero, Alberto, “El Código Orgánico Tributario de 2014... Un Estado de excepción permanente,” pp. 119-129; Hernández G., José Ignacio, “Integridad electoral y estado de excepción en Venezuela, pp. 130-133; González Lobato, Eglée, “Decretos de estados de excepción y su impacto en las parlamentarias del 6D-2015,” pp. 134-146.

Para precisar sobre los estados de excepción, la Ley Orgánica los identificó como “*circunstancias* de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones,” estableciendo los principios generales de que: (i) “solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad *que hagan insuficientes los medios ordinarios que dispone el Estado para afrontarlos*” (art. 2, LO); (ii) solo pueden dictarse en caso de “estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad” (art. 6, LO); (iii) las “medidas de excepción” a dictarse “deben ser proporcionales a la situación que se quiere afrontar en lo que respecta a gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación” (art. 4, LO); y (iv) dichas medidas, deben además “tener una duración limitada a las exigencias de la situación que se quiere afrontar, sin que tal medida pierda su carácter excepcional o de no permanencia” (art. 5, LO).

Lo importante a señalar en cuanto a la declaratoria del estado de excepción y su relación con la Constitución, es que conforme a lo expresamente indicado en la misma, en ningún caso el Estado de excepción interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público (art. 339 C.) ni las competencias constitucionales; lo que se confirma la Ley Orgánica respectiva (art. 3, LO); y además, que en ningún caso, un estado de excepción modifica el principio de la responsabilidad del Presidente de la República, ni la del Vicepresidente Ejecutivo, ni la de los Ministros de conformidad con la Constitución y la ley (art. 232 C.).

La propia Constitución, en su artículo 388 enumera las diversas formas específicas que pueden revestir los estados de excepción, distinguiendo cuatro: el estado de alarma, el estado de emergencia económica, el estado de conmoción interior y el estado de conmoción exterior; las cuales se regulan en los arts. 8 a 14 de la Ley Orgánica.

El primero es el *estado de alarma*, regulado en el artículo 338 de la Constitución y el artículo 8 de la Ley Orgánica, el cual puede decretarse en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos. La Ley Orgánica incluye también, como motivo, el peligro a la seguridad de las instituciones de la Nación (art. 8, LO). Dicho estado de excepción sólo puede tener una duración de hasta treinta días, siendo prorrogable por treinta días más desde la fecha de su promulgación.

El segundo es el *estado de emergencia económica* que puede decretarse en todo o parte del territorio nacional cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación (art. 338 C; art. 10 LO). Su duración no puede ser mayor a sesenta días, prorrogables, sin embargo, por un plazo igual.

El tercero es el estado de conmoción interior, que se puede dictar en caso de conflicto interno, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones (art. 338 C; art. 13 LO). De acuerdo con el artículo 13 de la Ley Orgánica, constituyen causas para declarar el estado de conmoción interior entre otras, todas aquellas circunstancias excepcionales que impliquen grandes perturbaciones del orden público interno y que signifiquen un notorio o inminente peligro para la estabilidad institucional, la convivencia ciudadana, la seguridad pública, el mantenimiento del orden libre y democrático, o cuando el funcionamiento de los Poderes Públicos esté interrumpido. En este caso, la duración puede ser de hasta noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

Y el cuarto es el estado de conmoción exterior, que puede decretarse en caso de conflicto externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones (art. 338 C; 14 LO). De acuerdo con el artículo 14 de la Ley Orgánica constituyen causas para declarar el estado de conmoción exterior, entre otras, todas aquellas situaciones que impliquen una amenaza a la Nación, la integridad del territorio o la soberanía.

El estado de conmoción exterior tampoco puede exceder de noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

En todos esos casos, el decreto de estado de excepción es un típico acto de gobierno, que corresponde ser dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, en ejercicio directo de competencias constitucionales (función de gobierno) establecidas en la Constitución. (art. 337 C.),¹⁰ razón por la cual, como lo precisa el artículo 22 de la Ley Orgánica, tiene “rango y fuerza de Ley.”

Dado el carácter excepcional de los decretos de estado de excepción, particularmente por la repercusión que pueden tener en la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, conforme lo exige la propia Constitución, “deben cumplir con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (art. 339 C), los cuales en virtud de esa norma quedaron integrados al ordenamiento constitucional venezolano.¹¹

Conforme al artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el estado de excepción debe ser “proclamado oficialmente.” Con base en ello, sólo se pueden “adoptar disposiciones” que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas (por los Estados) en virtud de dicho Pacto. Las medidas, además, no pueden “ser incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.” En igual sentido se dispone en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, el Pacto Internacional exige que todo Estado “que haga uso del derecho de suspensión” debe informar inmediatamente a todos los demás Estados Partes en el Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, “de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión”. Igualmente, deben comunicar la fecha “en que haya dado por terminada tal suspensión” (art. 4,3). La Convención Americana establece una disposición similar de información a los Estados Partes en la Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de Estados Americanos (art. 27,3).

Por último, en el ámbito interno, conforme a la Constitución (art. 339) y a la Ley Orgánica los decretos de estados de excepción y sus prórrogas, están sujetos al control judicial de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art. 336.6), y al control político de la Asamblea Nacional, la cual puede aprobar o improbar el decreto y su dicha prórroga (art. 338).

¹⁰ Véase Brewer-Carías, Allan R. *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 201 y ss; y Brewer-Carías, Allan R. “Los actos ejecutivos en la Constitución venezolana de 1999 y su control judicial,” en *Acto Administrativo y Reglamentación*. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, 30-31 mayo y 1º junio 2001, Ediciones RAP S.A., Argentina 2002, pp. 531-579.

¹¹ De allí, entre otras razones, la inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que el Presidente Maduro pretendió hacer en 2012. Véase Ayala Corao, Carlos, “Inconstitucionalidad de la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela,” en *Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, N° 131, Caracas, julio-septiembre 2012; y en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Editorial Porrúa, N° 18, Julio-Diciembre 2012.

El decreto, además, puede ser revocado no sólo por el Ejecutivo Nacional sino por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, al cesar las causas que lo motivaron.

Y en el ámbito internacional, conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos, toda situación que de origen a la declaratoria de un estado de excepción, y con el mismo, a la restricción de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, está sometida a un control internacional, consistente en la obligatoria notificación por parte del Estado venezolano a los países miembros de dicho Pacto (por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, conforme al artículo 4 del mismo) “de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión,” y de la Convención (por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, conforme al artículo 27 de la misma), “sobre de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.”

II. EL MARCO LEGAL DE LAS MEDIDAS QUE PUEDEN ADOPTARSE EN VIRTUD DEL DECRETO DE ESTADO DE EXCEPCIÓN

Conforme a las anteriores previsiones de la Constitución, la Ley Orgánica de los Estados de Excepción, ha precisado en su artículo 15 que las facultades del Presidente de la República, al decretar un decreto de estado de excepción son las siguientes:

- a) Dictar todas las medidas que estime convenientes en aquellas circunstancias que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos y ciudadanas o de sus instituciones, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
- b) Dictar medidas de orden social, económico, político o ecológico cuando resulten insuficientes las facultades de las cuales disponen ordinariamente los órganos del Poder Público para hacer frente a tales hechos.

Conforme al artículo 16 de la Ley Orgánica, una vez decretado el estado de excepción, el Presidente de la República puede delegar su ejecución, total o parcialmente, en los gobernadores, alcaldes, comandantes de guarnición o cualquier otra autoridad debidamente constituida, que el Ejecutivo Nacional designe (art. 16).

Tratándose de “medidas” que en general tienen contenido normativo, no hay que olvidar que la Ley Orgánica de la Administración Pública establece un mecanismo preciso de participación ciudadana al regular el procedimiento de consulta obligatoria a las comunidades organizadas y a las organizaciones políticas no estatales, respecto de los anteproyectos de normas legales o reglamentarias que se proponga dictar el Presidente de la República (arts. 135, 136). Esencialmente, un decreto de estado de excepción, como se indica más adelante, puede contener la regulación legal relativa al ejercicio del derecho cuya garantía se restringe, por lo que en el ámbito de los decretos de estados de excepción esa consulta debe realizarse obligatoriamente.

En este supuesto de los decretos de estado de excepción, sin embargo, la consulta obligatoria para promover la participación ciudadana no podría ser previa sino posterior a la emisión del acto. En efecto, el artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone que “en casos de emergencia manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad” el Presidente de la República podría dictar esos decretos con contenido normativo sin consulta previa; pero en todo caso, está obligado a consultar seguidamente “bajo el mismo procedimiento” de consultas públicas, a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; estando obligado a considerar el resultado de la consulta.

Sin embargo, las medidas antes mencionadas reguladas en la ley Orgánica no son las únicas que puede dictar el Presidente de la República al decretar un estado de excepción, destacándose la muy importante prevista en el artículo 337 de la Constitución, respecto de la posibilidad de que en dichos decretos se puedan restringir temporalmente las garantías consagradas en la Constitución,

Este es el único supuesto establecido en la Constitución de 1999 conforme al cual el Presidente puede “restringir” las garantías constitucionales (art. 236.7), habiéndose eliminado del orden constitucional toda posibilidad de “suspensión” de dichas garantías como antes sin embargo lo autorizaba la Constitución de 1961 (art. 241). De esta normativa en la Constitución de 1999, se deriva además el principio de que dicha “restricción” solo opera respecto de las “garantías” de los derechos constitucionales, habiendo queda eliminada totalmente toda posibilidad de restricción de los derechos constitucionales en sí mismos.” Lo contrario, en cambio, estaba autorizado en el artículo 241 de la Constitución de 1961, en concordancia con el artículo 190.6 de la misma, lo que había dado origen a abusos institucionales,¹² que en el texto constitucional de 1999 quedaron proscritos.

Ahora bien, en relación con esta restricción de garantías constitucionales con motivo de un decreto de estado de excepción,¹³ que siempre debe ser temporal, el artículo 6 de la Ley Orgánica dispone que:

“Artículo 6: El decreto que declare los estados de excepción será dictado *en caso de estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad*, ampliando las facultades del Ejecutivo Nacional, con la *restricción temporal de las garantías constitucionales permitidas* y la ejecución, seguimiento, supervisión e inspección de las medidas que se adopten conforme a derecho. El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá ratificar las medidas que no impliquen la restricción de una garantía o de un derecho constitucional. Dicho decreto será sometido a los controles que establece esta Ley.”

Sin embargo, no todas las garantías constitucionales pueden ser restringidas, excluyéndose expresamente en el artículo 337 de la Constitución, la posibilidad de restricción de las garantías:

“referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.”

Se destaca de esta norma que además de las garantías de los derechos específicos que se enumeran (a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información) y que no pueden ser objeto de restricción, regulados además en los artículos 43; 43.2; 46.1; 49 y 58 de la Constitución, también deben considerarse como parte de “los demás derechos humanos intangibles” cuyas garantías tampoco pueden restringirse, los indicados como no restringibles tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4), como en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 27), y que son: la garantía de la igualdad y no discriminación; la garantía de no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales; la garantía de la irretroactividad de la ley; el derecho a la personalidad; la libertad religiosa; la garantía de no ser sometido a esclavitud o servidumbre; la garantía de la integridad personal; el principio de legalidad; la protección de la familia; los

¹² Véase Brewer-Carías, Allan R. “Consideraciones sobre la suspensión o restricción de las garantías constitucionales,” en *Revista de Derecho Público*, N° 37, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1989, pp. 5 y ss.

¹³ Sobre la significación y alcance conceptual de la “restricción de garantías constitucionales”, véase Rivas Quintero, Alfonso, *Derecho Constitucional*, Valencia 2002, pp. 590 y ss.

derechos del niño; la garantía de la no privación arbitraria de la nacionalidad y el ejercicio de los derechos políticos al sufragio y el acceso a las funciones públicas.¹⁴

Como consecuencia de ello, el artículo 7 de la Ley Orgánica precisamente amplía la lista de la Constitución sobre las garantías no restringible, indicando que:

“Artículo 7: No podrán ser restringidas, de conformidad con lo establecido en los artículos 339 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las garantías de los derechos a: 1. La vida; 2. El reconocimiento a la personalidad jurídica; 3. La protección de la familia; 4. La igualdad ante la ley; 5. La nacionalidad; 6. La libertad personal y la prohibición de práctica de desaparición forzada de personas; 7. La integridad personal física, psíquica y moral; 8. No ser sometido a esclavitud o servidumbre; 9. La libertad de pensamiento, conciencia y religión; 10. La legalidad y la irretroactividad de las leyes, especialmente de las leyes penales; 11. El debido proceso; 12. El amparo constitucional; 13. La participación, el sufragio y el acceso a la función pública; 14. La información.”

Lamentablemente, en esta enumeración, la Ley Orgánica omitió la “prohibición de incommunicación o tortura” que establece el artículo 337 de la Constitución; la garantía a no ser condenado a prisión por obligaciones contractuales; y los derechos del niño que enumeran las Convenciones Internacionales mencionadas, que tienen rango constitucional (art. 23).

En todo caso, de las anteriores regulaciones relativas a la restricción de garantías constitucionales como consecuencia de un decreto de estado de excepción, debe destacarse que la Constitución exige expresamente que el decreto que declare el estado de excepción y restrinja alguna garantía constitucional, obligatoriamente debe *“regular el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe”* (art. 339).

Es decir, no es posible que el decreto ejecutivo “restrinja” una garantía constitucional pura y simplemente, sino que es indispensable que en el texto del mismo decreto se regule, en concreto, mediante normas, el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe. Por ejemplo, si se restringe la libertad de tránsito, en el mismo decreto de restricción, que tiene entonces que tener contenido normativo, debe especificarse en qué consiste la restricción, estableciéndose, por ejemplo, la prohibición de circular a determinadas horas (toque de queda), o en determinados vehículos, o en determinadas zonas.¹⁵

Lamentablemente, sin embargo, en la Ley Orgánica no se desarrolló esta exigencia constitucional, quizás la más importante en materia de restricción de garantías constitucionales, pues sólo regulándose normativamente su ejercicio, en el decreto que restrinja las garantías constitucionales, es que podría tener sentido la previsión del artículo 21 de la Ley Orgánica que dispone que:

“Artículo 21: El decreto que declare el estado de excepción suspende temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho decreto.”

Para que esta “suspensión” temporal de normas legales pueda ser posible, por supuesto, es necesario e indispensable que el decreto establezca la normativa sustitutiva correspondiente, que debe regir temporalmente durante el estado de excepción.

Por otra parte, conforme al artículo 23 de la Ley Orgánica, decretado el estado de excepción, el Presidente de la República en su condición de Comandante en Jefe de la Fuerza

¹⁴ Véase Brewer-Carías, Allan R. *La Constitución de 1999*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 236 y 237.

¹⁵ Véase Brewer-Carías, Allan R. “Prólogo,” al libro de Daniel Zovatto, *Los estados de excepción y los derechos humanos en América latina*, cit., pp. 24 ss.

Armada Nacional puede, además, ordenar la movilización de cualquier componente o de toda la Fuerza Armada Nacional, operación que debe regirse por las disposiciones que sobre ella establece la ley respectiva.

Además, con motivo de la declaración de estado de excepción, conforme al artículo 24 de la Ley Orgánica, el Ejecutivo Nacional tiene la facultad de requisar los bienes muebles e inmuebles de propiedad particular que deban ser utilizados para restablecer la normalidad¹⁶.

En estos supuestos, para que se pueda ejecutar cualquier requisición, es indispensable la orden previa del Presidente de la República o de la autoridad competente designada, dada por escrito, en la cual se debe determinar la clase, cantidad de la prestación, debiendo expedirse una constancia inmediata de la misma.

En todo caso, terminado el estado de excepción, deben restituirse los bienes requisados a sus legítimos propietarios, en el estado en que se encuentren, sin perjuicio de la indemnización debida por el uso o goce de los mismos. En los casos que los bienes requisados no pudieren ser restituidos, o se trate de bienes fungibles o perecederos, la República debe pagar el valor total de dichos bienes, calculados con base en el precio que los mismos tenían en el momento de la requisición (art. 25 LO).

Como se ha señalado, el decreto de estado de excepción tiene rango y valor de ley, por lo que sus disposiciones tienen el mismo valor vinculante de las leyes respecto de los ciudadanos.

Pero, además, conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica, toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, está obligada a cooperar con las autoridades competentes para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza, con la correspondiente indemnización de ser el caso.

El incumplimiento o la resistencia de esta obligación de cooperar conforme al artículo 18 de la Ley Orgánica, “será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las respectivas leyes” pudiéndose así acudir al tipo delictivo de desacato a la autoridad, por ejemplo.

En todo caso, si esos actos fuesen cometidos por funcionarios, las autoridades pueden suspenderlos de inmediato en el ejercicio de sus cargos y deben notificar al superior jerárquico, a los efectos del oportuno expediente disciplinario. Cuando se trate de autoridades electas por voluntad popular, el artículo 18 sólo indica que “se procederá de acuerdo con lo contemplado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes”. Sin embargo, lo único en esta materia que regula la Constitución es el referendo revocatorio de mandato (art. 72).

III. EL ESTADO DE ALARMA DECRETADO EN MARZO DE 2020 PARA ATENDER LA EMERGENCIA SANITARIA DEL CORONAVIRUS Y SUS CARENCIAS

Ahora bien, como se ha dicho, Nicolás Maduro, quien desde enero de 2019 se atribuye ilegítimamente la calidad de Presidente de la República,¹⁷ en Consejo de Ministros, dictó el

¹⁶ Sobre la requisición véase Brewer-Carías, Allan R, “Adquisición de propiedad privada por parte del Estado en el Derecho Venezolano” en Brewer-Carías, Allan R, *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo VI, Caracas, 1979, pp. 24 y 33.

¹⁷ Véase Brewer-Carías, Allan R. *Transición hacia la democracia en Venezuela. Bases constitucionales y obstáculos usurpadores*, (Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar; y Epílogo de Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana 2019

decreto N° 4.160 de 13 de marzo de 2020¹⁸ mediante el cual declaró el estado de alarma “para atender la emergencia sanitaria del Coronavirus (COVID-19),” invocando su carácter de Jefe del Estado y Jefe del Ejecutivo (art. 226 de la Constitución), ejerciendo las atribuciones establecidas en los numerales 2, 7, 11 y 24 del artículo 236 de la Constitución, e invocando también lo previsto en los artículos 337, 338 y 339 de la misma; normas que en forma alguna lo facultan para autorizarse a sí mismo para legislar. Al dictar el decreto, se ignoró por completo la existencia de la Asamblea Nacional, la cual conforme a la Constitución debe ejercer el control político de los decretos de estados de excepción.¹⁹ Esto es una grave violación a la Constitución, máxime cuando la misma dispone que con los estados de excepción en ningún caso se “interrumpe el funcionamiento de los órganos del Poder Público,” y entre ellos, en particular del Poder Legislativo (art. 339). Por ello, como lo advirtió la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, “la no remisión ... de este decreto de estado de alarma a la Asamblea Nacional, vicia de nulidad el decreto de estado de alarma y lo transforma en una vía de hecho.”²⁰

Al haberse dictado en esa forma el decreto y además, por su contenido en gran parte impreciso, “indeterminado y discrecional,”²¹ restringiendo garantías constitucionales, pero sin haberlas regulado formal y específicamente, podría resultar el absurdo de que Nicolás Maduro haya pretendido *restringir todas las garantías constitucionales*, con grave riesgo a los derechos humanos en el país, lo cual no sólo sería inconstitucional, sino por supuesto, totalmente inadmisibles en un Estado de derecho.

Como lo he señalado, la declaratoria de estado de alarma como estado de excepción puede implicar la restricción temporal de “las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles,” (art. 337); pero en todo caso debe ser una decisión *expresa y precisa*, y en el mismo “decreto que declare el estado de excepción” dice la Constitución, “se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339). Como también se ha dicho, el decreto, además, debe cumplir obligatoriamente por imposición de la Constitución “con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos” conforme al artículo 339 de la Constitución, el cual como hemos dicho, constitucionalizó dichos instrumentos internacionales.

Y en tal sentido dicho decreto está sometido al control internacional antes comentado de notificar a los Estados miembros del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos sobre las restricciones decretadas sobre los derechos fundamentales. Por ello, restringir garantías constitucionales como se ha hecho en el Decreto 4.160 de 13 de marzo de 2020, sin restringirlas formal y expresamente y sin indicar las previsiones constitucionales afectadas con las restricciones, no es sino un fraude contra dichos instrumentos internacionales, para evadir el control internacional del estado de alarma.

¹⁸ Véase en *Gaceta Oficial* No. 6519 Extra de 13 de marzo de 2020

¹⁹ La Disposición final décima primera del decreto se limita a señalar que “Este Decreto será remitido a la sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de que se pronuncie sobre su constitucionalidad.”

²⁰ Véase “Pronunciamiento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales sobre el estado de alarma decretado ante la pandemia del coronavirus (Covid-19),” Caracas 18 de marzo de 2020, p. 6 Véase en: <https://bloqueconstitucional.com/pronunciamiento-de-la-academia-de-ciencias-politicas-y-sociales-sobre-el-estado-de-alarma-decretado-ante-la-pandemia-de-de-coronavirus-covid-19/>

²¹ Véase Román J. Duque Corredor, “Derechos humanos y Estados de alarma por situaciones de pandemias,” *Bloque Constitucional*, Caracas 19 de marzo de 2020.

1. *La inconstitucionalidad del decreto de estado de alarma por pretender su autor delegarse a sí mismo la potestad de legislar, usurpando las funciones de la Asamblea Nacional*

Conforme al régimen constitucional y legal de los estados de excepción antes analizado, en un decreto de estado de alarma, lo que el Presidente podía hacer, era proceder a dictar en el mismo decreto aquellas medidas para lo cual “resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos,” o conforme al artículo 6 de la misma Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, “en caso de *estricta necesidad para solventar la situación de anormalidad*, ampliando las facultades del Ejecutivo Nacional;” pero no está ni estaba autorizado en forma alguna como Jefe del Ejecutivo Nacional para “anunciar” que el propio Ejecutivo Nacional –como si quien dictaba el decreto fuera otro órgano del Estado distinto al Ejecutivo que lo iba a ejecutar– adoptaría “medidas” en el futuro, en particular:

“las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen” (art. 1).

Esta fórmula, de entrada, no pasa de ser una simple cáscara con solo enunciados, sin contenido, y no puede considerarse sino como una burla a las potestades de control que tanto la Asamblea Nacional como la Sala Constitucional tienen sobre los decretos de estado de excepción; al igual que al control internacional conforme al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, al aprobarse de tal manera, y *evaluarse* el control político, judicial o internacional no se realizaría nunca sobre “las medidas” *de verdad*, que comenzarían a dictarse posteriormente y que en el decreto solo se anunciaban, aunque esas serían las que tendrían el real contenido de la emergencia, y escaparían fraudulentamente a todo control.

El decreto de estado de alarma, como estado de excepción que se regula en la Constitución, no es un acto para que quien lo dicta proceda a autorizarse a sí mismo para dictar medidas diversas e imprecisas en el futuro. El decreto de estado de alarma debe ser el que contenga las medidas; no puede ser un simple anuncio de medidas imprecisas y futuras. Su texto tiene que contener las medidas que se consideren necesarias; es decir, el decreto de estado de alarma “es” el acto que debe contener las medidas que se estime son necesarias para afrontar las circunstancias excepcionales, que no pueden atenderse con la facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos, que se consideren insuficientes –lo que además, hay que argumentar–, y por ello es que conforme a las mismas normas constitucionales citadas, el decreto de estado de alarma debe someterse al control político por parte de la Asamblea Nacional (aprobación), y al control jurídico por parte del Tribunal Supremo de Justicia

No es admisible, por tanto, una norma en un decreto de estado de alarma como la contenida en el artículo 1° del Decreto N° 4.160 de 13 de marzo de 2020, que no contiene ninguna medida específica, y que pretendió sólo anunciar que en el futuro se adoptarían medidas, puesto que de tal manera éstas escaparían a todo el control político, judicial e internacional que exige la Constitución y los instrumentos internacionales.²²

²² Debe observarse, por lo demás, que en “ejecución” del decreto de estado de alarma, se han dictado solo los siguientes decretos que no tienen en realidad relación alguna con la médula del mismo: Decreto N° 4.166 de 17 de marzo de 2020, mediante el cual se exonera del pago del Impuesto al Valor Agregado, Impuesto de Importación y Tasa por Determinación del Régimen Aduanero, así como cualquier otro impuesto o tasa aplicable, a las importaciones definitivas de bienes muebles corporales (mascarillas, tapabocas y otros insumos relacionados) realizadas por los Órganos y En-

Y mucho menos el decreto de estado de alarma, pueda ser concebido, como es el caso de del artículo 1 del Decreto 4.160, como una especie de “ley habilitante” que el Ejecutivo Nacional se dio a sí mismo; es decir, no puede ser un instrumento para que el Ejecutivo Nacional, que no ejerce el Poder legislativo, usurpando las funciones exclusivas de la Asamblea Nacional, pretenda “delegar” en el propio Poder Ejecutivo un conjunto de materias para regularlas mediante decretos leyes.

Y precisamente eso, y no otra cosa, es lo que se observa del contenido del artículo 1º del Decreto de estado de alarma, que no fue otra cosa que una inconstitucional “autorización” que Nicolás Maduro se dio a sí mismo para adoptar medidas “las medidas urgentes, efectivas y necesarias,” pero sin especificar cuáles serían, ni por qué eran necesarias ni en qué forma resultaban insuficientes las facultades de las cuales se disponían al momento de ser dictado el Decreto para “mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19).”

Lo más grave de esa especie de “ley habilitante” que Nicolás Maduro pretendió darse a sí mismo en el decreto 4.160 está en la Disposición Final Primera, en la cual se autorizó a sí mismo, a:

“dictar otras medidas de orden social, económico y sanitario que estime convenientes según las circunstancias presentadas, de conformidad con los artículos 337, 338 y 339 de la Constitución, con la finalidad de proseguir en la atención de la situación extraordinaria y excepcional que constituye el objeto de este Decreto.”

Esas normas constitucionales no autorizan a nada de eso, y mas bien exigen que en el decreto de estado de excepción se disponga todo lo necesario al respecto, en particular lo que se refiere a la restricción de garantías constitucionales y a la regulación de los parámetros normativos conforme a los cuales el derecho se ejercerá.

2. *La inconstitucionalidad del decreto de estado de alarma por autorizarse el autor a sí mismo para restringir garantías constitucionales, sin decretar formalmente dicha restricción, delegando de antemano la ejecución de las medidas a otros funcionarios*

Como hemos señalado, una de las previsiones de mayor importancia de la Constitución en esta materia de los estados de excepción es la posibilidad de que en el decreto de estado de excepción, como lo es el caso del estado de alarma, pueda decretarse la restricción temporal de “las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles,” (art. 337); lo que como antes hemos indicado, en todo caso debe ser una decisión *expresa y precisa*, incluso con la exigencia de que *en el mismo “decreto que declare el estado de excepción se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe”* (art. 339).

tes de la Administración Pública Nacional, destinados a evitar la expansión de la pandemia Coronavirus (Covid-19), en *Gaceta Oficial* N° 41.841 del 17 de marzo de 2020; Decreto N° 4.168 de 23 de marzo de 2020, por medio del cual se dictan medidas de Protección Económica, en *Gaceta Oficial* Extra No. 6.521 del 23 de marzo de 2020; Decreto N° 4.169 de 23 de marzo de 2020, por medio del cual se suspende el pago de los cánones de arrendamiento de inmuebles de uso comercial y de aquellos utilizados como vivienda principal en *Gaceta Oficial* Extra. No 6.522 del 23 de marzo de 2020.

El decreto N° 4.160 de 13 de marzo de 2020 puede considerarse que está viciado de inconstitucionalidad, al violentar esta previsión del Texto Fundamental, y el autor facultarse a sí mismo para establecer directamente restricciones de garantías constitucionales a una serie de libertades y derechos fundamentales, sin identificarlos expresamente, y sin establecer el marco normativo completo regulatorio del ejercicio de los mismos. Como lo ha expresado Gabriel Sira Santana:

“la declaratoria no puede consistir en una *caparazón vacío* que carezca de contenido cierto ya que, de permitirse ello, no habría una respuesta eficaz ante el problema planteado para facilitar su solución (idea sobre la que gira la propia noción del estado de excepción), en adición a los inconvenientes que ello acarrearía para la seguridad jurídica y los derechos e intereses de aquellos que puedan verse afectados por la declaratoria.”²³

Por otra parte, además, el decreto 4.610 también está viciado de ilegalidad, al delegar en otros la adopción de medidas restrictivas de garantías constitucionales. Como antes hemos dicho, conforme al artículo 16 de la Ley Orgánica, una vez decretado el estado de alarma, y una vez dictadas las medidas restrictivas de las garantías constitucionales con identificación precisa de las mismas y el establecimiento de su régimen de ejercicio, es que puede delegarse “...su ejecución, total o parcialmente, en los gobernadores, alcaldes, comandantes de guarnición o cualquier otra autoridad debidamente constituida, que el Ejecutivo Nacional designe” (art. 16).

Es decir, se trata de una previsión para delegar “la ejecución” de las decisiones dictadas, no para dictar medidas; muy por el contrario de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto, mediante el cual, además, Nicolás Maduro Moros estaría eludiendo su responsabilidad en la materia expresamente indicada en el artículo 232 de la Constitución al disponer que

“El Presidente o Presidenta de la República es responsable de sus actos y del cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo. Está obligado u obligada a procurar la garantía de los derechos y libertades de los venezolanos y venezolanas, así como la independencia, integridad, soberanía del territorio y defensa de la República. La declaración de los estados de excepción no modifica el principio de su responsabilidad, ni la del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, ni la de los Ministros o Ministras, de conformidad con esta Constitución y con la ley.”

En efecto, en el artículo 4 del Decreto de declaratoria del Estado de Alarma, contrario a las previsiones antes mencionadas se establece una especie de delegación general en “la Vicepresidenta Ejecutiva y los Ministros, en el marco de sus competencias materiales,” para desarrollar:

“mediante resoluciones las medidas establecidas en este Decreto que resulten necesarias para asegurar su eficaz implementación y la garantía de protección de la vida, la salud y la seguridad de los ciudadanos. Cuando fuere necesario por la concurrencia de varios despachos competentes en razón de la materia, lo harán mediante resoluciones conjuntas.”

²³ Véase Sira Santana, Gabriel, “Venezuela y el estado de alarma por el Covid-19. Consideraciones sobre el derecho de excepción venezolano y el Decreto N° 4.160, publicado en Gaceta Oficial N° 6.519 Extraordinario del 13-03-2020, por medio del cual se declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional, “a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19),” *Centro para la Integración y el Derecho Público*, 27 de marzo de 2020; p. 6 de 13. En <https://cidep.com.ve/files/reportes/reportecidep-covid.pdf>

IV. LA AUTORIZACIÓN QUE EL PRESIDENTE SE DIO A SÍ MISMO PARA RESTRINGIR LA GARANTÍA A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y TRÁNSITO, SIN IDENTIFICAR EL ARTICULO CONSTITUCIONAL QUE LA REGULA

El artículo 50 de la Constitución garantiza el derecho a la circulación y al libre tránsito, disponiendo a tal efecto que:

“Toda persona puede transitar libremente y por cualquier medio por el territorio nacional, cambiar de domicilio y residencia, ausentarse de la República y volver, trasladar sus bienes y pertenencias en el país, traer sus bienes al país o sacarlos, *sin más limitaciones que las establecidas por la ley...*”

La garantía constitucional específica de este derecho a la libre circulación y tránsito es que sólo puede restringirse su ejercicio mediante ley de la Asamblea Nacional, pudiendo sin embargo ser restringida dicha garantía mediante un decreto de estado de excepción, como el estado de alarma, en cuyo caso, tendría que ello indicarse expresamente y en el texto del decreto establecerse el régimen normativo de excepción.

En este caso del decreto 4.160 de 13 de marzo de 2020, sin embargo, nada de esto ha ocurrido, limitándose el artículo 7 a autorizarse, Nicolás Maduro a sí mismo, para –en el futuro– restringir quizás esta garantía del derecho, y con ello, escapar del control judicial y político constitucionalmente previsto.

En efecto, el artículo 7 del Decreto se limita a disponer que “el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela *podrá ordenar restricciones a la circulación* en determinadas áreas o zonas geográficas, así como la entrada o salida de éstas, cuando ello resulte necesario como medida de protección o contención del coronavirus COVID-19”

O sea, no se trata de una medida restrictiva de ninguna garantía constitucional de algún derecho o libertad, y por ello no se menciona el artículo 50 de la Constitución, sino de una especie de autorización que el autor del Decreto se está dando a sí mismo, para restringir en el futuro la garantía de dicho derecho como lo estime conveniente, evadiéndose así todo tipo de control sobre el régimen normativo que pudiera llegar a establecerse.

Es decir, no hay una restricción a una garantía, sino un anuncio a que podrá haber todas las restricciones imaginables, mediante sucesivos decretos futuros que no estarán sometidos a control alguno, en los cuales, como indica la misma norma, sin embargo, deberán observar:

“medidas alternativas que permitan la circulación vehicular o peatonal para la adquisición de bienes esenciales: alimentos, medicinas, productos médicos; el traslado a centros asistenciales; el traslado de médicos, enfermeras y otros trabajadores de los servicios de salud; los traslados y desplazamientos de vehículos y personas con ocasión de las actividades que no pueden ser objeto de suspensión de conformidad con la normativa vigente, así como el establecimiento de corredores sanitarios, cuando ello fuere necesario.”

Durante la vigencia del decreto N° 4.160 hasta que fue prorrogado, como lo advirtió Gabriel Sira Santana, ningún Decreto se dictó en la materia ni fue publicado en la *Gaceta Oficial*, “a pesar de que por los medios de comunicación se informó que a partir del 16-03-2020 la medida aplicaría para el Distrito Capital y los estados Vargas, Miranda, Zulia, Táchira, Apure y Cojedes y, desde el 17-03-2020, a todo el territorio nacional.”²⁴

²⁴ *Idem.* p. 10 de 13

El Decreto 4.160, sin embargo, en esta materia no se limitó solamente a anunciar medidas eventuales futuras, sino que reguló aspectos de la garantía que podía llegar a restringirse, precisando que:

“Cuando sea necesaria la circulación vehicular o peatonal conforme al párrafo precedente, deberá realizarse preferentemente por una sola persona del grupo familiar, grupo de trabajadores y/o trabajadoras o de personas vinculadas entre sí en función de la actividad que realizan, el establecimiento donde laboran o el lugar donde habitan. En todo caso, deberán abordarse mecanismos de organización en los niveles en que ello sea viable a fin de procurar que, en un determinado colectivo de personas, la circulación se restrinja a la menor cantidad posible de ocasiones y número de personas, y se tomen todas las previsiones necesarias para evitar la exposición al coronavirus COVID-19.”

Sin embargo, la confirmación de que en efecto se trata de anuncios de eventuales restricciones a la garantía a la libre circulación y tránsito solamente, se confirma en la última parte del artículo 7 que indica que el estricto cumplimiento de “las restricciones que fueren impuestas de conformidad con este artículo,” serán coordinadas por los Ministros del Poder Popular con competencia en materia de tránsito, relaciones interiores y transporte coordinarán con las autoridades estatales y municipales,” a cuyo efecto “podrán establecer los mecanismos idóneos para facilitar las autorizaciones para tránsito y su ágil verificación, así como las medidas de seguridad necesarias.”

La imprecisión del decreto, en todo caso, provocó que salieran “espontáneos” al ruedo a establecer restricciones a la libertad de circulación de las personas, sin competencia alguna para ello, como por ejemplo, el Alcalde del Municipio Chacao, quién dictó un decreto N° 016-2020 mediante el cual “se restringe la circulación vehicular y peatonal de habitantes y transeúntes en la Jurisdicción del Municipio Chacao, en horario comprendido desde las 4.00 pm hasta las 5.59 am, sin alguna de las justificaciones previstas en el marco del Decreto N° 2.160, mediante el cual se declaró el estado de alarma en el territorio nacional.”²⁵ Es decir, lo que no hizo quien se atribuye el carácter de Presidente lo hizo un Alcalde en su Municipio, en una forma evidentemente inconstitucional, pues es una usurpación de funciones que sólo el Presidente puede ejercer conforme a la Constitución.

Más grave aún es que los denominados Consejos Comunales, integrados por personas no electas democráticamente por sufragio, en muchas áreas urbanas, como ha sido denunciado en Caracas, hayan comenzado a asumir la ejecución de un “plan especial de control de la movilidad,” es decir, el control social total de la población, asumiendo la “responsabilidad” de emitir “Pases de Movilidad” lo que es absolutamente inconstitucional, pues en definitiva, según se denuncia, dicho “pase de movilidad estará en manos de colectivos y organismos paraestatales,” argumentándose además, que “la medida es excluyente y pone en mucho más riesgo a quienes no poseen el carnet de la patria.”²⁶ Frente a esta anomalía constitucional, Cecilia Sosa Gómez ha expresado:

“No existe potestad para imponer normas que restrinjan el ejercicio de los derechos humanos aún cuando sean para proteger y preservar la salud de la población. La Constitución es clara a este respecto. Por tanto, ni alcalde, ni gobernador y menos organizaciones como los CLAP,

²⁵ Véase en *Gaceta Municipal* Extraordinario 8972 de 3 de abril de 2020.

²⁶ Se ha argumentado además que “los consejos comunales están asignando estos “pases” a quienes porten ese instrumento de control social, dejando la posibilidad de que quien no lo posea sea víctima de detención arbitraria o simplemente está destinado al confinamiento en su hogar sin la posibilidad de salir a abastecerse.” Véase el en el reportaje de Axel Daniel Suárez Arias, “Plan Catia 2020, otra estrategia inconstitucional del régimen,” 13 de abril de 2020, en <https://www.todosahora.com/venezuela/plan-catia-2020-estrategia-del-regimen/>.

las cuales están integradas y en manos de ciudadanos, podrán asumir competencias enmarcadas en este decreto... Si revisamos su objeto (de los CLAP y consejos comunales) éstos solo deberían concentrarse en la distribución de alimentos y asuntos que nada tienen que ver con el tema del decreto. [Esas organizaciones] en ningún caso [pueden] establecer por sí mismo esta lista de órdenes a la ciudadanía. Es completamente inconstitucional. [...] en ningún caso [esas organizaciones pueden] dictar por su sola voluntad estas pautas que aparecen como Plan Catia 2020. Menos asumir capacidades para imponer sanciones.”²⁷

De allí la preocupación expresada el 9 de abril de 2020 por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, Michelle Bachelett al indicar que le:

“preocupa profundamente la adopción por parte de algunos países de poderes ilimitados de emergencia, no sujetos a revisión,” [añadiendo que en algunos casos] “la epidemia se está usando para justificar cambios represivos de la legislación convencional, que seguirán en vigor mucho después del final de esta emergencia.”²⁸

Pero el Decreto 4.160 no se limitó a afectar el derecho a la libre circulación y tránsito dentro del territorio nacional, autorizando al propio autor del mismo a dictar decretos restrictivos en el futuro, sino que también se refiere a la libertad de circulación hacia y desde el exterior que garantiza el artículo 50 de la Constitución, estableciendo, de nuevo una autorización a sí mismo, para restringirlo.

En tal sentido, el artículo 15 del decreto dispone que:

“Artículo 15. El Ejecutivo Nacional podrá suspender los vuelos hacia territorio venezolano o desde dicho territorio por el tiempo que estime conveniente, cuando exista riesgo de ingreso de pasajeros o mercancías portadoras del coronavirus COVID-19, o dicho tránsito represente riesgos para la contención del virus.”

Sobre esto, sin embargo, debe observarse que en violación a la Constitución, antes de decretar el Estado de alarma, el Presidente de la República, como fue anunciado en la prensa, el día 12 de marzo de 2020, ya había dado la orden de

“la suspensión por un mes de todos los vuelos a Venezuela desde Europa y Colombia, tras declarar una “emergencia” por la pandemia mundial de coronavirus, aunque dijo que aún no hay casos confirmados en el país petrolero.”

*“He decidido suspender hasta por un mes todos los vuelos provenientes de Europa y de Colombia”, anunció Maduro, sin dar más detalles sobre la aplicación de esa resolución, en una declaración ante la prensa en el palacio presidencial de Miraflores.”*²⁹

²⁷ Véase en el mismo reportaje de Axel Daniel Suárez Arias, “Plan Catia 2020, otra estrategia inconstitucional del régimen,” 13 de abril de 2020, en <https://www.todosahora.com/venezuela/plan-catia-2020-estrategia-del-regimen/>

²⁸ Véase el reportaje: “Bachelet: Hay gobiernos que se aprovechan del Covid-19 para hacer «cambios represivos»,” en *Tal Cual*, 9 de abril de 2020, en <https://talcualdigital.com/bachelet-hay-gobiernos-que-se-aprovechan-del-covid-19-para-hacer-cambios-represivos/>

²⁹ Véase el reportaje “Maduro suspende vuelos a Venezuela desde Europa y Colombia por coronavirus,” AFP, 12/03/2020, en <https://www.msn.com/es-co/noticias/mundo/maduro-suspende-vuelos-a-venezuela-desde-europa-y-colombia-por-coronavirus/ar-BB116Eui>. En el mismo sentido el reportaje de Gonzalo Solano, Associated Press, “Argentina, Bolivia, Ecuador y Venezuela imponen restricciones por virus,” March 12, 2020, en <https://www.chicagotribune.com/espanol/sns-es-argentina-bolivia-ecuador-restricciones-coronavirus-20200312-prpaqlwv6zetjexdmhy2ykrqjq-story.html>. Sin embargo, el domingo 15 de marzo, cuando aún no se conocía el contenido del Decreto (que solo circuló el 17 de marzo), el Ministro Jorge Rodríguez anunciaba la suspensión inmediata, desde ese mismo día, de los vuelos con Panamá y República Dominicana.

Más allá de esta ejecución del decreto de alarma *antes de que fuera decretado*, debe destacarse de su contenido que en el mismo, luego de que Nicolás Maduro se autorizase a sí mismo a tomar medidas restrictivas de garantías hacia el futuro, a renglón seguido establece una especie de delegación para que las medidas restrictivas “de suspensión” de vuelos internacionales sean dispuestas mediante Resolución por el Ministro del Poder Popular con competencia en materia de transporte aéreo, “cumplidos los extremos necesarios en orden jurídico internacional relativo a aviación civil.”

De nuevo esta “delegación” es violatoria del artículo 16 de la ley Orgánica de los Estados de Excepción que prevé la posibilidad de que una vez decretado el Estado de alarma, y tomadas las medidas restrictivas que contenga, pueda luego delegarse “su ejecución, total o parcialmente gobernadores, alcaldes, comandantes de guarnición o cualquier otra autoridad debidamente constituida, que el Ejecutivo Nacional designe” (art. 16).

Por lo demás, a pesar de la misma delegación, la informalidad es lo que ha caracterizado la ejecución de esta restricción, al punto de que como lo informó Gabriel Sira Santana, fue sólo el 14 de marzo de 2020, “a través de la cuenta en Twitter del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil como autoridad aeronáutica venezolana (@INAC_Venezuela)”, que se anunció “que habían sido suspendidos todos los vuelos de aviación general y vuelos comerciales desde Europa y Colombia desde el 13-03-2020 por treinta días (lo que consta en NOTAM 0155/20 como único *acto oficial* en la materia). Al día siguiente se sumarían Panamá y República Dominicana por NOTAM 156/20 y, finalmente comunicarse el 17-03-2020 por NOTAM A0161/20 que la suspensión aplicaba a todos los vuelos independientemente de su lugar de origen o destino que aterrizaran o despegaran del país, permitiéndose solo el sobrevuelo y aterrizaje de carga y correo.³⁰

IV. LA AUTORIZACIÓN QUE EL AUTOR DEL DECRETO SE DA SÍ MISMO PARA RESTRINGIR LA GARANTÍA A LA LIBERTAD ECONÓMICA Y DEL DERECHO AL TRABAJO, SIN IDENTIFICAR LOS ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES QUE LAS REGULAN

El artículo 112 de la Constitución garantiza la libertad económica y el derecho a realizar actividades económicas, disponiendo a tal efecto que:

“Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social...”.

La garantía constitucional específica de este derecho al libre ejercicio de las actividades económicas es que sólo puede limitarse su ejercicio mediante ley de la Asamblea Nacional, por las razones allí especificadas, pudiendo sin embargo ser limitada dicha garantía mediante un decreto de estado de excepción, como el estado de alarma dictado por razones de sanidad, en cuyo caso, tendría que ello indicarse expresamente y en el texto del decreto establecerse el régimen normativo de excepción.

³⁰ Véase Sira Santana, Gabriel, “Venezuela y el estado de alarma por el Covid-19. Consideraciones sobre el derecho de excepción venezolano y el Decreto N° 4.160, publicado en Gaceta Oficial N° 6.519 Extraordinario del 13-03-2020, por medio del cual se declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional, “a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19),” *Centro para la Integración y el Derecho Público*, 27 de marzo de 2020, pp. 11 de 13 y 12 de 13. En <https://cidep.com.ve/files/reportes/reportecidep-covid.pdf>

Por su parte, el artículo 87 de la Constitución garantiza el derecho al trabajo, disponiendo a tal efecto que:

“Toda persona tiene derecho al trabajo ... La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca

En este caso, también, la garantía constitucional específica de este derecho al trabajo es que sólo puede restringirse su ejercicio mediante ley de la Asamblea Nacional, pudiendo sin embargo ser restringida dicha garantía mediante un decreto de estado de excepción, como el estado de alarma, en cuyo caso, tendría que ello indicarse expresamente, y en el texto del decreto establecerse el régimen normativo de excepción a aplicarse.

En este caso del Decreto 4.160 de 13 de marzo de 2020, sin embargo, nada de esto ocurrió, limitándose el artículo 8, a autorizar a Nicolás Maduro mismo para, en el futuro, restringir estas garantías a dichos derecho, y con ello, escapar del control judicial y político constitucionalmente previsto.

En efecto, el artículo 8 del Decreto se limita a disponer que el Presidente de la República “*podrá ordenar la suspensión de actividades* en determinadas zonas o áreas geográficas,” agregando que dicha suspensión, implicará “la suspensión de las actividades laborales cuyo desempeño no sea posible bajo alguna modalidad a distancia que permita al trabajador desempeñar su labor desde su lugar de habitación.”

O sea, no se trata de una medida restrictiva de ninguna garantía constitucional de algún derecho o libertad, y por ello no se mencionan los artículos 112 y 87 de la Constitución, sino de una especie de autorización del autor del decreto a sí mismo, para restringir en el futuro la garantía de dichos derechos como lo estime conveniente, evadiéndose así todo tipo de control sobre el régimen normativo que se establezca.

En todo caso, conforme a esa autorización que se da a sí mismo el Presidente para adoptar medidas futuras, el propio decreto estableció en su artículo 9, una excepción respecto de actividades que “no serán objeto de suspensión,” enumerándose las siguientes:

- “1. Los establecimientos o empresas de producción y distribución de energía eléctrica, de telefonía y telecomunicaciones, de manejo y disposición de desechos y, en general, las de prestación de servicios públicos domiciliarios.
2. Los expendios de combustibles y lubricantes.
3. Actividades del sector público y privado prestador de servicios de salud en todo el sistema de salud nacional: hospitales, ambulatorios, centros de atención integral y demás establecimientos que prestan tales servicios.
4. Las farmacias de turno y, en su caso, expendios de medicina debidamente autorizados.
5. El traslado y custodia de valores.
6. Las empresas que expenden medicinas de corta duración e insumos médicos, dióxido de carbono (hielo seco), oxígeno (gases o líquidos necesarios para el funcionamiento de centros médicos asistenciales).
7. Actividades que conforman la cadena de distribución y disponibilidad de alimentos perecederos y no perecederos a nivel nacional.
8. Actividades vinculadas al Sistema Portuario Nacional.
9. Las actividades vinculadas con el transporte de agua potable y los químicos necesarios para su potabilización (sulfato de aluminio líquido o sólido), policloruro de aluminio, hipoclorito de calcio o sodio gas (hasta cilindros de 2.000 lb o bombonas de 150 lb).

10. Las empresas de expendio y transporte de gas de uso doméstico y combustibles destinados al aprovisionamiento de estaciones de servicio de transporte terrestre, puertos y aeropuertos.

11. Las actividades de producción, procesamiento, transformación, distribución y comercialización de alimentos perecederos y no perecederos, emisión de guías únicas de movilización, seguimiento y control de productos agroalimentarios, acondicionados, transformados y terminados, el transporte y suministro de insumos para uso agrícola y de cosechas de rubros agrícolas, y todas aquellas que aseguren el funcionamiento del Sistema Nacional Integral Agroalimentario.”

Como hemos dicho, estas previsiones del decreto N° 4.160 de 13 de marzo de 2020 puede considerarse que violan la Constitución la cual, como antes hemos indicado, exige que el en *“decreto que declare el estado de excepción se regulará el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe”* (art. 339), lo que no ha ocurrido, pues se trata de normas que autorizan acciones a futuro y que escapan del control judicial y político. Adicionalmente, es también inconstitucional, por delegar en la Vicepresidenta Ejecutiva, “en consulta con los Ministros del Poder Popular que conforman el Gabinete Ejecutivo con competencia en materia de salud, defensa, relaciones interiores, transporte, comercio, alimentación y servicios públicos domiciliarios,” para que pueda “ordenar mediante Resolución la suspensión de otras actividades, distintas a las indicadas en este artículo cuando ello resulte necesario para fortalecer las acciones de mitigación de los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19).” Como antes ya hemos dicho, conforme al artículo 16 de la Ley Orgánica, una vez decretado el estado de alarma, y una vez dictadas las medidas restrictivas de las garantías constitucionales con identificación precisa de las mismas y el establecimiento de su régimen de ejercicio, es que puede delegarse *“su ejecución, total o parcialmente, en los gobernadores, alcaldes, comandantes de guarnición o cualquier otra autoridad debidamente constituida, que el Ejecutivo Nacional designe”* (art. 16). No puede delegarse una actividad que ni siquiera se ha ejercido, antes de ejercerla.

V. LA RESTRICCIÓN DE LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DEL DERECHO A EDUCAR, SIN IDENTIFICAR LOS ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES QUE LAS REGULAN, ESTABLECIDA DIRECTAMENTE EN EL DECRETO DE ESTADO DE ALARMA

La Constitución garantiza en sus artículos 102 y 106 el derecho a la educación y a educarse, y en ausencia de precisiones en la Ley Orgánica de Educación que regulen los efectos de circunstancias excepcionales como las derivadas de la pandemia del Coronavirus, sin duda era necesaria la restricción de las garantías de esos derechos para poder suspender las actividades docentes en el país. Ello lo hizo el decreto N° 4.160 de 13 de marzo de 2020, pero sin decirlo ni expresarlo formalmente, al establecer directamente en su artículo 11, la suspensión de:

“las actividades escolares y académicas en todo el territorio nacional a partir del día lunes 16 de marzo de 2020, a los fines de resguardar la salud de niñas, niños y adolescentes, así como de todo el personal docente, académico y administrativo de los establecimientos de educación pública y privada.”

A los efectos de implementar esta medida, el mismo artículo dispuso que los Ministros y Ministras del Poder Popular con competencia en materia de educación, en cualquiera de sus modalidades y niveles, deben:

“coordinar con las instituciones educativas oficiales y privadas la reprogramación de actividades académicas, así como la implementación de modalidades de educación a distancia o no presencial, a los fines de dar cumplimiento a los programas educativos en todos los niveles.

A tal efecto, quedan facultades para regular, mediante Resolución, lo establecido en este aparte.”

Debe mencionarse, sin embargo, que en medio del desorden administrativo del régimen, el Gobernador del Estado Miranda, con fecha 12 de marzo de 2020, es decir, antes de la fecha del decreto 4.610 de estado de alarma que es el 13 de marzo de 2020, dictó un inconstitucional Decreto N° 2020-0054 en el cual además de “*declarar el estado de emergencia* en todo el territorio del Estado Miranda, con el objetivo de tomar acciones a fin de prevenir, mitigar y atender la propagación del Covid-19 (Coronavirus),” y de “exhortar” al pueblo mirandino tanto el “evitar la realización de concentraciones, reuniones y eventos públicos,” como a “permanecer en sus hogares y resguardar a sus familiares,” procedió sin competencia alguna para ello, a “*suspender las actividades en todos los niveles y modalidades del Sistema Educativo* a partir del día lunes 16 de marzo, hasta nuevo aviso.”³¹

No se percató el Gobernador que las competencias relativas a la declaratoria de estados de excepción en la Constitución, como antes se ha analizado, son de la exclusiva competencia del Poder Nacional, habiéndose regulado en la Ley Orgánica de los Estados de Excepción. Tampoco se percató el Sr. Gobernador que en el régimen constitucional venezolano, el régimen de la federación en la Constitución de 1999 resultó más centralista que en que antes existía, habiéndose vaciado a los Estados de materialmente toda competencia,³² y la que les quedó asignada como competencia exclusiva, la Sala Constitucional se ha encargado de centralizarla.³³

En otras Federaciones, en contraste, en situaciones de excepción como la originada por la pandemia del Coronavirus, las competencias constitucionales para enfrentarla están compartidas entre el nivel federal y el nivel de los Estados, como es el caso de los Estados Unidos, habiéndose incluso, en concreto, planteado conflictos constitucionales entre las pretensiones del Presidente Donald Trump y competencias de los Gobernadores de Estado para levantar las medidas restrictivas de los derechos de los ciudadanos adoptadas.³⁴

³¹ Publicado en la *Gaceta Oficial* del Estado Miranda N° 5052 de 13 de marzo de 2020.

³² Véase Brewer-Carías, Allan R. *Federalismo y municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Público, N° 7, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001.

³³ Véase Brewer-Carías, Allan R. “La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción constitucional: la “reforma” de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional,” en *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Maestría en Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA, Lima 2009, tomo 1, pp. 29-51.

³⁴ Véase un resumen de los temas y discusiones constitucionales planteados en los siguientes reportajes de Julie Bosman, “Governors Insist The Next Moves Belong to Them,” en *The New York Times*, New York, April 15, 2020, p. 1; y el artículo de William A. Galston, “Trump Flunks Federalism 101,” en *The Wall Street Journal*, New York, April 15, 2020, p. A15.

VI. LA RESTRICCIÓN DE LA GARANTÍA A LA LIBERTAD ECONÓMICA, DEL DERECHO AL TRABAJO, DEL DERECHO DE REUNIÓN Y DEL DERECHO DE PROPIEDAD, SIN IDENTIFICAR LOS ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES QUE LAS REGULAN, ESTABLECIDA DIRECTAMENTE EN EL DECRETO DE ESTADO DE ALARMA

En contraste con los anuncios antes referidos de posibilidad de restricción futura de las garantías constitucionales a los derechos al libre ejercicio de la libertad económica y del trabajo, el decreto N° 4.160 del 13 de marzo de 2020, en cambio sí estableció directamente –pero sin decirlo ni expresarlo formalmente–, restricciones a las garantías constitucionales a dichos derechos, además de la garantía constitucional al derecho de reunión (art. 53 Constitución), al establecer la suspensión de diversas actividades y en determinadas modalidades en el país.

Primero, conforme al artículo 12 del decreto, el Presidente de la República dispuso que:

“se suspende en todo el territorio nacional la realización de todo tipo de *espectáculos públicos, exhibiciones, conciertos, conferencias, exposiciones, espectáculos deportivos y, en general, cualquier tipo de evento de aforo público o que suponga la aglomeración de personas.*”

Sin embargo, de acuerdo con la propia norma se establece una excepción general y es que no serán objeto de dicha suspensión:

“las actividades culturales, deportivas y de entretenimiento destinadas a la distracción y el esparcimiento de la población, siempre que su realización *no suponga aforo público*. Los establecimientos donde se realicen este tipo de actividades podrán permanecer parcialmente abiertos, pero bajo ningún concepto podrán disponer sus espacios para presentaciones al público.”

En esta materia específica, el Decreto dispuso que el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz deberá realizar “las coordinaciones necesarias con las autoridades el ámbito municipal para el cumplimiento estricto de esta disposición.

Segundo, en el mismo artículo 12 del Decreto, se dispuso otra restricción a las garantías constitucionales de los derechos al libre ejercicio de las actividades lucrativas, al trabajo y de reunión, al disponer que “*permanecerá cerrados*” “entre otros,” los siguientes establecimientos:

“los cafés, restaurantes, tascas, bares, tabernas, heladerías, teatros, cines, auditorios, salones para conferencias, salas de conciertos, salas de exhibición, salones de fiesta, salones de banquetes, casinos, parques infantiles, parques de atracciones, parques acuáticos, ferias, zoológicos, canchas, estadios y demás instalaciones para espectáculos deportivos con aforo público de cualquier tipo.”

Sin embargo, en cuanto a los establecimientos dedicados al expendio de comidas y bebidas, en el artículo 13 del Decreto se estableció como excepción, que los mismos:

“podrán permanecer abiertos prestando servicios exclusivamente bajo la modalidad de reparto, servicio a domicilio o pedidos para llevar. Pero no podrán prestar servicio de consumo servido al público en el establecimiento, ni celebrar espectáculos de ningún tipo. Las áreas de dichos establecimientos destinadas a la atención de clientes o comensales para consumo in situ, o para la presentación de espectáculos, permanecerán cerradas.”

En esta materia, además, también en violación de lo dispuesto en el artículo 16 de la ley Orgánica, en el Decreto se procedió a delegar al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud, en coordinación con los Ministerios con competencia en materia de alimentación y comercio, la regulación de las previsiones establecidas en el decreto; precisando incluso que:

“De ser necesario, establecerán también la regulación especial para establecimientos públicos, o privados de beneficencia pública, comedores para trabajadores y otros en los cuales se disponga de espacios de aforo público para comensales.”

Tercero, el artículo 14 del decreto 6.160 estableció que “los parques de cualquier tipo, playas y balnearios, públicos o privados, se mantendrán cerrados al público.”

Y *cuarto*, por último, el decreto No 4.160 del 13 de marzo de 2020, también estableció directamente, pero sin decirlo ni expresarlo formalmente, restricciones a las garantías constitucionales al derecho a la libertad económica y al derecho al trabajo, y además a la garantía del derecho de propiedad (que es que conforme al artículo 115 la propiedad solo puede estar “sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones *que establezca la ley* con fines de utilidad pública o de interés general”), al establecer directamente en el artículo 17 que el Ministerio del Poder Popular para la Salud, “en su carácter de autoridad pública de salud de la más alta dirección” puede “designar o requerir” que los establecimientos de atención médica, hospitales, clínicas y ambulatorios privados,

“como hospitales de campaña o centinela en materia de coronavirus COVID-19, no estando sujetos a horario, turno o limitación de naturaleza similar.”

Además, se dispuso en la misma norma que, en todo caso:

“el Ministro del Poder Popular para la Salud, cuando lo estime conveniente para la mejor ejecución de este Decreto, girará las instrucciones necesarias o efectuará los requerimientos indispensables a los centros de salud, clínicas, laboratorios y demás establecimientos privados de prestación de servicios de salud, los cuales están en la obligación de atender dichas instrucciones y requerimientos prioritariamente.”

VII. LA RESTRICCIÓN A LA GARANTÍA A LA LIBERTAD PERSONAL, SIN IDENTIFICAR EL ARTICULO CONSTITUCIONALES QUE LA REGULA, ESTABLECIDA DIRECTAMENTE EN EL DECRETO DE ESTADO DE ALARMA

En contraste con los anuncios antes referidos de posibilidad de restricción futura de garantías constitucionales de varios derechos constitucionales, el decreto No 4.160 del 13 de marzo de 2020, en cambio, sí estableció directamente, pero sin decirlo ni expresarlo formalmente, restricciones a la garantía de la libertad personal, al imponer con toda lógica el uso de mascarillas obligatorio, y el aislamiento obligatorio de personas afectadas con el Coronavirus o que hayan estado expuestas a pacientes sospechosos o confirmados de haber contraído el Coronavirus.

En esta materia, se le olvidó a quien ejerce la Presidencia de la República que el estado de alarma, como todos los estados de excepción, conforme al artículo 337 de la Constitución, solo debe dictarse cuando “*las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos resultan insuficientes,*” siendo precisamente la materia de salud y de atención de enfermedades como el Coronavirus, que encaja en las denominadas como de “Enfermedades de Notificación Obligatoria,” un campo en el cual la legislación vigente desde hace casi cien años regula suficientes poderes para dictarse las medidas que se indican en el decreto.

En esta materia, en efecto, quienes redactaron el Decreto desconocen o se les olvidó que desde los años cuarenta del siglo pasado y en ejecución de la vieja Ley de Sanidad Nacional, se dictó el Reglamento de las Enfermedades de Denuncia Obligatoria (Enfermedades de Notificación Obligatoria, en la terminología contemporánea), en la cual no solo se enumera las “influenzas” como una de ellas, de notificación “inmediata,” sino que se precisa que al listado incluido en el Reglamento el Ministerio de Sanidad puede agregar otras enfermedades, como sin duda es la afección respiratoria intensa producida por el Virus COVID-19. En realidad, no era necesario decretar un “estado de alarma” para identificar una Enfermedad de Notificación Obligatoria como la del Coronavirus, y menos aún para poder establecer restric-

ciones a la libertad personal respecto de las personas afectadas por la misma o expuestas a la misma. Bastaba recurrir al viejo Reglamento de Enfermedades de Denuncia Obligatoria, para constatar cómo, en el mismo, se regulan las restricciones a la libertad de transitar y se cómo regula además, la figura del aislamiento (cuarentena) obligatorio para personas afectadas de la enfermedad.

Pero ignorando estas regulaciones, o en ejecución de las mismas sin saberlo o decirlo, el decreto 4.160 de 12 de marzo de 2020 estableció diversas restricciones a la garantía de la libertad personal, y entre ellas, las siguientes:

Primero, en el artículo 10, se ordenó “*el uso obligatorio de mascarillas que cubran la boca y nariz*” en los siguientes casos:

1. En todo tipo de transporte público terrestre, aéreo o marítimo, incluidos los sistemas metro, Metrobús, metrocable, cabletren y los sistemas ferroviarios.
2. En terminales aéreas, terrestres y marítimas.
3. En espacios públicos que, por la naturaleza de las actividades que en ellos se realizan, deban concurrir un número considerable de personas, mientras no sea suspendida dicha actividad.
4. En las clínicas, hospitales, dispensarios, ambulatorios, consultorios médicos, laboratorios y demás establecimientos que presten servicios públicos o privados de salud, así como en los espacios adyacentes a éstos.
5. En supermercados y demás sitios públicos no descritos.”

A los efectos de la ejecución de esta restricción, el decreto se limitó a instruir “a las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana, salud y defensa integral de la nación a tomar las previsiones necesarias para hacer cumplir esta regulación.”

Segundo, en el artículo 23 del decreto se establecieron *restricciones a las garantías de la libertad personal y de circulación consistentes en la imposición de aislamiento o cuarentena obligatorios* para “*todos los pacientes sospechosos de haber contraído el coronavirus que causa la COVID-19, así como aquellos en los cuales se hubiere confirmado tal diagnóstico por resultar positivo conforme a alguno de los tests debidamente certificados para la detección de la COVID-19 o de alguna de sus cepas,*” quienes tienen la obligación de permanecer:

“en cuarentena y en aislamiento hasta que se compruebe mediante dicho test que ya no representa un riesgo para la propagación del virus, aun cuando presenten síntomas leves.”

Igualmente, en el artículo 24 del decreto, se estableció, también como obligación de permanecer en cuarentena o aislamiento por un plazo de dos (2) semanas, a las personas que hubieren estado expuestas a pacientes sospechosos o confirmados de haber contraído el coronavirus que causa la COVID-19, en casos tales como:

1. Haber tenido contacto directo con el paciente infectado o sospechoso de haber contraído el virus en razón de actividades profesionales, técnicas o laborales asociadas a la atención médica o sanitaria.
2. La visita a pacientes enfermos o bajo sospecha de estarlo.
3. Haber permanecido en un mismo entorno con pacientes enfermos, o bajo sospecha de estarlo, ya sea con ocasión de actividades laborales, académicas, profesionales o relaciones sociales de cualquier tipo.
4. Haber viajado en cualquier tipo de nave, aeronave o vehículo con un paciente afectado o sospechoso de serlo.

5. Haber convivido en el mismo inmueble con un paciente con COVID-19 en los 14 días posteriores a la aparición de sus primeros síntomas.
6. Haber tenido contacto directo con las personas indicadas en algunos de los numerales precedentes.
7. Quienes sean notificados por el Ministerio del Poder Popular de la Salud como un posible portador de la COVID-19, a cuyo efecto el Ministerio puede “servirse de las modalidades de las tecnologías de la información que considere convenientes.”

En cuanto a estas figuras de cuarentena y aislamiento, la diferencia clásica entre ellas es que la primera puede ordenarse en lugares *específicos*, y el aislamiento generalmente ocurre en el domicilio de la persona.³⁵ En todo caso, el Decreto dispuso que las condiciones tanto de la cuarentena como del aislamiento debían ser desarrolladas por el Ministerio del Poder Popular para la Salud, y divulgadas ampliamente a nivel nacional (art. 25); agregando respecto de la cuarentena que “las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana, salud y defensa integral de la nación dispondrán los espacios que servirán de aislamiento para los casos de cuarentena que se requieran” (art. 29).

En todo caso, y a pesar de la indicación enumerativa de los supuestos en los cuales debía ocurrir la cuarentena o aislamiento, de hecho lo que ocurrió fue que toda la población, y no solamente a los enfermos o quienes fueran sospechosos de estar enfermos o hubieran tenido contacto con alguno de los anteriores, fue compelida a estar en aislamiento.

En todo caso, tratándose de medidas restrictivas de la libertad personal, el artículo 26 del decreto dispuso que el cumplimiento de la cuarentena o el aislamiento antes indicados “es de carácter obligatorio y se requerirá al sujeto su cumplimiento voluntario.” Sin embargo, y para esto sin duda si era necesario que se restringiera la garantía de la libertad personal –lo que sin embargo no hizo el decreto–, dispuso la norma que:

“ante la negativa de cumplimiento voluntario por parte de la persona obligada a permanecer en cuarentena o aislamiento, las autoridades competentes en materia de seguridad ciudadana, salud y defensa integral de la nación deberán tomar todas las previsiones necesarias para mantenerlo en las instalaciones médicas o las que se dispongan para tal fin, en sus residencias o bajo medidas alternativas especiales, si fuere autorizado, o trasladarlo a alguno de dichos lugares si no se encontrare en alguno de ellos.”

Debe mencionarse, en todo caso, que de nuevo ignorando la existencia de disposiciones relativas a las Enfermedades de Notificación o Denuncia Obligatoria, o para ser redundante con ellas, el Decreto dispuso que todas las personas que se encuentren en los supuestos previstos en los artículos 23 y 24 del Decreto antes indicadas:

“están obligadas a proveer oportunamente a las autoridades competentes en materias de salud, seguridad ciudadana, o de defensa integral de la nación, toda información que sirva a los fines de determinar la forma de contagio a la que estuvo expuesta y el alcance que pudiera haber tenido como agente de propagación.

A los efectos de la estandarización de la información a recolectar, el Ministerio del Poder Popular para la Salud elaborará los respectivos cuestionarios para su distribución a las autoridades competentes e inmediata disponibilidad mediante acceso electrónico.

La información aportada conforme a lo establecido en este artículo solo podrá ser utilizada con el objeto de realizar el seguimiento de la localización del avance del coronavirus CO-

³⁵ Véase lo que escribí en la materia hace ya casi 60 años en el curso de Derecho Administrativo Especial, en Brewer-Carías, Allan R. *Derecho Administrativo. Escritos de Juventud (1959-1964)*, Editorial Jurídica Venezolana 2013, pp. 490-494.

VID-19, tomar las medidas especiales de protección a favor del aportante, o de las personas o comunidades que pudieren haber resultado afectadas, y cualquier otra medida relativa a la ejecución de este Decreto.

De ninguna manera podrá ser utilizada la información con fines distintos a los previstos en este artículo, ni divulgada la información personal de manera alguna, o utilizada en procedimientos o procesos administrativos o judiciales de ningún tipo distintos a los procedimientos de control del coronavirus COVID-19.”

Y tercero, en el artículo 5 del decreto se estableció una muy importante *restricción a la garantía de la libertad personal* y al establecerse la obligación de las personas naturales, así como las personas jurídicas privadas, de “prestar su concurso cuando, por razones de urgencia, sea requerido por las autoridades competentes,” pero sin indicarse cómo y en qué forma pueden ser requeridas y qué tipo de “concurso” han de prestar. Lo cierto es que la Constitución en su artículo 134 establece que en Venezuela las personas, “tiene el deber de prestar los servicios civiles necesarios para hacer frente a situaciones de calamidad pública” lo que solo puede exigirse “de conformidad con la ley,” no pudiendo nadie ser “sometido a reclutamiento forzoso.” Si con el Decreto 4.160 se pretendió restringir esta garantía, la única forma en que ello pudo haberse materializado era estableciendo la regulación necesaria en el propio decreto, regulándose directamente el régimen legal aplicable en el caso de la situación de alarma, lo que no se hizo.

VIII. LA RESTRICCIÓN A LA GARANTÍA A LA INVOLABILIDAD DEL HOGAR DOMÉSTICO, SIN IDENTIFICAR EL ARTICULO CONSTITUCIONALES QUE LA REGULA, ESTABLECIDA DIRECTAMENTE EN EL DECRETO DE ESTADO DE ALARMA

El artículo 47 de la Constitución, luego de declarar que el “hogar doméstico y todo recinto privado de persona son inviolables,” dispone específicamente, que “las visitas sanitarias que se practiquen, de conformidad con la ley, sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios o funcionarias que las ordenen o hayan de practicarlas.”

Con sujeción a esta limitación constitucional, el artículo 28 del Decreto 4.160, sin hacer referencia alguna a la misma, sin embargo dispuso la posibilidad de que se verifiquen visitas sanitarias, autorizando a “los órganos de seguridad pública” “a realizar en establecimientos, personas o vehículos las inspecciones que estimen necesarias cuando exista fundada sospecha de la violación de las disposiciones de este Decreto.”

Como consecuencia de estas inspecciones o visitas, dichas autoridades, conforme se indica en el Decreto 4.160, deben:

“tomar las medidas inmediatas que garanticen la mitigación o desaparición de cualquier riesgo de propagación o contagio del coronavirus COVID-19 como consecuencia de la vulneración de alguna de las medidas contenidas en este instrumento o las que fueren dictadas por las autoridades competentes para desarrollarlo.

El Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz deberá establecer los parámetros de actuación adecuada aplicables a la situación particular que plantea la atención de la epidemia del coronavirus COVID-19.”

APRECIACIÓN GENERAL

El régimen de un estado de excepción y en particular de alarma como la originada por la pandemia del Coronavirus, es un asunto serio constitucionalmente hablando, pudiendo justificarse su decreto, solo, única y exclusivamente porque para atender “las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad

de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas” derivadas de la pandemia, “*resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos*” (art. 337).

Este es el elemento clave y fundamental para justificar un estado de excepción, lo cual no solo debe fundamentarse en el decreto que lo dicte, sino que debe explicarse y motivarse en el mismo para demostrar su necesidad.

Además, si esas medidas que se pretende adoptar porque las facultades legales de los entes públicos no resultan suficientes para hacer frente a los hechos, para poder dictarlas, si exceden de lo que está previsto y regulado en las leyes, resulta ineludible e indispensable entonces, para poder dictarlas, hacer uso de la potestad de restringir las garantías constitucionales de los derechos, como lo indica el artículo 337 de la Constitución, particularmente la garantía de la reserva legal para regular las limitaciones y restricciones de los derechos. Sin embargo, en el Decreto N° 4.160, no se restringió garantía constitucional alguna, por lo que por una parte, las “medidas” que anunció solo podrían realizarse en el marco de la legislación vigente; y por la otra, las medidas que efectivamente impuso restrictivas de las garantías de los derechos carecen de base constitucional.

Es decir, mediante el peculiar “estado de alarma” decretado en el Decreto N° 4.160, el Nicolás Maduro sin restringir garantía constitucional alguna, se asignó a sí mismo la potestad de dictar “las medidas que considere convenientes,” para enfrentar la pandemia, y decretó otras medidas restrictivas directamente, pretendiendo con ello solamente dictar actos administrativos en ejecución de las leyes vigentes, no pudiendo dictar como sin duda fue la intención, previsiones que modifiquen las que están previstas en leyes, pues no restringió expresamente garantía constitucional alguna.

Descartada la posibilidad constitucional de que quien invoca ser Presidente pueda entonces, en este caso, dictar actos con valor y rango de “ley,” por la ausencia de decisión sobre la restricción de garantías constitucionales, en realidad con el decreto lo único que podría hacer es ejecutar las competencias previstas y *regulados en las leyes vigentes*, lo que ciertamente en algunos casos puede resultar insuficiente para los fines propuestos.

Por todo ello, es bueno recordar, como lo ha indicado William Zambrano, que aún en situaciones de estado de alarma, “el Estado de derecho no puede estar en cuarentena,” para lo cual, precisamente:

“las constituciones tienen previstos mecanismos excepcionales de decisión y controles adaptados a los escenarios de emergencia, que permiten responder cabalmente a la situación, pero que hacen posible, aun en estas circunstancias, la limitación del poder y la protección por jueces y tribunales independientes de las garantías constitucionales.”³⁶

³⁶ Véase Zambrano, William, “Cuarentena y Estado de derecho,” en *El Nuevo Siglo*, Bogotá, 14 de abril de 2020, en <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/04-2020-cuarentena-y-estado-de-derecho>.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Primer Semestre de 2020

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández
Abogada
Secretaria de Redacción de la Revista

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Ordenamiento Jurídico. Estados de excepción.* A. Estados de excepción. Régimen Constitucional. B. Estados de excepción. Naturaleza del Decreto. C. Estados de excepción. Efectos del Decreto respecto de la Legislación vigente. D. Estados de excepción: Estado de alarma.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Derechos Individuales.* A. Derecho de Igualdad. 2. *Derechos Políticos.* A. Derecho al sufragio. Sistema Electoral de los Diputados: Personificación del sufragio y representación proporcional. B. Sistema Electoral. Diputados por representación Indígena.

III. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo.* A. Principio de la confianza legítima. 2. *Actos Administrativos.* A. Notificación. 3. *Vicios.* A. Vicio de inmotivación por silencio de prueba. B. Vicios de Inmotivación y falso supuesto. C. Vicios de falso supuesto.

IV. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación.* A. Medidas Cautelares. Suspensión de efectos del acto administrativo.

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Control de la Constitucionalidad.* A. Sistema de Justicia Constitucional. Control difuso de la constitucionalidad. 2. *Recurso de interpretación.*

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *Ordenamiento Jurídico. Estados de excepción*

A. *Estados de excepción. Régimen Constitucional*

TSJ-SC (57)

24-2-2020

Ponencia Conjunta

Caso: Solicitud para que se declare la constitucionalidad del Decreto N° 4.160 de fecha 13-3-2020 dictado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual se decreta el Estado de alarma en todo el territorio Nacional.

Ese instrumento legal estatuye en su artículo 2, que los Estados de Excepción son circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones, al tiempo que dispone los principios rectores de los mismos.

Los estados de excepción han sido definidos como circunstancias extraordinarias dotadas de la característica de la irresistibilidad de los fenómenos y la lesividad de sus efectos, que se plantean en un régimen constitucional, afectando o amenazando con hacerlo a sus instituciones fundamentales, impidiendo el normal desarrollo de la vida ciudadana y alterando la organización y funcionamiento de los poderes públicos.

En tal sentido, puede afirmarse que los estados de excepción son circunstancias de variada índole, que pueden afectar la seguridad de la nación, de las instituciones o de los ciudadanos, para cuya atención no serían totalmente suficientes ni adecuadas a los fines del restablecimiento de la normalidad, las facultades de que dispone ordinariamente el Poder Público y ante las cuales el ciudadano Presidente de la República, en Consejo de Ministros, está investido de potestades plenas para declarar tal estado en los términos que contemple el decreto respectivo, con los límites y bajo el cumplimiento de las formalidades estatuidas en el Texto Fundamental, pero siempre en la búsqueda de salvaguardar los derechos de los ciudadanos y ciudadanas.

Respecto de las circunstancias que ameritarían la activación de tal mecanismo excepcional y extraordinario, ciertamente destacan los conceptos de heterogeneidad, irresistibilidad o rebase de las facultades ordinarias del Poder Público y de lesividad, por la producción potencial o acaecida de daños a personas, cosas o instituciones. De éstos, la Sala estima pertinente aludir a la heterogeneidad, puesto que, en efecto, las condiciones que pueden presentarse en el plano material, sean de origen natural, económico o social en general, son de enorme diversidad e índole y, en esa medida, los estados de excepción reconocidos por decreto del Presidente de la República, pueden versar sobre hechos que tradicionalmente se asocian a este tipo de medidas; empero, por igual, pueden referirse a situaciones anómalas que afecten o pretendan afectar la paz, la seguridad integral, la soberanía, el funcionamiento de las instituciones, la economía y la sociedad en general, a nivel nacional, regional o local, cuya duración no siempre es posible de estimación, en razón de las circunstancias que la originan.

Igualmente, los estados de excepción solamente pueden declararse ante situaciones objetivas de suma gravedad que hagan insuficientes los medios ordinarios de que dispone el Estado para afrontarlos. De allí que uno de los extremos que ha de ponderarse se refiere a la proporcionalidad de las medidas decretadas respecto de la *ratio* o las situaciones de hecho acontecidas, en este caso, vinculadas al sistema socio-económico nacional, las cuales inciden de forma negativa y directa en el orden público constitucional. De tal modo, que las medidas tomadas en el marco de un estado de excepción deben ser, en efecto, proporcionales a la situación que se quiere afrontar en lo que respecta a gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

(..)(..) Se trata entonces de una regulación y ponderación especial de algunos derechos y garantías constitucionales, precisamente para asegurar otros derechos de la población que resulte imperioso priorizar, reconocido por el Constituyente de 1999, fundado en razones

excepcionales, cuyo único propósito es establecer un orden alternativo, temporal y proporcional dirigido a salvaguardar la eficacia del Texto Constitucional y, por ende, la eficacia de los derechos y garantías, en situaciones de anormalidad de tal entidad que comprometan la seguridad o la vida económica de la Nación, de sus ciudadanos o ciudadanas, de sus instituciones o el normal funcionamiento de los Poderes Públicos y de la sociedad en general; de allí que tal regulación de excepción debe apreciarse *in abstracto* no como algo negativo para el Derecho sino, por el contrario, como algo positivo para el Pueblo, para la República y para el propio orden constitucional que está dirigido a tutelar.

B. *Estados de excepción. Naturaleza del Decreto*

TSJ-SC (57)

24-2-2020

Ponencia Conjunta

Caso: Solicitud para que se declare la constitucionalidad del Decreto N° 4.160 de fecha 13-3-2020 dictado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual se decreta el Estado de alarma en todo el territorio Nacional.

En ese sentido, el decreto que declara el estado de excepción es un acto de naturaleza especial, con rango y fuerza de ley, de orden temporal, con auténtico valor que lo incorpora al bloque de la legalidad y que está, por tanto, revestido de las características aplicables a los actos que tienen rango legal ordinariamente, y más particularmente, concebido en la categoría de acto de gobierno que, inclusive, luego del pronunciamiento de esta Sala, pudiera ser declarado, *in abstracto*, constitucional. Ello tendría su asidero en las especialísimas situaciones fácticas bajo las cuales son adoptados y los efectos que debe surtir con la inmediatez que impone la gravedad o entidad de las afectaciones que el Poder Público, con facultades extraordinarias temporarias derivadas del propio Decreto, está en la obligación de atender.

C. *Estados de excepción. Efectos del Decreto respecto de la Legislación vigente*

TSJ-SC (57)

24-2-2020

Ponencia Conjunta

Caso: Solicitud para que se declare la constitucionalidad del Decreto N° 4.160 de fecha 13-3-2020 dictado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual se decreta el Estado de alarma en todo el territorio Nacional.

En cuanto a la naturaleza propiamente del decreto que declara el estado de excepción, la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción señala en su artículo 21, que éste suspende temporalmente, en las leyes vigentes, los artículos incompatibles con las medidas dictadas en dicho Decreto.

Ello es así por cuanto, en esencia, la regulación de excepción o extraordinaria, implica una nueva regulación jurídica, esta vez, temporal, que se superpone al régimen ordinario.

Tal circunstancia se observa, inclusive, desde el propio Texto Constitucional, toda vez que en el contexto de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los estados de excepción implican circunstancias de variada índole que pueden afectar la seguridad de la nación, de las instituciones o de los ciudadanos, para cuya atención no serían totalmente suficientes ni adecuadas a los fines del restablecimiento de la normalidad, las facultades de que dispone ordinariamente el Poder Público, y ante las cuales el ciudadano Presidente de la República, en Consejo de Ministros, está investido de potestades plenas para declarar tal

estado, prorrogarla o aumentar el número de garantías constitucionales restringidas, y disponer de tales medidas en los términos que contemple el Decreto respectivo, en el marco constitucional, para garantizar la seguridad y defensa de la República y de su soberanía, en fin, para proteger el propio orden constitucional (circunstancia que explica la ubicación de las principales normas que regulan esta materia dentro del Texto Fundamental: TÍTULO VIII DE LA PROTECCIÓN DE ESTA CONSTITUCIÓN, Capítulo I De la Garantía de esta Constitución, Capítulo II De los Estados de Excepción. Este Título es posterior a los Títulos IV, V, VI y VII: DEL PODER PÚBLICO, DE LA ORGANIZACIÓN DEL PODER PÚBLICO NACIONAL, DEL SISTEMA SOCIO ECONÓMICO y DE LA SEGURIDAD DE LA NACIÓN).

D. *Estados de excepción: Estado de alarma*

TSJ-SC (57)

24-2-2020

Ponencia Conjunta

Caso: Solicitud para que se declare la constitucionalidad del Decreto N° 4.160 de fecha 13-3-2020 dictado por el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, mediante el cual se decreta el Estado de alarma en todo el territorio Nacional.

(...) Asimismo, visto lo anterior, hay que destacar que el decreto de Estado de Alarma busca garantizar la protección de la sociedad, ante tan grave situación como lo es una pandemia, se debe tener en cuenta que el Ejecutivo Nacional está en la obligación de resguardar todas las garantías constitucionales, y que en casos de Estado de Alarma puede restringir algunas para salvaguardar la salud del pueblo. Con la finalidad de dar cumplimiento a lo dictado en el referido decreto, se debe tener en cuenta que el Estado debe garantizar a toda persona el goce de los derechos humanos tal como lo establece el artículo 19 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, también el derecho a la vida el cual es inviolable, tal como lo establece el artículo 43 del Texto Constitucional, garantizar el libre tránsito, sin menoscabo de las necesarias restricciones e incluso cierres parciales o totales que el Ejecutivo Nacional puede dictar, por motivos de prevención y salvaguarda de la salud y consecuentemente la vida bajo el principio de ponderación de derechos y garantías; también establecen los artículos 53 y 55 de la Carta Magna lo atinente a la seguridad que debe brindar el Ejecutivo Nacional al derecho de reunión, es decir, el que tiene toda persona vinculado al libre acceso y reunión en sitios públicos o privados; no obstante, en razón del objeto de este excepcional estado de alarma, es válida y necesaria la restricción dirigida a reuniones de personas para garantizar su salud y evitar o disminuir la propagación del virus que es conocido como Coronavirus (COVID-19), declarado, como se indicó, pandemia por la Organización Mundial de la Salud, todo esto para evitar que afloren o potencien las vulnerabilidades de los habitantes de la República y en ejercicio pleno de su rol de Estado garante de los derechos, cada uno de estos artículos están concatenados con el artículo 338 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Derechos Individuales*

A. *Derecho de Igualdad*

TSJ-SPA (40)

28-1-2020

Magistrado Ponente: Eulalia Coromoto Guerrero Rivero

Caso: Makro Comercializadora, S.A

Al respecto, esta Alzada estima necesario hacer algunas precisiones respecto al principio constitucional de igualdad, previsto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que reza:

“Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.

4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias. (...)”.

La anterior disposición constitucional consagra el denominado derecho de igualdad de los ciudadanos ante la ley, en virtud del cual no pueden admitirse discriminaciones fundadas en la raza, religión, sexo, condición social o cualesquiera otras que menoscaben el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos reconocidos a éstos y éstas; tal derecho incide no sólo en la función del legislador sino en la aplicación directa de la ley.

En este orden de ideas, se aprecia *“(...) que existirá discriminación que lesione dicho derecho cuando en situaciones análogas o semejantes se dispense, sin aparente justificación, un trato distinto (...)”.*

2. Derechos Políticos

A. Derecho al sufragio. Sistema Electoral de los Diputados: Personificación del sufragio y representación proporcional

TSJ-SC (68)

5-6-2020

Ponencia Conjunta

Caso: Javier Bertucci, Claudio Fermín y otros

Al respecto, esta Sala observa que, de conformidad con lo previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, existe un sistema electoral paralelo para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional, de los consejos legislativos, de los concejos municipales y demás cuerpos colegiados de elección popular. Por una parte, se aplica la personalización del sufragio para los cargos nominales y la representación proporcional para los cargos elegidos mediante lista. Con ello, la normativa electoral pretende garantizar los principios de personalización del sufragio y de representación proporcional, en los términos previstos por el artículo 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual prevé que:

“Artículo 63. El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional”.

Por su parte, el artículo 186 del Texto Fundamental establece:

“Artículo 186. La Asamblea Nacional estará integrada por diputados y diputadas elegidos o elegidas en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del uno como uno por ciento de la población total del país.

Cada entidad federal elegirá, además, tres diputados o diputadas.

Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres.

Cada diputado o diputada tendrá un suplente o una suplente, escogido o escogida en el mismo proceso”.

Ahora bien, tal como lo ha señalado la doctrina, “*Los sistemas electorales contienen, desde el punto de vista técnico, el modo según el cual el elector manifiesta a través del voto el partido o el candidato de su preferencia, y según el cual esos votos se convierten en escaños*” (Dieter Nohlen: *Sistemas electorales y partidos políticos*, Universidad Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 34).

Así, al constituirse Venezuela en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que propugna a la democracia como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico, tal como lo prevé el artículo 2 del Texto Fundamental, el derecho a la participación política de todos los ciudadanos y ciudadanas que reconoce el artículo 62 *Constitucional*, cuando se ejerce a través de sus representantes elegidos, la escogencia de éstos debe realizarse a través de comicios celebrados de conformidad con los extremos previstos en la propia Constitución, tal como se señala en los preceptos constitucionales citados.

Por su parte, el artículo 293, in fine, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ordena que “*Los órganos del Poder Electoral garantizarán la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional*”.

Así pues, para garantizar el cumplimiento del mandato constitucional referido a la aplicación de ambos principios (personalización del sufragio y representación proporcional) en cuanto a la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional y demás cuerpos colegiados de elección popular, nuestro sistema electoral está configurado como un “*sistema electoral paralelo*”, en los términos previstos por el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, según el cual:

“Artículo 8. Para la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional, de los consejos legislativos de los estados, de los concejos municipales, y demás cuerpos colegiados de elección popular, se aplicará un sistema electoral paralelo, de personalización del sufragio para los cargos nominales y de representación proporcional para los cargos de la lista. En ningún caso, la elección nominal incidirá en la elección proporcional mediante lista”.

De esta manera, el legislador pretendió cumplir con el mandato establecido en los artículos 63 y 186 de la Constitución, al establecer el sistema de personalización del sufragio a través de la escogencia de los representantes en circuitos nominales, conformados según el índice poblacional; y de representación proporcional, mediante un sistema de listas cerradas y bloqueadas, conducente a garantizar la representación proporcional.

De igual forma, a los fines de la distribución del número de curules que se elegirán a través del sistema de personalización del sufragio y de cuántos se elegirán por el sistema de representación proporcional, los artículos 14, 15 y 16 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales establecen lo siguiente:

“Artículo 14. Cuando el número de diputadas y diputados, legisladoras y legisladores de los estados y concejales y concejales a elegir, sea igual o mayor a diez, se elegirán tres cargos por lista, según el principio de representación proporcional. El número restante de cargos se elegirá en circunscripciones nominales según el principio de personalización”.

“Artículo 15. Cuando el número de diputados y diputadas, legisladores y legisladoras de los estados y concejales y concejales a elegir, sea igual o menor a nueve, se elegirán dos cargos por lista, según el principio de representación proporcional. El número restante de cargos se elegirá en circunscripciones nominales según el principio de personalización”.

“Artículo 16. La electora o el elector tiene derecho a votar por tantos candidatos o candidatas como cargos nominales corresponda elegir en su correspondiente circunscripción electoral, y, además, por una de las listas postuladas por las organizaciones con fines políticos o los grupos de electoras y electores”.

Como se puede apreciar de los preceptos transcritos, nuestro sistema electoral paralelo implica que cada tipo de sufragio se rige por reglas distintas. En el sistema que garantiza la personalización del sufragio, los escaños se adjudican en diferentes segmentos, denominados circuitos, a aquellos candidatos que obtuvieron la mayoría absoluta de los votos; mientras que en el sistema que garantiza la representación proporcional, las curules se asignan mediante una fórmula distributiva prevista en el artículo 20 de la Ley de Procesos Electorales en los términos siguientes:

“Artículo 20. Para la adjudicación de los cargos a elegir mediante lista, se procederá de la manera siguiente:

1. Se anotará el total de votos válidos obtenidos por cada lista y cada uno de los totales se dividirá entre uno, dos y tres, según el caso.

2. Se anotarán los cocientes así obtenidos para cada lista en columnas separadas y en orden decreciente, encabezado por el total de votos de cada uno, o sea, el cociente de la división entre uno, dos y tres, según el caso.

3. Se formará luego una columna final, colocando en ella en primer término el más elevado entre todos los cocientes de las diversas listas y a continuación los que le sigan en magnitud cualquiera que sea la lista a la que pertenezcan, hasta que hubieran en columnas tantos cocientes como cargos deban ser elegidos. Al lado de cada cociente se indicará la lista a que corresponde, quedando así determinado el número de puestos obtenidos por cada lista.

4. Cuando resultaren iguales dos o más cocientes en dos listas no idénticas en concurrencia por el último cargo por proveer, se dará preferencia a aquella organización con fines políticos o grupo de electoras y electores que haya obtenido el mayor número de votos y en caso de empate se decidirá por la o el que haya sido postulado o postulada primero.

5. Si un candidato nominal es elegido por esa vía y está simultáneamente ubicado en un puesto asignado en una lista, la misma se correrá hasta la posición inmediatamente siguiente”.

Ahora bien, como se ha establecido, nuestro régimen electoral, al contemplar sistemas paralelos que involucran dos votos y dos reglas de adjudicación de escaños, atiende a la exigencia del artículo 63 constitucional, al garantizar la personalización del sufragio y la representación proporcional. No obstante, esta Sala Constitucional advierte que los artículos 14 y 15 de la Ley de Procesos Electorales, antes transcritos, al señalar los parámetros para realizar la distribución de los cargos a ser elegidos tanto por lista, como en las circunscripciones nominales, establecen que cuando el número de diputados, legisladores o concejales a elegir, según el caso, sea igual o mayor a diez (10), se elegirán tres (3) cargos por listas y el resto por el sistema personalizado. Y, en el caso de resultar menor a diez (10) la cantidad de escaños, la distribución será de dos (2) por lista y el resto por elección nominal.

La fórmula legal de distribución entre la cantidad de escaños que se eligen mediante el sistema de personalización del sufragio y el de representación proporcional propende a la elección de un setenta por ciento (70%) de los cargos a través del sistema mayoritario, lo que se traduce en un reparto de las bancas entre quienes participan en la contienda electoral que pudiera no cubrir las expectativas de representación y participación de los electores y, en consecuencia, nuestros órganos colegiados de representación política no expresarían a cabalidad la opinión del electorado.

Si bien es cierto que garantizar el principio de personalización del sufragio resulta fundamental, por cuanto permite al elector conocer nominalmente a los candidatos y ejercer de manera más consciente su derecho al sufragio, la representación proporcional también resulta primordial para la concreción del pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico, en los términos previstos en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Esta Sala Constitucional considera que el sistema electoral paralelo que estatuye la Ley Orgánica de Procesos Electorales para elegir los cargos de los cuerpos colegiados de representación política, produce efectos distintos, ya que, según la fórmula mayoritaria que se aplica en el sistema de voto personalizado en circuitos nominales, los sufragios que se emiten a favor de los candidatos que no obtienen la mayoría, no logran representación alguna ante el órgano legislativo, por cuanto prevalece el valor cuantitativo del número de sufragios emitidos a favor del candidato ganador, sobre el valor político de los votos logrados por los candidatos que obtuvieron menos votación. En cambio, según la fórmula proporcional, todos los sufragios se toman en cuenta, incluyendo el de aquellos que no forman parte de la mayoría de las preferencias electorales.

Establecido lo anterior, esta Sala observa que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al establecer los parámetros dentro de los cuales el legislador debe configurar el sistema electoral, garantizando tanto la personalización de sufragio como la representación proporcional, no debe obviar que también corresponde a este sistema la construcción de los medios que permitan establecer, a través del voto, el vínculo entre los ciudadanos y sus representantes.

En este sentido, se advierte que el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela cita a la democracia y al pluralismo político como uno de sus valores superiores del ordenamiento jurídico a propugnar por parte del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, por lo que el legislador se encuentra obligado a convertir estos valores en regla de derecho al momento de establecer, como en el presente caso, la normas que conforman el sistema electoral.

Así, la proclamación constitucional de la democracia y del pluralismo político como valores superiores exige al legislador establecer las mejores condiciones para su realización efectiva, sobre todo cuando esta se encuentra vinculada a la representación política como expresión de la democracia.

En el caso de los diputados y diputadas que integran la Asamblea Nacional, los cuales de conformidad con el artículo 201 de la Constitución "*son representantes del pueblo y de los Estados en su conjunto*", es imperativo garantizar a la ciudadanía el derecho a concurrir (principio de concurrencia que sustenta, entre otros el hecho constitucional de que la República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal Descentralizado) postulando candidatos a los procesos electorales por iniciativa propia o mediante las asociaciones políticas (artículo 67 *in fine*) que permita asegurar que la consagración constitucional de las organizaciones con fines políticos y su habilitación para postular candidatos en los comicios para elegir los cargos de representación popular, constituya una expresión de la democracia y del pluralismo político que no puede ser ignorada por el legislador.

De esta forma, la importancia del reconocimiento constitucional de las organizaciones con fines políticos y la protección que a su conformación y funcionamiento interno otorga el artículo 67 del Texto Constitucional, se hace en función de que su existencia resulta esencial para el Estado democrático y el pluralismo político. Las organizaciones con fines políticos, en cuanto concurren a la manifestación de la voluntad popular, ejercen una cierta función pública en las democracias en las cuales, como la nuestra, existen órganos colegiados de representación política, por cuanto ellas sirven de cauce de expresión de un sector del electorado, en el marco del derecho, sagrado e inviolable, como es el del sufragio.

En otro orden de ideas, esta Sala Constitucional advierte que el artículo 186 del Texto Fundamental establece, por una parte, la base demográfica del uno coma uno por ciento (1,1%) del total de la población del país, para determinar el número de escaños que tendrá la Asamblea Nacional, a la cual se le debe agregar tres (3) curules por cada estado, tres (3) por el Distrito Capital y tres (3) en representación de los pueblos indígenas, en los términos que se transcriben a continuación:

“Artículo 186. La Asamblea Nacional estará integrada por diputados y diputadas elegidos o elegidas en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del uno coma uno por ciento de la población total del país.

Cada entidad federal elegirá, además, tres diputados o diputadas.

Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres.

Cada diputado o diputada tendrá un suplente o una suplente, escogido o escogida en el mismo proceso”.

De esta forma, los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, de manera simultánea, ostentan la representación territorial por la entidad federal y la representación popular, condición que se reitera en el artículo 201 del Texto Constitucional, al señalar que *“Los diputados o diputadas son representantes del pueblo y de los Estados en su conjunto, no sujetos o sujetas a mandatos ni instrucciones, sino sólo a su conciencia. Su voto en la Asamblea Nacional es personal”.*

Así pues, el constituyente, para establecer la cantidad de cargos a elegir para diputados y diputadas a la Asamblea Nacional, en virtud de nuestro sistema parlamentario unicameral y para satisfacer la representación territorial que exige nuestra condición de Estado federal descentralizado en los términos previstos en el artículo 4 constitucional, armonizó dos criterios de representación diferentes. Por un lado, el criterio demográfico y, por otro, el criterio territorial. Así, cuando se calcula el número de curules sobre la base poblacional del uno coma uno por ciento (1,1%), se busca que la representación parlamentaria sea proporcional a la cantidad de habitantes del país, de conformidad con las cifras y proyecciones del censo nacional de población. Mientras que el criterio territorial supone la igualdad de representación para cada entidad federal.

En desarrollo del precepto constitucional, el artículo 10 de la Ley de Procesos Electorales dispone lo siguiente:

“Artículo 10. En cada estado y en el Distrito Capital, se elegirán tres diputados o diputadas a la Asamblea Nacional, más un número de diputados y diputadas igual al resultado de dividir el número de su población entre una base de población igual al uno coma uno por ciento (1,1%) de la población total del país”.

Así pues, sobre la base de la representación territorial que deviene de ser un Estado federal descentralizado y de la adecuada representación proporcional de la población, la Constitución y la Ley Orgánica de Procesos Electorales establecen la fórmula para determinar el número de diputados y diputadas a elegir por cada entidad federal.

En tal sentido, el número de representantes territoriales resulta invariable para para todas las entidades federales, independientemente del número de su población; pero los representantes de la población variarán según el dato demográfico, es decir, la cantidad de diputados que resulte de dividir el número de la población de cada entidad federal entre una base de población igual al uno coma uno por ciento (1,1%) de la población total del país.

De esta forma, siendo que Venezuela está territorialmente conformada por 23 estados y un Distrito Capital, el número de diputados a la Asamblea Nacional que corresponden a la representación territorial es de 72. A esta cantidad de diputados se deben sumar el número obtenido al aplicar la fórmula establecida en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, que corresponde a la base poblacional de cada entidad federal, además de los tres (3) diputados que conforman la representación de los pueblos indígenas.

Al respecto, esta Sala Constitucional cree conveniente incorporar en el sistema electoral, además de los principios de la concurrencia, personalización del sufragio y la representación proporcional, los valores constitucionales del pluralismo político, de la participación popular y del ajuste del número de representantes del órgano legislativo en función del incremento demográfico de la población del país. Estos principios se encuentran expresamente reconocidos en los artículos 2, 4, 5, 6, 62, 63 y 70 del Texto Constitucional.

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional considera que un Estado democrático y social de derecho y de justicia que proclama a la democracia y al pluralismo político como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico, debe ser congruente con su sistema electoral. Por lo tanto, es constitucionalmente incompatible que la Ley Orgánica de Procesos Electorales, en sus artículos 14 y 15, pauten que los cargos que se elegirán por lista, según el principio de representación proporcional, serán solo tres (3) o dos (2), según el número de diputados a elegir y que el resto se elegirá en circunscripciones nominales por mayoría, ya que, de esta manera, se establece una proporción entre ambos sistemas de elección equivalente al setenta por ciento (70%) para el voto personalizado y treinta por ciento (30%) para la representación proporcional, lo cual disminuye la posibilidad de que las organizaciones con fines políticos que no cuenten con la mayoría de las preferencias electorales, tenga mayores posibilidades de ocupar escaños en los órganos colegiados de representación política, lo que afecta al pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico, situación que constituye una contravención a lo dispuesto en los artículos 2, 5, 6, 62, 63 y 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, esta Sala Constitucional propone que el porcentaje para elección de los candidatos nominales y el correspondiente a la elección por representación proporcional, sea modificado por el Consejo Nacional Electoral mediante la normativa reglamentaria con fundamento en los lineamientos establecidos en el presente fallo. Así se declara.

B. *Sistema Electoral. Diputados por representación Indígena*

TSJ-SC (68)

5-6-2020

Ponencia Conjunta

Caso: Javier Bertucci, Claudio Fermín y otros

Con respecto a esta garantía de representación de los pueblos indígenas en la Asamblea Nacional, el artículo 186 de la Constitución es claro cuando señala que “*Los pueblos indíge-*

nas de la República Bolivariana de Venezuela elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres” (resaltado de la Sala).

En efecto, si bien es cierto que, de conformidad con el Texto Constitucional, el ejercicio del derecho a la participación política de los pueblos indígenas es de configuración legal, existe un claro mandato constitucional para el legislador, el cual debe respetar las tradiciones y costumbres de cada grupo étnico que conforma nuestra población originaria. En tal sentido, el sistema electoral desarrollado en los artículos 174 y siguientes de la Ley Orgánica de Procesos Electorales no toma en cuenta las especificidades culturales de cada grupo étnico; trata a toda la población indígena como si fuera un grupo indiferenciado, agrupándolos sobre la base de criterios territoriales en tres circunscripciones indígenas para la elección de los diputados y diputadas a la Asamblea Nacional: Occidente, conformada por los estados Zulia, Mérida y Trujillo; Sur, conformada por los estados Amazonas y Apure; y Oriente, compuesta por los estados Anzoátegui, Bolívar, Delta Amacuro, Monagas y Sucre (Vid artículo 179 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales).

Pero, lo que constituye una clara contravención a la norma constitucional, es la imposición para todas las etnias indígenas, sin considerar sus tradiciones y costumbres, del sistema de elección de mayoría relativa de votos válidos (Vid artículo 178 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales). A esto se suma una circunstancia incompatible con el espíritu constituyente por cuanto, el representante de los pueblos originarios es elegido por todos los electores de los estados que conforman cada circunscripción y no solamente por la población indígena que los habita, circunstancia que altera sobremanera el ejercicio efectivo del derecho constitucional a la participación política de los pueblos indígenas, a través de sus legítimos representantes, de conformidad con sus tradiciones y costumbres.

Ello así, esta Sala Constitucional considera que la aplicación del sistema electoral y de elección de los representantes indígenas previsto en los artículos que van del 174 al 186 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales contraviene lo dispuesto en el artículo 186 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que dichas normas deben ser objeto de desaplicación. Así también se decide.

III. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo*

A. *Principio de la confianza legítima*

TSJ-SPA (40)

29-6-2020

Magistrada Ponente: Eulalia Coromoto Guerrero Rivero

Caso: Makro Comercializadora, S.A

La norma citada establece igualmente, que la modificación de los criterios no es motivo para la revisión de los actos definitivamente firmes. En efecto, el artículo 11, brevemente analizado, es considerado como uno de los ejemplos más significativos en la legislación venezolana, del principio de la confianza legítima, con base en el cual, las actuaciones reiteradas de un sujeto frente a otro, en este caso de la Administración Pública, hacen nacer expectativas jurídicas que han de ser apreciadas por el juez y justamente, los criterios administrativos, si bien pueden ser cambiados, son idóneos para crear tales expectativas. (*Vid.*, sentencia Núm. 00514 del 3 de abril de 2001, caso: The Coca-Cola Company). [*Véase: Revista de Derecho Publico* N° 85-86/87-88 de 2000, p. 231 y ss.]

De tal manera, que uno de los principios que rige la actividad administrativa es el principio de confianza legítima, el cual se refiere a la concreta manifestación del principio de buena fe en el ámbito de la actividad administrativa y cuya finalidad es el otorgamiento a los particulares de garantía de certidumbre en sus relaciones jurídico-administrativas.

(*Vid.*, sentencias de esta Sala Núms. 1171 y 00213 del 4 de julio de 2007 y 18 de febrero de 2009, respectivamente, casos: Repro Sportny y La Oriental de Seguros, C.A., en el orden indicado).

2. *Actos Administrativos*

A. *Notificación*

TSJ-SPA (3)

22-1-2020

Magistrada Ponente: María Carolina Ameliach Villarroel

Caso: Patricia Joselina Camero Salazar (Resolución Contraloría General de la Republica).

...Resulta necesario entonces a los fines de resolver la presente controversia hacer referencia al contenido del referido artículo, el cual establece lo siguiente:

“**Artículo 35.** La demanda se declarará inadmisibile en los supuestos siguientes:

1. Caducidad de la Acción (...).”

Al respecto, es importante señalar que la caducidad constituye un aspecto de gran importancia dentro del proceso, dado su contenido ordenador y su vinculación con la seguridad jurídica que tiene que garantizar todo sistema democrático.

En efecto, la finalidad del lapso de caducidad es la materialización de la seguridad jurídica y el aseguramiento, de esa forma, de que tras el transcurso del lapso que preceptúa la ley, se extinga el derecho de toda persona al ejercicio de la acción que el ordenamiento jurídico le proporcione; ello para evitar que acciones judiciales puedan proponerse indefinidamente en el tiempo.

No obstante, para que la caducidad pueda computarse válidamente es imprescindible que el recurrente haya sido correctamente notificado del acto que afecta sus derechos o intereses pues, de lo contrario, no comienza a transcurrir dicho lapso. Ello por cuanto la consecuencia jurídica del transcurso del lapso de caducidad es sumamente grave: la inadmisibilidad de la demanda. Por tanto, para que pueda aplicarse esa consecuencia en forma ajustada a derecho, es necesario que el destinatario del acto objeto de la demanda haya sido informado del recurso, tribunal competente y lapso para su interposición, que el ordenamiento jurídico le brinda en caso de que desee impugnar el acto. (*Vid.*, sentencia N° 696 de fecha 4 de junio de 2015, dictada por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia).

En este sentido, los artículos 73 y 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos prevén lo siguiente:

“**Artículo 73.** *Se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse.*”

Artículo 74. *Las notificaciones que no llenen todas las menciones señaladas en el artículo anterior se considerarán defectuosas y no producirán ningún efecto.*” (Resaltado de la Sala).

De las normas transcritas se evidencian los requisitos necesarios para la eficacia de la notificación de los actos administrativos de efectos particulares, pues con ella se persigue esencialmente poner al administrado en conocimiento de la voluntad de la Administración, en el entendido de que ésta pudiese afectar directamente los derechos subjetivos o intereses legítimos del particular.

En armonía con lo precedentemente expuesto, esta Sala ha sostenido mediante sentencia N° 00939 del 1° de agosto de 2012, reiterada por esta Alzada en el fallo N° 00931 del 5 de agosto de 2015, que:

“(...) la notificación es un requisito esencial para la eficacia de los actos administrativos, máxime cuando afecten los derechos de los particulares o interesados, de modo que hasta que la misma no se haya verificado tales actos carecerán de ejecutoriedad. La aludida condición constituye además, el presupuesto para que transcurran los lapsos de impugnación, de allí que se exija la indicación de las vías de defensa procedentes contra el acto en cuestión, con expresión de los órganos y lapsos para su ejercicio.

En este contexto, resulta que la eficacia del acto administrativo se encuentra supeditada a su publicidad, y en los casos de los actos de efectos particulares la misma se obtiene con la notificación de los mismos, con la cual se persigue poner al administrado en conocimiento de una medida o decisión que le afecta directamente en sus intereses; no obstante, puede ocurrir que un acto que no ha sido debidamente notificado llegue a ser eficaz por haber cumplido con el objeto que se persigue con la aludida exigencia, siendo entonces aplicable el principio del logro del fin. Ante esa circunstancia, una defectuosa notificación quedará convalidada si el interesado, conociendo de la existencia del acto que le afecta, recurre del mismo oportunamente por ante el órgano competente (...). (Resaltados de esta Sala).

De igual modo, es menester para este Órgano Jurisdiccional precisar que en alcance del principio pro actione, debe entenderse que las condiciones y requisitos de acceso a la justicia no deben imposibilitar o frustrar injustificadamente el ejercicio de la acción a través de la cual se deduce la pretensión, toda vez que *“(...) el propio derecho a la tutela judicial efectiva garantiza la posibilidad de ejercicio eficiente de los medios de defensa, así como una interpretación de los mecanismos procesales relativos a la admisibilidad que favorezca el acceso a los ciudadanos a los órganos de justicia”* (Vid., sentencia de la Sala Constitucional Nro. 1.064 del 19 de septiembre de 2000).

3. Vicios

A. Vicio de inmotivación por silencio de prueba

TSJ-SPA(49)

13-2-2020

Magistrado Ponente: Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta

Caso: Italcambio Agencia de Viajes, C.A.

La Sala confirma una vez más su doctrina y jurisprudencia referente a la procedencia del vicio de inmotivación del silencio de pruebas.

En cuanto al vicio de inmotivación por silencio de pruebas, esta Máxima Instancia ha señalado que este se presenta cuando el Juez al momento de tomar su decisión, no efectúa el correspondiente análisis de valoración de los elementos probatorios aportados al proceso por las partes, a fin de ponderar las defensas de cada una de ellas con los hechos y las normas aplicables al caso. (Vid., sentencias Nros. 00162, 00084, 00989, 00002, 00097 y 00756, de fechas 13 de febrero de 2008, 27 de enero y 20 de octubre de 2010, 12 de enero de 2012, 29 de enero de 2014 y 30 de junio de 2015, casos: *Latil Auto, S.A.*; *Quintero y Ocando, C.A.*; *Auto Mundial, S.A.*; *Rustiaco Caracas, C.A.*; *Lumóvil, C.A.*; y *Julio Rodríguez Manchado*, respectivamente).

Sobre dicho particular, esta Sala Político-Administrativa con relación al aludido vicio, mediante la decisión Nro. 04577 de fecha 30 de junio de 2005, caso: Lionel Rodríguez Álvarez, ratificada en los fallos Nros. 1.868 del 21 de noviembre de 2007, caso: Fascinación Centro Comercial Ciudad Tamanaco, C.A.; 170 del 24 de febrero de 2010, caso: *Makro Comercializadora, S.A.*; 00051 del 19 de enero de 2011, caso: *Seguros Pirámide, C.A.*; y 00563 del 2 de octubre de 2019, caso: *Seguros Caracas de Liberty Mutual, C.A.*, dejó sentado lo expresado de seguidas:

“(...) cabe destacar que aun cuando el mismo no está configurado expresamente como una causal de nulidad en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo, la Sala estima que cuando se silencia una prueba en sede judicial, bien porque no se menciona o no se analiza ni juzga sobre su valor probatorio, explicando las razones del por qué se aprecia o se desestima, para luego y a partir de allí, establecer hechos o considerar otros como no demostrados, se infringe el ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, ya que el juez no estaría expresando las razones de hecho y de derecho en que fundamenta su fallo.

En efecto, el juez tiene la obligación de analizar todos los elementos probatorios cursantes en autos, aun aquell[os] que a su juicio no fueren idóne[os] para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del juez respecto de ell[os], de conformidad con lo establecido en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, al no realizarse la debida valoración de los medios probatorios, el juez no expresa las razones de hecho y de derecho que motivan el fallo. (...).

No obstante, esta obligación del juez no puede interpretarse como una obligación de apreciación en uno u otro sentido, es decir, el hecho de que la valoración que haga el juez sobre los medios probatorios para establecer sus conclusiones, se aparte o no coincida con la posición de alguna de las partes procesales, no debe considerarse como silencio de prueba; por el contrario, sólo podrá hablarse de silencio de pruebas, cuando el Juez en su decisión, ignore por completo, no juzgue, aprecie o valore algún medio de prueba cursante en los autos y que quede demostrado que dicho medio probatorio pudiese, en principio afectar el resultado del juicio (...). (Destacado y agregados de esta Alzada).

Con vista a la doctrina judicial antes referida, esta Sala pasa verificar si la Jueza de la causa en su decisión omitió pronunciarse sobre el argumento de “violación del principio de tipicidad de las infracciones”, invocado en el libelo por la representación judicial de la compañía accionante.

B. *Vicios de Inmotivación y falso supuesto*

TSJ-SPA (40)

29-6-2020

Magistrada Ponente: Eulalia Coromoto Guerrero Rivero

Caso: Makro Comercializadora, S.A.

De esta manera, con relación a la denuncia simultánea de los vicios de inmotivación y falso supuesto, esta Sala ha indicado en anteriores oportunidades que esa técnica, en principio, resulta contradictoria, pues carece de sentido aducir la ausencia de motivos y al mismo tiempo la existencia de un error en los fundamentos fácticos o jurídicos que se expresan en el proveimiento recurrido; en este sentido, se considera que la denuncia de falso supuesto supone el conocimiento de las razones por las cuales se dictó el acto, lo que resulta incompatible con el vicio de inmotivación.

En efecto, esta Máxima Instancia ha señalado que “(...) la contradicción que supone la denuncia simultánea de los vicios de inmotivación y falso supuesto por ser ambos conceptos excluyentes entre sí, ‘por cuanto la inmotivación implica la omisión de los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar al acto, y el falso supuesto alude a la inexistencia de los

hechos, a la apreciación errada de las circunstancias presentes, o bien a la fundamentación en una norma que no resulta aplicable al caso concreto; no pudiendo afirmarse, en consecuencia, que un mismo acto, por una parte, no tenga motivación, y por otra, tenga una motivación errada en cuanto a los hechos o el derecho'(...)''. (Vid., sentencia de esta Sala N° 01413 del 28 de noviembre de 2012, caso: *Consolidada de Ferrys, C.A.*).

Así, se ha puntualizado que "(...) *la inmotivación (tanto de los actos administrativos como de las sentencias) no sólo se produce cuando faltan de forma absoluta los fundamentos de éstos, sino que puede incluso verificarse en casos en los que habiéndose expresado las razones de lo dispuesto en el acto o decisión de que se trate, éstas, sin embargo, presentan determinadas características que inciden negativamente en el aspecto de la motivación, haciéndola incomprensible, confusa o discordante.*

Por ende, la circunstancia de alegar paralelamente los vicios de inmotivación y falso supuesto se traduce en una contradicción o incompatibilidad cuando lo argüido respecto a la motivación del acto es la omisión de las razones que lo fundamentan, pero no en aquellos supuestos en los que lo denunciado es una motivación contradictoria o ininteligible, pues en estos casos sí se indican los motivos de la decisión (aunque con los anotados rasgos), resultando posible entonces que a la vez se incurra en un error en la valoración de los hechos o el derecho expresados en ella". (Vid., entre otras, sentencias de esta Sala Núms. 01930, 00043 y 00545 de fechas 27 de julio de 2006, 21 de enero de 2009 y 23 de mayo de 2012, casos: *Asociación de Profesores de la Universidad Simón Bolívar*; *Eudocia Teresa Rosales de Abreu*; y *Manuel Mauricio Pizarro Adarve*, en el orden indicado).

Conforme al aludido criterio, el vicio de inmotivación resulta improcedente cuando se alega conjuntamente con el vicio de falso supuesto, siempre que se refiera a la omisión de las razones que fundamentan el acto, y no así cuando se trate de motivación contradictoria o ininteligible, es decir, cuando el acto haya expresado las razones que lo fundamentan pero en una forma que incide negativamente en su motivación, haciéndola incomprensible, confusa o discordante, en cuyo caso se admite la posibilidad de la existencia simultánea de ambos vicios. (Vid., fallo de esta Sala N° 00167 del 10 de abril de 2019, caso: *Jarchina Caracas, C.A.*).

C. *Vicios de falso supuesto*

TSJ-SPA (63)

13-2-2020

Magistrado Ponente: Marco Antonio Medina

Caso: *Roox Alex Mena.*

(...)Al respecto, resulta necesario precisar con relación al vicio de falso supuesto, que este se configura de dos maneras: (i) la primera, relativa al falso supuesto de hecho, cuando la Administración al dictar un acto administrativo fundamenta su decisión en hechos inexistentes, falsos o no relacionados con el asunto objeto de decisión; y, (ii) la segunda, cuando los hechos que dan origen a la decisión administrativa existen, se corresponden con lo acontecido y son verdaderos, pero la Administración al dictar el acto le da a la norma un sentido que esta no posee, lo cual incide decisivamente en la esfera de los derechos subjetivos del administrado o administrada; caso en el cual se está en presencia de un falso supuesto de derecho que acarrearía la anulabilidad del acto. (Vid., entre otras, sentencia de esta Sala número 00353 del 20 de junio de 2019).

III. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

A. *Medidas Cautelares. Suspensión de efectos del acto administrativo*

TSJ-SPA (32)

29-1-2020

Magistrado Ponente: Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta

Caso: Banco del Caribe C.A., Banco Universal (BANCARIBE).

De allí que nuestro ordenamiento jurídico coloca a disposición de los justiciables un conjunto de medidas de naturaleza preventiva, destinadas a procurar la protección anticipada de quien acude a juicio alegando ser titular de una posición o situación jurídico-subjetiva susceptible de ser protegida, de forma tal que el transcurso del tiempo no obre contra quien tiene la razón.

Siendo así, resulta oportuno hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual establece lo que a continuación se indica:

“Requisitos de procedibilidad

Artículo 104. *A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.*

El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.

En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante”.

De acuerdo con la norma antes transcrita el juez contencioso administrativo puede, a petición de parte, acordar o decretar las medidas cautelares que estime pertinentes con el objeto de proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos, a los intereses públicos, y garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas; pudiendo exigir garantías suficientes al solicitante de la medida, cuando se trate de causas de contenido patrimonial. Así, la medida que se acuerde debe tener como finalidad “*resguardar la apariencia de buen derecho*” y “*garantizar las resultas del juicio*”.

Particularmente, en cuanto a la medida cautelar de suspensión de efectos, la Sala ha sostenido que constituye una excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo, consecuencia de la presunción de legalidad de la cual está investido el mismo; y que a través de ella se procura evitar lesiones irreparables o de difícil reparación por la ejecución de una decisión administrativa que eventualmente resultare anulada.

Por tanto, la suspensión de efectos, al igual que las demás medidas preventivas nominales, procede solo cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican (referidos en el citado artículo 104), esto es: (i) que pueda presumirse que la pretensión procesal principal resultará favorable (*fumus boni iuris*), y (ii) que la medida sea necesaria a los fines de evitar perjuicios irreparables, de difícil reparación, o que resulte ilusoria la ejecución de la sentencia de mérito (*periculum in mora*); a lo que debe agregarse, conforme a lo dis-

puesto en el antes mencionado artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la adecuada ponderación de los “*intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva*”.

En cuanto al primero de los enunciados requisitos, cabe puntualizar que el *fumus boni iuris* consiste en un cálculo preventivo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante, sin prejuzgar de manera definitiva en cuanto al mérito del asunto, por lo que la decisión del Juez debe fundamentarse en el análisis de la argumentación y de los elementos aportados por los interesados en función de la existencia del derecho que reclama o invoca.

Respecto a la comprobación del *periculum in mora*, se exige que el demandante acompañe elementos dirigidos a acreditar la irreparabilidad o la difícil reparación de los daños que le causaría la ejecución del acto impugnado, de tal manera que en el ánimo del sentenciador surja una presunción grave respecto de la producción de tales perjuicios para el caso de no suspenderse los efectos del acto administrativo cuestionado.

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. Control de la Constitucionalidad

A. Sistema de Justicia Constitucional. Control difuso de la constitucionalidad

TSJ-SC (68)

5-6-2020

Ponencia Conjunta

Caso: Javier Bertucci, Claudio Fermín y otros.

...Tal como lo ha reiterado esta Sala, una de las fortalezas de nuestro sistema de justicia constitucional fue el reconocimiento expreso que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela hizo sobre el instituto de control de la constitucionalidad de las leyes y actos jurídicos que compete a todos los jueces, para la garantía de la supremacía constitucional, que se conoce como control difuso.

En efecto, el artículo 334 del Texto Fundamental establece que “Todos los jueces o juezas de la República en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución. En casos de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley y otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente”.

Así pues, el control difuso de la constitucionalidad de las normas legales es un efecto del principio de supremacía constitucional, que permite a los jueces valorar la constitucionalidad de la legislación conforme a la cual debe resolver un proceso determinado y, de ser el caso, descartar las que pudieran comprometer la incolumidad de la Carta Magna.

De allí, que su procedencia está necesariamente vinculada a la divergencia entre la Constitución y cualquier otra norma del ordenamiento jurídico cuya aplicación se considera lesiva del Texto Fundamental.

En tal sentido, actuando de conformidad con lo previsto en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ejerciendo el control difuso de constitucional con carácter vinculante, esta Sala Constitucional desaplica los artículos 14, 15, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182 y 186 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales. En

consecuencia, a fin de garantizar el ejercicio del derecho al sufragio de los ciudadanos y ciudadanas, así como el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional que consagra el artículo 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y preservar la preeminencia del pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico de conformidad con el artículo 2 *eiusdem*, esta Sala Constitucional habilita al Consejo Nacional Electoral, como ente Rector del Poder Electoral, a fin de que, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el cardinal 1 del artículo 293 constitucional, ante la laguna generada como consecuencia de la desaplicación con efectos *erga omnes* de la normativa antes señalada, proceda a llenar el vacío normativo, de conformidad con los lineamientos señalados en el presente fallo. Así se decide

2. Recurso de interpretación

TSJ-SC(66)

22-4-2020

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Lily Humbria (interpretación de los artículos 247, 248 y 249 de la Constitución en concordancia con el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República).

Dilucidada su competencia, con el propósito de determinar la admisibilidad de la demanda de interpretación presentada, la Sala estima conveniente reafirmar la doctrina que sobre este aspecto ha venido planteando desde que reconociera la existencia y relevancia de una especial acción mero declarativa destinada a precisar *“el núcleo de los preceptos, valores o principios constitucionales, en atención a dudas razonables respecto a su sentido y alcance, originadas en una presunta antinomia u oscuridad en los términos, cuya inteligencia sea pertinente aclarar a fin de satisfacer la necesidad de seguridad jurídica, siempre y cuando tal duda nazca de actos, hechos o circunstancias cuyo procesamiento o solución no le estén atribuidos a un órgano distinto”* (véase, entre otras, sentencias Nros. 1077/2000, caso: *“Servio Tulio León”*; 1347/2000, caso: *“Ricardo Combellas”* y 457/2001, caso: *“Francisco Encinas Verde”*).

En atención a su propia finalidad, como mecanismo judicial *“esclarecedor y complementivo y, en este estricto sentido, judicialmente creador; [y] en ningún caso legislativo”*, se ha dejado sentado que constituyen causales de inadmisibilidad de la acción de interpretación constitucional las siguientes circunstancias:

- (i) La falta de legitimación del accionante;
- (ii) Cuando no exista una duda razonable en cuanto al contenido, alcance y aplicabilidad de las normas constitucionales, respecto del supuesto fáctico en que se encuentra el accionante;
- (iii) Cuando la Sala haya resuelto la duda alegada en torno al mismo caso o uno similar, persistiendo en ella ánimo de mantener su criterio;
- (iv) Cuando se utilice esta vía como mecanismo para adelantar un pronunciamiento sobre un asunto planteado ante otro órgano jurisdiccional o para sustituir algún medio ordinario a través del cual, el juez competente para conocerlo pueda aclarar la duda planteada. Esto es, cuando mediante su ejercicio, se pretenda desbordar su finalidad aclarativa;
- (v) Cuando se acumule a la pretensión interpretativa otra de naturaleza diferente o sometida a procedimientos que se excluyan mutuamente;
- (vi) Cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la solicitud es admisible; y
- (vii) Cuando el escrito sea ininteligible o contenga conceptos ofensivos o irrespetuosos.

En lo que respecta a la legitimación requerida para intentar esta especialísima acción para procurar la interpretación de la Carta Fundamental, el peticionante debe ostentar un interés personal, directo y actual que derive de una situación jurídica concreta, como consecuencia inmediata de la incertidumbre que se origina con respecto al contenido y alcance de un precepto constitucional que afecta francamente la esfera de intereses del requirente.

De este modo, resulta necesario que dicho interés esté vinculado a una situación jurídica actual, no virtual o hipotética, a fin de evitar que la interpretación dada por la Sala se convierta en un mero ejercicio académico, sin la finalidad práctica de integrar o armonizar la Norma Fundamental. Así pues, no es posible que cualquier particular pueda ocupar a esta Sala en resolver las dudas que, en abstracto, tuviere acerca de la interpretación de una norma constitucional (*Vid.* Sentencia N° 1383/2008, caso: “*Luis Hueck Henríquez*”).

Comentarios Jurisprudenciales

COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA QUE REFORMÓ EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Rafael Badell Madrid*

Abogado

Resumen: *La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia usurpó funciones legislativas; distorsionó la naturaleza, sentido y alcance del control difuso de constitucionalidad y del recurso de omisión legislativa; violó el principio de separación de poderes y el de legalidad; usurpó competencias de la Sala Constitucional y violó el debido proceso y el derecho a la defensa.*

Palabras Clave: *Control difuso, omisión legislativa, usurpación de funciones, separación de poderes, principio de legalidad, debido proceso, derecho a la defensa.*

Abstract: *The Civil Chamber of the Supreme Court of Justice infringed legislative functions; distorted the nature, meaning and scope of judicial review and the legislative omission recourse; violated the principle of separation of powers and the rule of law; usurped powers of the Constitutional Chamber, violated due process and the right to a defence.*

Key words: *Judicial review, legislative omission recourse, separation of powers, rule of law, due process, right of defense.*

I. DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL N° 397

En fecha 14 de agosto de 2019, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en ponencia conjunta, dictó la sentencia número 397 (en lo sucesivo “sentencia 397”), mediante la cual, luego de decidir sobre el asunto sometido a su consideración, determinó que comoquiera que el juicio había tenido una duración de más de nueve años debía hacer algunas “*Consideraciones especiales al margen de lo decidido*”, respecto a la vigencia y eficacia del proceso judicial civil.

La Sala de Casación Civil distorsionando el alcance del control difuso de la constitucionalidad y de la omisión legislativa y procediendo como correspondería hacerlo al legislador y no al juez, consideró que con motivo de la entrada en vigencia de la Constitución estaba ella facultada para ajustar “*el proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia*”, y en este sentido sin fundamento jurídico alguno estimó que debía establecer con carácter normativo: “*...un procedimiento de carácter oral, a los fines de obtener celeridad y brevedad en la tramitación de los juicios*”.

* Doctor en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Socio fundador del Despacho de Abogados Badell & Grau. Ocupó la Cátedra Andrés Bello en la Universidad de Oxford. Senior Associate Member de la Universidad de Oxford.

De esta forma, la Sala de Casación Civil determinó que “... *con respecto al vigente Código de Procedimiento Civil, se puede verificar que la oralidad está ausente en el proceso ordinario. En este sentido la Sala estima que ello constituye un apartamiento de la voluntad del Constituyente, que ha querido un proceso fundamentalmente oral y no solo parcial*”.

Seguidamente, la Sala de Casación Civil estimó “prudente” “*regular el procedimiento ordinario civil que se seguirá ante todas las controversias que se interpongan ante la jurisdicción civil, de forma de permitir que ello se haga de forma oral, en un acto que, además, satisfaga los principios procesales de concentración y de inmediación*”.

En la referida sentencia, la Sala de Casación Civil para basar su decisión invocó:

- (i) los postulados constitucionales vigentes establecidos en los artículos 2, 26, 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,
- (ii) “*la pre-constitucionalidad de las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil que entró en vigencia el 16 de marzo de 1987*”,
- (iii) “*la obligación del Estado de adecuación de los procedimientos a las garantías constitucionales existentes*”,
- (iv) “*la aplicación del principio de la realidad sobre la forma*”, y
- (v) “*la omisión legislativa de adaptar el nuevo proceso civil a la Constitución vigente*”.

Finalmente, la Sala de Casación Civil estableció que se veía “*en la obligación de, por vía del control difuso constitucional (artículo 334 de la Constitución)*”, fijar las “*reglas para el nuevo procedimiento civil único, hasta tanto el Poder Legislativo cumpla con sus funciones y se subsuma la omisión legislativa al respecto, que entrará en vigencia a partir de la revisión de este fallo por parte de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, y su posterior publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y en la Gaceta Judicial (...)*”.

II. DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SENTENCIA 397

La sentencia 397, en lo que respecta al capítulo “*Consideraciones especiales al margen de lo decidido*”, es inconstitucional por cuanto:

- (i) usurpó las funciones legislativas propias, exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional (artículo 187, numeral 1, en concordancia con el artículo 156, numeral 32) y, en consecuencia,
- (ii) violó el principio de separación de poderes y de legalidad (artículos 136 y 137, respectivamente, de la Constitución);
- (iii) violó la naturaleza, sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad (artículo 334 de la Constitución); y
- (iv) usurpó las competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al ejercer de oficio el control de constitucionalidad por omisión legislativa sobre la Asamblea Nacional (en violación del artículo 336, numeral 7, de la Constitución) y, por vía de consecuencia,
- (v) violó el debido proceso y el derecho a la defensa consagrados en el artículo 49 de la Constitución, por cuanto prescindió total y absolutamente del proceso establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, artículos 128 al 145, para la sustanciación y decisión del recurso por omisión legislativa.

1. *Usurpación de las funciones de la asamblea nacional (artículo 187, numeral 1, en concordancia con el artículo 156, numeral 32)*

La sentencia 397 de la Sala de Casación Civil usurpó la función de legislar en materias de la competencia nacional que es propia, exclusiva y excluyente de la Asamblea Nacional de acuerdo a lo establecido en los artículos 187, numeral 1 y 156, numeral 32 de la Constitución. El fundamento de la Sala de Casación Civil fue que estimo prudente “*regular el procedimiento ordinario civil que se seguirá ante todas las controversias que se interpongan ante la jurisdicción civil*”. Con esa sola justificación la Sala de Casación Civil violó la reserva legal sobre la legislación en materia de procedimientos establecida en el artículo 156, numeral 32 de la Constitución y, en consecuencia, el principio de separación de poderes establecido en el artículo 136 de la Constitución, así como el principio de legalidad consagrado en el artículo 137 de la Constitución.

La Sala de Casación Civil usurpó las potestades propias y exclusivas del Poder Legislativo Nacional, único órgano del Poder Público legitimado para legislar en las materias de competencia del Poder Nacional, entre las cuales se encuentra, precisamente, la legislación sobre los procedimientos.

El procedimiento civil establecido por la sentencia 397 violó el principio de reserva legal al establecer la deslegalización de elementos esenciales de la regulación de los procedimientos civiles que deben seguirse en las controversias que se interpongan ante la jurisdicción civil.

Por mandato constitucional el Poder Legislativo Nacional es el único órgano legitimado para dictar leyes en materia de procedimientos, de conformidad con los artículos 187, numeral 1 y 156, numeral 32 de la Constitución, por lo que no podría el Poder Legislativo Estadal, ni el Poder Legislativo Municipal, ni el Poder Ejecutivo, ni el Poder Judicial, ni el Poder Ciudadano o Electoral ni ninguna Sala del Tribunal Supremo de Justicia, como la Sala de Casación Civil, invadir esta función propia y exclusiva del Poder Legislativo Nacional.

De acuerdo a los artículos 187, numeral 1, y 156, numeral 32 de la Constitución, la regulación en materia de procedimientos está protegida por la llamada “reserva legal”, lo que significa que sólo mediante ley formal puede legislarse sobre esta materia. (artículo 202 de la Constitución). Es solo a través de la ley, como expresión de la voluntad popular y como única fuente de derecho con virtualidad democrática, que pueden regularse estas materias. Es solo por medio de ley, que es el producto de la manifestación soberana del pueblo representado en la Asamblea Nacional, que pueden regularse estas materias y nunca puede ser el resultado arbitrario del juez.

El cumplimiento del procedimiento para la elaboración de las leyes (garantía procedimental) asegura la validez democrática de la ley, permite el más amplio consenso y la participación, perfecciona el principio de representatividad, la publicidad y la transparencia. A la vez supone la prohibición o rechazo total de la imposición de procedimientos mediante disposiciones de carácter sub legal (como lo sería un acto administrativo o una sentencia).

El procedimiento especial para la elaboración o formación de leyes está establecido en la Constitución en la Sección cuarta: De la formación de las Leyes, del Capítulo I del Poder Legislativo Nacional, Del Título V de la Organización del Poder Público Nacional, y comprende los artículos 202 al 218, que determinan las formalidades que debe cumplir el órgano legislativo para que las regulaciones legales estén investidas de legitimidad constitucional y democrática, entre las cuales podemos mencionar: la iniciativa de ley (artículo 204); la discusión de los proyectos de ley, sus artículos, procedencia y conveniencia, a través de dos discusiones (artículos 207 al 211); el estudio e informe de la Comisión parlamentaria directamente

relacionada con la materia objeto de la ley (artículo 208 y 209); las consultas de carácter público realizadas a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y a la sociedad organizada, así como las consultas a los Estados, en las materias relativas a los mismos (artículo 211); la aprobación y sanción de la ley por la mayoría de votos en la plenaria de la Asamblea Nacional (artículo 209) y la posterior promulgación por el Presidente de la República (artículo 214).

La garantía constitucional de la reserva legal se ha establecido para la regulación y desarrollo de los derechos civiles, sociales, políticos y económicos y para la legislación de ciertas materias, como es el caso de las leyes de procedimientos. En esos casos, es solo el órgano legislativo el encargado de elaborar la ley. De modo no podía la Sala de Casación Civil porque lo consideró “prudente” *“regular el procedimiento ordinario civil que se seguirá ante todas las controversias que se interpongan ante la jurisdicción civil, de forma de permitir que ello se haga de forma oral, en un acto que, además, satisfaga los principios procesales de concentración y de inmediación”*.

De forma que ley debe ser dictada por la Asamblea Nacional y conforme con las garantías del procedimiento parlamentario antes establecidas. Esto contrasta, repetimos, con la actuación arbitraria e inconstitucional de la Sala de Casación Civil en la sentencia 397, por medio de la cual *“estima prudente regular el procedimiento ordinario civil que se seguirá ante todas las controversias que se interpongan ante la jurisdicción civil, de forma de permitir que ello se haga de forma oral, en un acto que, además, satisfaga los principios procesales de concentración y de inmediación”*.

2. *Violación del principio de separación de poderes y de legalidad (artículos 136 y 137, respectivamente, de la Constitución)*

La sentencia 397 además violó el principio de separación de poderes –fundamento del Estado de Derecho– consagrado en el artículo 136 de la Constitución, al ejercer las funciones propias, exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional, cuando *“estimó prudente”* fijar un procedimiento ordinario completamente nuevo, por lo que dicha sentencia, por disposición del artículo 138, es nula de nulidad absoluta.

La separación de las funciones de los órganos del Poder Público, como principio fundamental del Estado de Derecho, está consagrada en el artículo 136 de la Constitución, del cual se desprende que cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias otorgadas por la Constitución y la ley. Además, el artículo 137 de la Constitución establece que la Constitución y las leyes definen las atribuciones de los órganos del Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Es claro que a través de la sentencia 397 la Sala de Casación Civil violó gravemente las competencias establecidas en los artículos 266 de la Constitución y 27 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y, en consecuencia, de acuerdo al artículo 138 de la Constitución la referida sentencia es nula.

3. *Violación del control difuso de la constitucionalidad (artículo 334 de la Constitución)*

La sentencia 397 también violó la naturaleza, sentido, alcance y límites del control difuso de la constitucionalidad establecido en el artículo 334 de la Constitución, al declarar con efectos *erga omnes* la inconstitucionalidad de las normas del Código de Procedimiento Civil, así como la suspensión de sus efectos, de forma que convirtió el control difuso en control concentrado de la constitucionalidad.

La sentencia 397 invadió las competencias propias, exclusivas y excluyentes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en violación de los artículos 266, primer aparte, 334 y 336, numeral 1, de la Constitución.

Dispone expresamente la Constitución en el artículo 266, numeral 1, en concordancia con su primer aparte, que la atribución del Tribunal Supremo de Justicia relativa a la jurisdicción constitucional conforme al Título VIII de la Constitución será ejercida por la Sala Constitucional.

Asimismo, establece el artículo 334 de la Constitución que corresponde de forma exclusiva a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.

Y por último, de conformidad con el artículo 336 de la Constitución, en concordancia con el artículo 25, numeral 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el único órgano facultado para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de una norma es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de un proceso autónomo que inicia con la solicitud de una acción popular de nulidad (no de oficio), y se sustancia por la Sala Constitucional de conformidad con el proceso establecido en los artículos 128 al 145, de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, la Sala de Casación Civil se ha auto atribuido estas competencias propias, exclusivas y excluyentes de la Sala Constitucional, al determinar mediante la sentencia 397, con efectos generales, la nulidad de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, un acto con rango de ley dictado por la Asamblea Nacional, y la suspensión de sus efectos, a través de un supuesto ejercicio del control difuso de la constitucionalidad que no es el establecido en el artículo 334 de la Constitución y que nunca puede tener efectos más allá que respecto de las partes del proceso y nunca el carácter general que sólo se predica del recurso de nulidad.

Se desprende del artículo 334 de la Constitución, y ha sido criterio reiterado de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que el control difuso de la constitucionalidad es aquel que puede ser ejercido por los jueces de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en la Constitución y la ley, cuando, en la decisión de un caso concreto, la norma llamada a aplicar se presenta como contraria a la Constitución, debiendo el juez desaplicarla y aplicar la norma constitucional de forma directa.

El control difuso es un mecanismo de control de la constitucionalidad dirigido a des-aplicar, en el caso concreto, los actos normativos, de rango legal o sub-legal, contrarios a la Constitución, solo tiene efectos inter partes y puede ser ejercido de oficio o a instancia de partes; por ende, es un control incidental que no afecta la vigencia de la ley y sus efectos son *ex nunc*.

Ratificamos que el control difuso tiene solo efectos *inter partes* y no *erga omnes*, es decir, el juez que ejerce el control difuso no anula la norma inconstitucional, no puede hacer una declaratoria de carácter general o particular, como lo ha hecho arbitrariamente la Sala de Casación Civil en la sentencia 397, antes y, por el contrario, el juez debe limitarse a desaplicar, en el caso concreto, la norma cuya aplicación se pretenda.

El Tribunal Supremo de Justicia ha ratificado el criterio conforme al cual los efectos del control difuso sólo aplican al caso concreto, sin que ello implique la anulación de la norma desaplicada en muchas ocasiones. Al respecto téngase en cuenta la sentencia N° 00124 de la Sala Político-Administrativa de fecha 13 de febrero de 2001, por medio de la cual se deter-

minó que en “*la aplicación preferente de la Constitución por los jueces (CRBV: 334) respecto a las interpretaciones de normas subconstitucionales que la contradigan (desaplicación singular: control difuso de la constitucionalidad), lo cual si bien mantiene su validez, ocasiona la pérdida de la eficacia de la norma cuestionada para el caso concreto, cuando ello fuera necesario para su solución en el mismo, conforme a la Constitución y dictando las medidas conducentes a tales fines*”.

Asimismo, la Sala Constitucional, al interpretar el artículo 334 de la Constitución, en sentencia de fecha 25 de mayo de 2001, caso “Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao vs. Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”, estableció “*con carácter vinculante... en qué consiste el control difuso, y en qué consiste el control concentrado de la Constitución*”. De esta manera, dispuso que el control difuso se ejerce:

“...cuando en una causa de cualquier clase que está conociendo el juez, este reconoce que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), es incompatible con la Constitución. Caso en que el juez del proceso, actuando a instancia de parte o de oficio, la desaplica (la suspende) para el caso concreto que está conociendo, dejando sin efecto la norma constitucional que la contraría.

Por lo tanto, el juez que ejerce el control difuso no anula la norma inconstitucional haciendo una declaratoria de carácter general o particular en ese sentido, sino que se limita a desaplicarla en el caso concreto en el que consideró que los artículos de la ley invocada, o hasta la propia ley coliden con la Constitución.

La declaratoria general de inconstitucionalidad de una o un conjunto de normas jurídicas (leyes), corresponde con exclusividad a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien, ante la colisión, declara, con carácter erga omnes, la nulidad de la ley o de la norma inconstitucional. Dicha declaratoria es diferente de la desaplicación de la norma, tratándose de una decisión de nulidad que surte efectos generales (o para un proceso determinado) y contra todo el mundo.”

De esta forma determinó la Sala Constitucional que el control difuso de la constitucionalidad procede cuando el juez, en la causa que está conociendo, reconoce que una norma jurídica es incompatible con la Constitución, y, a instancia de parte o de oficio, decide desaplicarla y dejarla sin efecto para el caso concreto, y sólo en relación con éste, haciendo prevalecer de esta forma la norma constitucional (véase también sentencia N° 842 de fecha 28 de mayo de 2001 de la SC).

Tengamos presente también la sentencia de fecha 26 de julio de 2002, caso “Importadora y Exportadora Chipendele, C.A.”, mediante la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia determinó que “*El juez en un caso concreto, resta eficacia a una norma jurídica por considerar que es contraria al texto fundamental. El criterio que lleva al juez a considerar como determinada norma jurídica únicamente produce efectos en el caso concreto.*”

De lo anterior se desprende que teniendo en cuenta las características de este tipo de control de la constitucionalidad, fijados en la propia Constitución, el poder del juez en el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad estará circunscrito a la desaplicación de una norma, legal o sub-legal, en el caso concreto que se decide.

El juez, en ejercicio del control difuso sólo puede desconocer la eficacia de una norma legal o sublegal, de carácter general y abstracto, cuando esta colida con los preceptos constitucionales, para el caso concreto y cualquier otra decisión del juez que exceda este desconocimiento o desaplicación –como es el caso de la sentencia– trasgredirá las facultades otorgadas por el artículo 334 de la Constitución para el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad.

Al anular los efectos de las normas del Código de Procedimiento Civil con efectos generales (*erga omnes*), la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia a través de la sentencia 397, se excedió en sus facultades más allá de lo que le permite el ejercicio del control difuso según el artículo 334 constitucional e invadió las atribuciones propias del control concentrado de la constitucionalidad correspondientes única y exclusivamente a la Sala Constitucional, en violación de los artículos 266, primer aparte, 334, y 336, numeral 1, de la Constitución, por lo cual la referida decisión es nula.

4. *Usurpación de competencias de la Sala Constitucional en la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión (artículo 336, numeral 7 de la Constitución)*

La sentencia 397 usurpó las facultades propias de la Sala Constitucional, como jurisdicción constitucional, al declarar de oficio la omisión legislativa de la Asamblea Nacional, todo ello en violación del artículo 336, numeral 7 de la Constitución. Pero, además de ello, violó el debido proceso y el derecho a la defensa consagrados en el artículo 49 de la Constitución, por cuanto declaró la omisión legislativa, no solo siendo manifiestamente incompetente para ello, sino también con prescindencia total y absoluta del procedimiento para la sustanciación y decisión del recurso por omisión legislativa, establecido en los artículos 128 al 145 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En efecto, la Sala de Casación Civil invadió las facultades de declaratoria constitucional de omisión legislativa que sólo corresponde ejercerlas a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante proceso autónomo establecido en los artículos 128 al 145 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

El recurso de omisión legislativa está consagrado en la Constitución de 1999, en el artículo 366, numeral 7, que dispone expresamente la atribución de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección. De otra parte, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia consagra dicha competencia de la Sala Constitucional en el artículo 25, numeral 7.

El recurso de omisión constitucional es una modalidad de la acción de inconstitucionalidad por medio de la cual se demanda la declaratoria de inconstitucionalidad del órgano legislativo que, por un tiempo prolongado e indefinido, permanece inactivo, de forma total o parcialmente, en el cumplimiento de su obligación concreta de dictar leyes que regulen preceptos constitucionales de obligatorio desarrollo, de manera que dichos preceptos o uno de ellos, se hace ineficaz, con lo cual se produce la vulneración a la Constitución.

La omisión legislativa supone la ausencia de normas, de leyes que el órgano legislativo debe necesariamente dictar porque así lo dispone la Constitución y al haberlas omitido, entonces se contempla que el tribunal constitucional pueda, si se intenta un recurso de omisión legislativa, hacer aplicable esa norma constitucional a un caso concreto, mediante el uso de las técnicas jurisdiccionales de interpretación e integración del derecho.

De esta forma, no está previsto que el tribunal dicte las normas omitidas, porque nunca se aceptaría en un Estado democrático de derecho que un cuerpo distinto al Parlamento, que es el representante de la voluntad general del pueblo soberano, sea el que haga las leyes. Es esta la esencia de la soberanía popular.

La doctrina ha señalado que la omisión legislativa se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un manda-

to concreto de legislar, impuesto expresa o implícitamente por la Constitución, o cuando, en el cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución, por haber sido omitidos previsiones que la norma suprema exigía (Jesús María Casal, *Constitución y Justicia Constitucional*. Segunda edición ampliada. Edit. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2004).

De esta forma, la omisión legislativa procede con motivo de la inobservancia de normas constitucionales concretas y precisas que ordenan al órgano legislativo dictar determinado acto, no con fundamento en disposiciones abstractas, amplias e indeterminadas de la Constitución.

5. *Violación el debido proceso y el derecho a la defensa consagrados en el (artículo 49 de la Constitución, y artículos 128 al 145 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)*

La omisión legislativa sólo puede ser declarada por el órgano jurisdiccional competente, en este caso, la Sala Constitucional y a través de un proceso especialmente determinado en la ley.

Ese proceso, para sustanciar y decidir el recurso de omisión legislativa, está establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En ese sentido el artículo 128 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece que: “*Hasta tanto se dicte la ley que regula la Competencia Constitucional, las demandas a que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9 y 17 del artículo 25 de esta Ley se tramitarán conforme a lo que dispone este capítulo*”, refiriéndose dicha norma, al Capítulo II, titulado “*De los Procesos ante la Sala Constitucional*”, que contiene los artículos que regulan desde los requisitos de la demanda hasta la conclusión del debate procedimental (artículos 128 al 145) y que permite dictar la decisión en los procesos constitucionales ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Este juicio de inconstitucionalidad por omisión legislativa está dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia como un proceso que asegura la participación del órgano cuya omisión se demanda, en este caso la Asamblea Nacional; así también prevé un lapso probatorio por el cual se evalúen los medios probatorios que comprueben o no dicha omisión, y la posibilidad de que el propio órgano legislativo, o cualquier interesado en la defensa de sus derechos, ejerza los medios y alegatos que merezcan su defensa, todo ello de conformidad con el debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución.

La declaratoria de omisión legislativa sólo puede ocurrir cuando se haya interpuesto, por ante la Sala Constitucional, una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa y luego de la debida y correcta sustanciación de todas las fases del proceso establecido por la ley.

La Sala de Casación Civil, en violación del debido proceso y del derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 de la Constitución, declaró la omisión legislativa de la Asamblea Nacional con total y absoluta prescindencia del proceso especialmente establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia para la sustanciación y decisión de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión del órgano legislativo nacional, privando de esta forma a la Asamblea Nacional de la fase probatoria (artículo 140 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), de la audiencia pública en la que las partes expongan sus alegatos y ejerzan el derecho a réplica (artículo 141 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), de igual forma, privó a los interesados de participar en el proceso constitucional en la defensa de sus intereses y de su derecho a promover y evacuar pruebas si lo estiman pertinente (artículo 139 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

En el caso que se comenta, la Sala de Casación Civil se auto atribuyó las competencias propias, exclusivas y excluyentes de la Sala Constitucional y declaró de oficio y sin procedimiento alguno, la inconstitucionalidad de una supuesta omisión de la Asamblea Nacional, por “*estimarlo prudente*”.

Además de lo anterior, la Sala de Casación Civil pretendió suplir la supuesta omisión legislativa a través de la regulación de un nuevo procedimiento civil. En relación a esta sorprendente, y por supuesto inconstitucional, actuación de la Sala de Casación Civil, téngase en cuenta que ni siquiera la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la decisión que resuelva un recurso de inconstitucionalidad por omisión legislativa podría sustituirse en la labor de legislación de la Asamblea Nacional.

Veamos la sentencia N° 1043 del 31 de mayo de 2004 (caso “Consejo Legislativo del Estado Zulia”), por medio de la cual se estableció que “*es constitucionalmente imposible incluso para esta Sala, pese a su amplia competencia constitucional transformarse en legislador y proporcionar a la colectividad las normas que exige*”.

La Sala Constitucional ha admitido que, si bien estaba facultada para proporcionar soluciones a aspectos concretos, incluso por medio de la adopción de reglas generales que ocupen temporalmente el lugar de las normas ausentes, pero no para corregir por completo la inactividad del legislador y dictar las normas que se requieran.

El juez constitucional puede guiar al Legislador a llevar a cabo sus funciones, en el caso de declarar una omisión legislativa; sin embargo, no pueden sustituirlo ni promulgar leyes, ni poseen base política discrecional alguna para crear normas legales o disposiciones que sean producto de su propia concepción y que no puedan ser deducidas de la Constitución misma.

Es cierto que el Tribunal constitucional es intérprete supremo de la Constitución, pero nunca legislador, por lo que solo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre la adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución (Así también lo ha determinado el Tribunal Constitucional español en atención a los límites funcionales de su control como garante de la Constitución, en sentencia 5/1981 de fecha 13 de febrero de 1981).

Como lo ha determinado la doctrina, en los casos de omisión legislativa la Sala Constitucional no podría sustituirse en el Legislador y dictar la ley respectiva, obviando los pasos constitucionales fundamentales que pueden permitir la sanción de una ley, y que son, ya lo hemos señalado, primero, la intervención del órgano de representación popular integrado por diputados electos, sin lo cual un acto normativo nunca podría llegar a ser ley (salvo que se emita por delegación legislativa), de conformidad con el artículo 202 de la Constitución; segundo, que para la sanción se siga el procedimiento constitucionalmente prescrito para la formación de las leyes, con dos discusiones de los diputados (artículos 207 al 211 de la Constitución), y tercero, que se garantice el derecho ciudadano a la participación política mediante la consulta popular previa de los proyectos de ley antes de la sanción (artículo 206 de la Constitución).

El poder del juez constitucional en la sustanciación y decisión del recurso de omisión legislativa, al igual que al principio de respeto a la Constitución y al bloque de la constitucionalidad, debe estar sometido especialmente al principio de separación de poderes y a los límites derivados del propio medio de impugnación, esto es: a la declaratoria de la omisión legislativa del poder legislativo municipal, estatal o nacional, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.

Es evidente entonces que, para decidir el recurso por omisión legislativa el juez constitucional tiene la obligación no sólo de hacer eficaz el precepto constitucional que ha exhortado el desarrollo legislativo que se omite, sino también de reparar la inconstitucional omisión, sin violar el principio de división de poderes.

La sentencia 397 asumió indebidamente competencias de la Sala Constitucional y además las ejerce contrariando la Constitución y los propios límites que en la interpretación constitucional que a ésta corresponde la Sala Constitucional ha desarrollado a través de su jurisprudencia citada.

Como ya hemos dicho, la sentencia 397 es inconstitucional por cuanto:

- (i) usurpó las funciones legislativas propias, exclusivas y excluyentes de la Asamblea Nacional (artículo 187, numeral 1, en concordancia con el artículo 156, numeral 32) y, en consecuencia,
- (ii) violó también el principio de separación de poderes y de legalidad (artículos 136 y 137, respectivamente, de la Constitución);
- (iii) violó la naturaleza, sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad (artículo 334 de la Constitución); y
- (iv) usurpó las competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al ejercer de oficio el control de constitucionalidad por omisión legislativa sobre la Asamblea Nacional (en violación del artículo 336, numeral 7, de la Constitución) y, por vía de consecuencia,
- (v) violó el debido proceso y el derecho a la defensa consagrados en el artículo 49 de la Constitución, por cuanto prescindió total y absolutamente del proceso establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, artículos 128 al 145, para la sustanciación y decisión del recurso por omisión legislativa.

III. DE LA POSIBILIDAD DE RECURRIR LA SENTENCIA 397 PARA SU REVISIÓN POR ANTE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Por ser manifiestamente inconstitucional la sentencia 397 es impugnabile mediante el recurso de revisión previsto en el numeral 10° del artículo 336 de la Constitución y en los numerales 10, 11 y 12 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

El recurso de revisión contra sentencia procede en los siguientes casos:

- (i) Contra 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
- (ii) Contra las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los Tribunales de la República, cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación; o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales.
- (iii) Contra las sentencias definitivamente firmes en las que se haya ejercido el control difuso de la constitucionalidad de las leyes u otras normas jurídicas, que sean dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República.

Asimismo, es procedente este mecanismo de impugnación contra sentencias de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, las cuales se hallan igualmente sujetas a los criterios de interpretación constitucional fijados por la Sala Constitucional (sentencia nro. 93 del 6 de

febrero de 2001, caso “Olimpia Tours and Travel vs. Corporación de Turismo de Venezuela”; artículo 25, numeral 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

Cierto que cuando una sentencia inconstitucional agota sus efectos solo entre las partes que han intervenido en el proceso o en los terceros intervinientes, que no es el caso, la legitimación activa para ejercer el recurso de revisión constitucional recae exclusivamente sobre los titulares de los derechos supuestamente agraviados por la sentencia cuya revisión se solicita. Véase la sentencia de la Sala Constitucional del 14 de noviembre de 2005, caso “Eliana Cherubini”.

Pero sabemos que a través de la sentencia 397 se ha legislado de forma inconstitucional y se han dictado normas de procedimiento de aplicación general, con las mismas características que se predicán de la ley, estas son: abstracción, generalidad y permanencia, por lo que cualquier persona natural o jurídica plenamente capaz estaría legitimado para interponer el recurso de revisión constitucional y así lo ha admitido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 23 de marzo de 2004, caso “Ismael García”, cuando decidió sobre la revisión constitucional solicitada por una organización que no formó parte del juicio que dio lugar a la sentencia cuestionada.

La inconstitucional sentencia 397 dictada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, al pretender derogar parcialmente el Código de Procedimiento Civil, mediante el uso erróneo y desnaturalizado del control difuso de constitucionalidad y, en consecuencia, extender sus efectos a una pluralidad de individuos más allá de la controversia sometida a su decisión, pretendiendo constituirse en una ley que regula el procedimiento civil, puede ser objeto del recurso de revisión constitucional por cualquier persona natural o jurídica.

**LA FRAUDULENTA Y FALLIDA “MAGIA” DEL
JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA.
DE CÓMO SE “TRANSFORMA” UNA ACCIÓN DE
AMPARO, QUE FUE DECLARADA SIN LUGAR, EN UNA
VÍA PARA EMITIR DECLARACIONES POLÍTICAS,
SOBRE HECHOS POLÍTICOS, IGNORANDO LA JUSTICIA
Y EL DEBIDO PROCESO
(Sobre la sentencia de la Sala Constitucional N° 65
del 26 de mayo de 2020)**

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

Resumen: *Este artículo analiza la sentencia N° 65 de 20 de mayo de 2020, mediante la cual la sala Constitucional, luego de declarar sin lugar una acción de amparo, sin que nadie se lo pidiera, y sin proceso, declaró “válida” la Junta Directiva de la Asamblea Nacional presidida por el Diputado Luis Parra, “prohibiendo” que la Junta Directiva presidida por el Diputado Gavidó se pudiera reunir.*

Palabras Clave: *Asamblea Nacional. Junta Directiva.*

Abstract: *This article analyses Decision N° 65 of May 2020 of the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal, through which, after rejecting an injunction for the protection of fundamental rights (amparo), without any party request, and without contradiction, declared “valid” the Board of Directors of the National Assembly chaired by representative Luis Parra, “forbidding” that the Board of Directors chaired by representative Juan Gavidó could meet.*

Key words: *National Assembly. Board of Directors.*

Siempre me ha llamado la atención los que hacen los “magos” ilusionistas ante audiencias atentas, cuando, por ejemplo, “convierten” una pelota de tenis en una manzana, o “sacan” de un pañuelo unas palomas.

Pero nunca me imaginé poder presenciar una manipulación de la realidad como la que ha hecho el Juez Constitucional en Venezuela, actuando como “mago,” al pretender cambiar fraudulentamente una declaratoria sin lugar de una acción de amparo intentada contra unos diputados, en una decisión de validación de hechos políticos y de prohibición de otros; o peor, presenciar cómo ese Juez Constitucional declaró sin lugar la petición de protección de una persona respecto de su derecho a la participación política a través de sus representantes, privando al mismo tiempo a todos los venezolanos de ese mismo derecho a dicha participación y representación.

Y es eso, y no otra cosa, lo que ha hecho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con su “mágica” sentencia N° 65 del 26 de mayo de 2020,¹ mediante la cual declaró *sin lugar* la acción de amparo intentada por Enrique Ochoa Antich el día 7 de enero de 2020, “contra la Asamblea Nacional y, particularmente, respecto a los Diputados Luis Parra, Franklin Duarte y José Gregorio Noriega, por un lado; y a los Diputados Juan Guaidó, Juan Pablo Guanipa y Carlos Berrizbeitia, por otro lado, quienes pretenden cumplir funciones de integrantes de sendas Juntas Directivas de la Asamblea Nacional,” solicitando protección de su “derecho constitucional a la participación política y la representación consagrado en el artículo 62 de la Constitución;” para sin embargo, como por arte de magia, decidir asuntos políticos como si el juicio no hubiera terminado mediante esa declaratoria sin lugar de la acción propuesta.

Y es que al declarar la Sala sin lugar la acción de amparo intentada terminaba el juicio, quedando solo el archivo del expediente. Pero no fue así, y lo que hizo la Sala fue resolver lo que nadie le había pedido; sin partes ni proceso, pasando a formular declaraciones políticas, sobre hechos políticos, declarando como “válida” la Junta Directiva de la Asamblea Nacional presidida por el Diputado Luis Parra, a cuyos integrantes fue a los únicos que la Sala Constitucional notificó de la acción propuesta, y “prohibiendo” que la Junta Directiva presidida por el Diputado Guaidó se pueda reunir, en un juicio en el cual no se citó a los integrantes de esta última. La Sala, así, al rechazar proteger al accionante en su derecho a la participación política y a la representación, le violó el mismo derecho a todos los ciudadanos a estar representados en el Parlamento por los diputados electos por la mayoría de los votantes.

Dicha sentencia de la Sala Constitucional, por violación del derecho constitucional al debido proceso que regula el artículo 49 de la Constitución y, además, por violación al derecho a la participación y a la representación política de los ciudadanos, está viciada de nulidad conforme a lo indicado en el artículo 25 de la Constitución, y la misma no tiene ningún efecto ni valor. Es cierto que el Juez Constitucional no tiene quien lo controle, pero también es cierto que estando sometido a la Constitución, no puede despreciarla, teniendo los ciudadanos legítimo derecho de desconocer los actos ilegítimos de las autoridades que sean contrarios a los valores, principios y garantías democráticos y menoscaben los derechos fundamentales (art. 350).

I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO: LOS HECHOS ACAECIDOS CON OCASIÓN DE LA INSTALACIÓN DE LA ASAMBLEA NACIONAL AL INICIO DE SU PERÍODO DE SESIONES ORDINARIAS EN ENERO DE 2020

Como lo expresamos en su momento,² la Asamblea Nacional, conforme lo exige la Constitución (art. 219) debía iniciar sus sesiones para el período ordinario 2020-2021, en su sede oficial, que conforme al artículo 1° del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea, es el Palacio Federal Legislativo, el día 5 de enero de 2020.

Ese día, sin embargo, por la fuerza bruta de la Policía Nacional y del Ejército, cuyos efectivos rodearon el Palacio Federal Legislativo, los diputados a la Asamblea Nacional fueron impedidos de poder ingresar libremente al mismo para realizar su sesión de instalación para el período 2020-2021 bajo la dirección de la correspondiente Comisión de Instalación

¹ Véase en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/309867-0065-26520-2020-20-0001.HTML>

² Véase Brewer-Carías, Allan R. “La instalación de la Asamblea Nacional de Venezuela el 5 de enero de 2020 y desalojo de los okupas del Palacio Federal Legislativo,” 7 de enero de 2020, Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/01/202.-Brewer.-INSTALACION%3%93N-AN-EL-5-DE-ENERO-DE-2020-Y-DESALOJO-DE-LOS-OKUPAS.pdf>

ción presidida por el Presidente de la Asamblea Juan Guaidó, como lo prescribe el artículo 219 de la Constitución y el artículo 11 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea.³

Ante esa contingencia, es decir, ante la situación excepcional de que efectivos de la Policía y del Ejército impidieran a los diputados, a la fuerza, poder ingresar libremente al Palacio Federal Legislativo para poder reunirse e instalar la Asamblea, la mayoría de sus integrantes, es decir, 100 diputados de los 167 diputados que la conforman, tal como lo autoriza el artículo 1º del Reglamento Interior y de Debates acordaron realizar la sesión de instalación de la Asamblea en un lugar diferente de la ciudad de Caracas, escogiendo la sede del Diario *El Nacional*.

Y efectivamente, allí, a las 5 pm de ese mismo día 5 de enero de 2020 se realizó la sesión de instalación de la Asamblea Nacional, con la participación de 100 diputados, número superior al quórum requerido, que era de 84 diputados,⁴ en un todo realizada de acuerdo con lo previsto en el Reglamento Interior y de Debates. En la sesión, además, se eligió con el voto de los mencionados 100 diputados,⁵ a los miembros de la Junta Directiva para el período 2020-2021, resultando electos con el voto de 100 diputados: Juan Guaidó, como Presidente; Juan Pablo Guanipa como Primer Vicepresidente, y Carlos Berrizbeitia como Segundo Vicepresidente de la Asamblea Nacional.⁶ El Diputado Guaidó, en esa forma, quedó ratificado como Presidente Encargado de la República, como lo venía haciendo desde comienzos de 2019.⁷

³ Tal como lo resumió la Asociación Civil Venezuela Libre: “Los hechos son inequívocos: usaron a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana para impedir que la Asamblea Nacional sesionara en su sede oficial. Acosaron y amenazaron a diputados para evitar que llegaran hasta el Palacio Legislativo. Compraron parlamentarios para escenificar un grotesco, ilegal e ilegítimo intento de tomar el control de la institución, sin que la misma se hubiese constituido con el quórum requerido, que era de 84 diputados.” Véase Asociación Civil Venezuela Libre: “Ante los graves hechos ocurridos en Venezuela el 5 de enero. Llamado a la comunidad internacional,” Madrid 6 de enero de 2020, disponible en: <http://www.venezuelanpress.com/2020/01/06/venezuela-libre-se-pronuncia-ante-graves-hechos-ocurridos-venezuela-5-enero/>

⁴ Véase Brewer-Carías, Allan R. “Sobre el quórum y el régimen de las votaciones en la Asamblea Nacional con particular referencia a la elección de los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea, New York, 4 de enero de 2020. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2020/01/Brewer.-SOBRE-EL-QUORUM-Y-EL-R%C3%89GIMEN-DE-LAS-VOTACIONES-EN-LA-ASAMBLEA-NACIONAL-4.1-2020.pdf>

⁵ Véase la “Lista de votación de diputados y diputadas de la Asamblea Nacional para la Junta Directiva 2020-2021,” Disponible en: <https://www.scribd.com/document/441940983/Lista-de-votacion-de-diputados-y-diputadas-de-la-AN-para-la-Junta-Directiva>

⁶ Véase el Acta de Juramentación de la Nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional para el período 2020-2021, de fecha 5 de enero de 2020, en *Gaceta Legislativa* No. 16, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.scribd.com/document/442011097/Gaceta-Legislativa-Instalacion-de-la-Junta-Directiva-de-la-AN>

⁷ Como lo expresó el Bloque Constitucional de Venezuela: “Como consecuencia de la elección de la nueva Junta Directiva, el diputado Juan Guaidó queda ratificado como legítimo Presidente encargado de la República, quien junto a la Asamblea Nacional, tiene por mandato velar por la ejecución de lo dispuesto en el Estatuto que rige la Transición a la Democracia, con fundamento en lo dispuesto en el art. 333 de la Constitución, contando para ello, con el reconocimiento explícito de más de cincuenta gobiernos democráticos, y el respaldo mayoritario del pueblo venezolano.” Véase “El Bloque Constitucional de Venezuela, ante el grotesco zarpazo a la institucionalidad de la Asamblea Nacional, por parte del régimen de Maduro y un grupo de diputados felones, hace del

Mas temprano, sin embargo, durante el mismo día 5 de enero de 2020, y paradójicamente protegidos por la misma fuerza bruta del régimen autoritario de Policías y efectivos del Ejército que tenían rodeada la sede de la Asamblea, un grupo reducido e indeterminado de diputados, actuando como *okupas* –así llamados en otras partes del mundo a quienes asaltan y ocupan inmuebles ilegalmente–, asaltaron e invadieron la sede de la Asamblea, ocupando física e ilegítimamente sus espacio, es decir, sin tener derecho ni título alguno para ello. Con su acción, no solo terminaron de impedir a la Asamblea Nacional el poder instalarse en su sede, sino que violando todas las disposiciones de la Constitución y del Reglamento Interior y de Debates en la materia, una vez dentro, montaron un teatro pretendiendo usurpar el carácter de la Asamblea Nacional, supuestamente “instalándola,” sin la presencia de su Presidente y sin contar con el quorum requerido que era de 84 diputados, aún cuando contaron con la presencia de algunos “actores de relleno,” es decir, “ciudadanos que simulaban ser parlamentarios para forjar un quórum inexistente,”⁸ procediendo supuestamente a “elegir” la Junta Directiva de la misma presidida por el Diputado Luis Parra.⁹

En la instalación de la Asamblea, el quórum debe constatarse para poder comenzar la sesión como lo indica el artículo 64.1 del Reglamento Interior y de Debates, siendo imposible la instalación de la misma sin el quórum necesario, pues en tal caso, la supuesta “instalación,” como lo expresó José Ignacio Hernández, no sería sino una “vía de hecho sin validez jurídica alguna,”¹⁰ y los actos adoptados en la misma, son simplemente inexistentes, y nadie puede considerarlos como actos jurídicos.¹¹

conocimiento de la opinión pública nacional e internacional,” Caracas, 6 de Enero de 2020. Disponible en: <https://elvenezolanonews.com/2020/01/06/diputados-apegados-a-la-constitucion-afirman-que-golpe-parlamentario-reimpulso-la-lucha/>. Véase sobre el régimen de la Transición Democrática: Brewer-Carías, Allan R. *Transición hacia la democracia en Venezuela. Bases constitucionales y obstáculos usurpadores* (Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar; y Epílogo de Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019.

⁸ Así lo afirmó la propia Asamblea Nacional en Comunicado emitido el 7 de enero de 2020, firmado por la Junta Directiva presidida por Juan Guaidó.

⁹ Como lo resumió Gerardo Blyde, además, “en violación del artículo 191 de la Constitución Nacional, votaron en esa irrisoria reunión (pretendida sesión) personas que habían perdido su condición de diputados al haber aceptado ocupar cargos públicos distintos al de diputados, no exceptuados constitucionalmente,” y “aún con la incorporación de estos ciudadanos que ya no son diputados a la Asamblea Nacional por mandato constitucional, no reunieron el quórum mínimo válido para sesionar.” Véase Gerardo Blyde, “¿Qué paso el #5Ene?, en La Patilla.com, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.lapatilla.com/2020/01/06/que-paso-el-5ene-segun-el-analisis-del-abogado-gerardo-blyde/>

¹⁰ Véase Hernández, José Ignacio, “Opinión sobre Constitucionalidad de la designación de la Junta Directiva para el período de sesiones correspondientes al 2020-2021,” 7 de enero de 2020,” disponible e: <http://confirmado.com.ve/conf/conf-upload/uploads/2020/01/PER-313.pdf>

¹¹ Por ello, como José Ignacio Hernández lo puntualizó: “en la mañana del 5 de enero de 2020 no hubo ninguna sesión de la Asamblea Nacional ni se designó a la Junta Directiva, con lo cual, tampoco el diputado Parra fue designado como Presidente de la Asamblea Nacional. Lo único que ocurrió fue una vía de hecho que, mediante el abuso de la fuerza militar, tomó violentamente las instalaciones del Palacio Federal Legislativo para que cinco individuos pudieran ocupar físicamente [aun cuando por breve tiempo] los espacios que corresponden a la Presidencia, Vicepresidencias y Secretarías de la Asamblea Nacional.” Véase José Ignacio Hernández, “Opinión sobre Constitucionalidad de la designación de la Junta Directiva para el período de sesiones correspondientes al 2020-2021, 7 de enero de 2020,” disponible e: <http://confirmado.com.ve/conf/conf-upload/uploads/2020/01/PER-313.pdf>

En otras palabras, lo que ocurrió el día 5 de enero de 2020, con la supuesta designación del diputado Luis Parra como Presidente de la Asamblea, como fue calificado el profesor Ramón Escovar León, no fue sino una “emboscada bufa” que condujo a una “elección bufa,” donde “no hubo sesión válida sino un simulacro,” en fin “una “burda maniobra,”¹² producto de la “ocupación” fáctica de la sede de la Asamblea, que evidentemente no podía durar mucho tiempo, por lo estúpida que fue la maniobra.

Por ello, la sede del Palacio Federal Legislativo fue desalojada tiempo después,¹³ de manera que los diputados que conforman la mayoría de la Asamblea Nacional y su nueva Junta Directiva, forzando el paso ante militares que les impedían el acceso al edificio,¹⁴ pudieron entrar de nuevo a su sede, y ocuparla legal y legítimamente; habiendo procedido a tomarse juramento a los miembros de su Junta Directiva presidida por Juan Guaidó.¹⁵

Por tanto, en las circunstancias antes descritas, en Venezuela, el 5 de enero de 2020 nunca hubo dos actos de instalación de la Asamblea Nacional ni se produjo la elección de supuestamente dos Juntas Directivas, como al inicio y prematuramente se reportó en alguna prensa,¹⁶ y lo aceptó como válido la Sala Constitucional en su sentencia N° 65 de 26 de mayo de 2020. Al contrario, como lo indicó José Ignacio Hernández:

“Es errado afirmar que hay, por ello, dos Juntas Directivas de la Asamblea Nacional. Lo sucedido en la mañana del 5 de enero no tiene relevancia jurídica como actos del Poder Legislativo. Se trató, insistimos, de una vía de hecho perpetrada por el abuso de la fuerza militar y por la cual unos individuos tomaron por asalto la sede del Palacio Federal Legislativo, como un acto más del golpe de Estado permanente perpetrado por Nicolás Maduro en contra de la Asamblea Nacional electa en 2015.”¹⁷

Por lo demás, como bien lo observó Henry Ramos Allup, solo cuando el acta de instalación y nombramiento de la Junta Directiva, en la cual está la constancia del quórum, es aprobada en la sesión primera de la Asamblea, como ocurrió el día 7 de enero de 2019, es que puede hablarse de la firmeza de los cargos.¹⁸ Ello nunca pudo ocurrir con la supuesta “elección” del diputado Parra, por un grupo indeterminado e impreciso de *okupas*.¹⁹

¹² Véase Ramón Escovar León, “El nuevo reto de Guaidó,” en *El Nacional*, 7 de enero de 2020, disponible en: <https://www.elnacional.com/opinion/el-nuevo-reto-de-guaido/>

¹³ Véase el Video documentando el abandono del Palacio Federal Legislativo por el diputado Luis Parra y otros en: <https://twitter.com/NTN24ve/status/1214569754708582401> C

¹⁴ Véase lo que serán unos Videos memorables sobre la recuperación del Palacio Federal Legislativo por la Asamblea Nacional, el 7 de enero de 2019, en <https://twitter.com/NTN24ve/status/1214569754708582401>; y en <https://twitter.com/search?q=%23VIDEO&src=hash>.

¹⁵ Véase la información en la cuenta Twitter oficial de la Asamblea, disponible en: <https://twitter.com/AsambleaVE/status/1214576305699770370V>

¹⁶ Véase por ejemplo, “¿Tiene Venezuela dos Asambleas nacionales?”, en *Spitnik Mundo*, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://mundo.sputniknews.com/americ-latina/202001061090055762-venezuela-tiene-ahora-dos-asambleas-nacionales/>

¹⁷ Véase José Ignacio Hernández, “Opinión sobre Constitucionalidad de la designación de la Junta Directiva para el período de sesiones correspondientes al 2020-2021,” 7 de enero de 2020,” disponible en: <http://confirmado.com.ve/conf/conf-upload/uploads/2020/01/PER-313.pdf>

¹⁸ Véase Henry Ramos Allup, intervención en la sesión de la Asamblea Nacional del 7 de enero de 2020. Disponible en: <https://youtu.be/oO4Wc3BK0RM>

¹⁹ Como lo resumió Gerardo Blyde: “1. Sólo hubo una sesión válida de instalación y elección de nueva Junta Directiva, la celebrada en la sede externa *ad hoc* y dirigida por el presidente saliente que resultó reelecto. Esta es la única sesión que se realizó el 5 de enero del 2020, pues contó con el

II. LA ACCIÓN DE AMPARO INTENTADA

Como ya se indicó, el día 7 de enero de 2020 (es decir, dos días después de los hechos antes descritos), el Sr Enrique Ochoa Antich, buscando protección a su “derecho constitucional a la participación política y la representación consagrado en el artículo 62 de la Constitución,” intentó una acción de amparo constitucional contra los Diputados Luis Parra, Franklin Duarte y José Gregorio Noriega, por un lado y a los Diputados Juan Guaidó, Juan Pablo Guanipa y Carlos Berrizbeitia, por otro lado,” por pretender “cumplir funciones de integrantes de sendas Juntas Directivas de la Asamblea Nacional,” señalando también como agraviantes “a los Diputados Héctor Agüero y Juan Guaidó, quienes asumieron las respectivas funciones de director de debates de las sendas sesiones de instalación del 5 de enero de 2020,” y a oficiales de la Guardia Nacional del Comando de la zona.

La acción intentada fue admitida por la Sala mediante sentencia N° 1 de fecha 13 de enero de 2020, ordenándose notificar solamente “a los Diputados que dicen integrar la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional elegida, el 05 de enero de 2020, a saber: Luis Parra, Franklin Duarte y José Gregorio Noriega,” a los fines de que informaran a la Sala “sobre el acto parlamentario de conformación de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional y el quórum de la sesión, tanto el de instalación como el de la aprobación de la Directiva, lo cual deberán soportar con copia certificada del acta y demás actuaciones vinculadas con la información requerida.” En esa forma, se violó así, de entrada, el derecho al debido proceso y a la defensa de todos los demás supuestos agraviantes señalados por el accionante Ochoa Antich, entre ellos el diputado Guaidó. Con ello, la Sala Constitucional además, abiertamente tomó posición respecto del tema que el accionante cuestionaba, pues al admitir la acción la Sala “confesó” que solo “reconocía” a la Junta Directiva presidida por el Diputado Parra, al pedirle solo a él y al Sr. Negal Morales, “quien se identificó como secretario de quienes manifestaron integrar la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional elegida el 05 de enero de 2020,” información sobre la Junta que había instalado sin quorum requerido, ignorando, de entrada, que la Asamblea Nacional se había instalado efectivamente con el quórum requerido, bajo la presidencia del diputado Juan Guaidó, tal como se indicó en el propio texto de la acción intentada.

En el escrito de la acción, Ochoa Antich, en efecto, expresó ante la Sala, entre otras cosas, que sobre la supuesta instalación de la Asamblea y elección del Diputado Parra para presidirla “No consta que se haya hecho verificación formal del quórum antes de iniciar la sesión, ni si este existía al momento de la señalada elección,” refiriéndose en todo caso al hecho de que “dos grupos diferentes de Diputados afirman ostentar la cualidad de integrantes de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional y en virtud de ello están procediendo a hacer uso de las correspondientes atribuciones, generándose una peligrosa dualidad que haría inoperante el cuerpo deliberante y que puede conducir a una escalada de conflictividad y de violencia.” Todo lo cual, a juicio del accionante, habría vulnerado:

quórum constitucional necesario para su instalación y desarrollo. 2. Las actuaciones realizadas por un grupo de diputados en la sede del parlamento nacional no pueden ser calificadas de sesión. No hubo sesión. No contaban con el quórum constitucional para poder instalarse como sesión y mucho menos para poder tomar decisiones en nombre del cuerpo legislativo nacional. 3. Adicionalmente pretendieron incorporarse y además votar ciudadanos que ya no son diputados por haber perdido su condición al haber aceptado otros cargos públicos. 4. No existen dos Juntas Directivas de la Asamblea Nacional. La única Junta Directiva constitucional y legalmente electa está constituida por Juan Guaidó como Presidente y por los diputados Juan Pablo Guanipa y Carlos Berrizbeitia como primer y segundo vicepresidentes.” Véase Gerardo Blyde, “¿Qué paso el #5Ene?, en La Patilla.com, 6 de enero de 2020, disponible en: <https://www.lapatilla.com/2020/01/06/que-paso-el-5ene-segun-el-analisis-del-abogado-gerardo-blyde/>

“gravemente la existencia misma y funcionamiento de la Asamblea Nacional, la cual es indudablemente legítima y ha sido reconocida unánimemente por todos los venezolanos, Y así mismo lo es que tal violación y amenaza, concreta e inminente, lesionan mi derecho constitucional de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas, consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

El accionante en amparo, finalmente, lo que solicitó a la Sala Constitucional, fue que se diligenciara lo pertinente: (i) para “convocar la sesión de instalación de la Asamblea Nacional para el período legislativo anual 2020; y (ii) “para que en la sesión de instalación y elección de la Junta Directiva se proceda a la verificación nominal de la votación, de modo de poder saber cuál es válidamente la Directiva de la Cámara.”

En definitiva, como resulta del mismo texto de la sentencia, se trataba de un juicio de amparo constitucional intentado por un ciudadano buscando específicamente la protección judicial a su derecho a la participación política y representación establecido en el artículo 62 de la Constitución, contra dos grupos de diputados y funcionarios de la Asamblea Nacional que participaron en los hechos de instalación de la misma el día 5 de enero de 2020: en un caso, en una sede ocupada policial y militarmente, sin haberse verificado el quórum existente, y en otro caso, con la participación verificada de 100 diputados; y con un petitorio específico: que la Sala convocara con las garantías necesarias una nueva instalación de la Asamblea Nacional.

A partir de la admisión de la acción, la Sala comenzó a “cambiar” los hechos, ignorándolos, procediendo incluso a “inventar” otros “antecedentes del caso” distintos a los que se derivan de los hechos antes reseñados.

III. LOS “ANTECEDENTES DEL CASO” RESEÑADOS EN LA SENTENCIA QUE NADA TIENEN QUE VER CON EL CASO

En efecto, la Sala Constitucional, en su sentencia, al referirse a los “antecedentes del caso,” ignoró los hechos antes reseñados e, incluso, explicados en el texto de la acción de amparo intentada, y procedió, más bien, también como por arte de magia, a referirse a *otros hechos*, y por tanto, a *otros antecedentes*: por una parte, a sus propias actuaciones políticas en contra de la Asamblea Nacional, con el objeto de ahogarla y cercenarle todos sus poderes y funciones adoptadas a partir de 2016,²⁰ así como a las Juntas Directivas que se habían electo

²⁰ Véase en general sobre este proceso: Ayala Corao, Carlos M. y Chavero Gazdik, Rafael J. *El libro negro del TSJ de Venezuela: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, 394 pp.; *Memorial de agravios 2016 del Poder Judicial. Una recopilación de más de 100 sentencias del TSJ*, ONGs: Acceso a la Justicia, Transparencia Venezuela, Sinergia, espacio público, Provea, IPSS, Invesp. Disponible en: <https://transparencia.org.ve/project/memorial-de-agravios-del-poder-judicial-una-recopilacion-de-mas-de-100-sentencias-del-tsj/>; and José Vicente Haro, “Las 111 decisiones inconstitucionales del TSJ ilegítimo desde el 6D-2015 contra la Asamblea Nacional, los partidos políticos, la soberanía popular y los DDHH,” en *Buscando el Norte*, 10 de julio de 2017. Disponible en: <http://josevicenteharogarcia.blogspot.com/2016/10/las-33-decisiones-del-tsj.html> Ramón Guillermo; Aveledo (Coordinador), *Contra la representación popular. Sentencias inconstitucionales del TSJ de Venezuela*, Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2019 pp. 5-31. Disponible en <http://www.fermintoro.net/portal/wp-content/uploads/2019/07/CONTRA-EL-PODER-LEGISLATIVO-WEB.pdf>; Brewer-Carías, Allan R. *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Colección Estudios Políticos, No. 13, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas 2016, 453 pp.; Segunda edición,

en la Asamblea en esos mismos años; y por la otra, a lo que denominó la “situación política actual, basado en la existencia de lo que también denominó como una “notoriedad comunicacional.”

A tal efecto, la Sala Constitucional hizo, primero, particular mención a las siguientes sentencias de la misma:

En primer lugar, a la sentencia N° 808 del 2 de septiembre de 2016, mediante la cual esa Sala declaró “entre otras cosas que resultaban manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica, los actos emanados de la Asamblea Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas, mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.”²¹

En segundo lugar, la Sala se refirió a su sentencia N° 2 del 11 de enero de 2017, dictada para desconocer la Junta Directiva de la Asamblea Nacional para el período 2017-2018, considerándola “nula de nulidad absoluta, carente de validez,” en la cual la Sala Constitucional constató que supuestamente era “un hecho cierto,” que dicha Junta Directiva “se mantienen en franco desacato de las decisiones de este Máximo Tribunal, que en su Sala Constitucional dictó con los números 269 del 21 de abril de 2016, 808 del 2 de septiembre de 2016, 810 del 21 de septiembre de 2016, 952 del 21 de noviembre de 2016, 1012, 1013 y 1014 del 25 de noviembre de 2016, y recientemente la 01 del 09 de enero de 2017; y de su Sala Electoral las decisiones números 260 del 30 de diciembre de 2015, 1 del 11 de enero de 2016 y 108 del 1 de agosto de 2016;”²² lo que a juicio de la Sala, supuestamente le impedía a la Asamblea Nacional “elegir de su seno la nueva Junta Directiva,” anulando en consecuencia tanto la instalación de la Asamblea como el nombramiento de su Junta Directiva.

Sobre la Junta Directiva de la Asamblea nacional electa en enero de 2018, para el período 2018-2019, la Sala Constitucional indicó en la sentencia, que la misma “carece de legitimidad al mantenerse el órgano legislativo nacional en desacato frente a las decisiones de este Alto Tribunal de la República;” no expresando nada, sin embargo, y sorpresivamente, sobre

2016, disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2016/06/Brewer.-libro.-DICTADURA-JUDICIAL-Y-PERVERSI%C3%93N-DEL-ESTADO-DE-DERECHO-2a-edici%C3%B3n-2016-ISBN-9789803653422.pdf>; Brewer-Carías, Allan R. *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto*, Colección Estudios Políticos, No. 15, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas / New York, 2017. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/06/ALLAN-BREWER-CARIAS-LA-CONSOLIDACI%C3%93N-DE-LA-TIRAN%C3%8DA-JUDICIAL-EN-VZLA-JUNIO-2017-FINAL.pdf>

²¹ Véase sobre esta sentencia, los comentarios en: Correa, María Alejandra, “De la inconstitucional evasión del control parlamentario decretada por el Ejecutivo Nacional y avalada por la Sala Constitucional,” en *Revista de Derecho Público*, No. 147-148, Caracas 2016, pp. 326 ss.; Véase Brewer-Carías, Allan R. *La amenaza final contra la Asamblea Nacional para el golpe de Estado judicial: La declaratoria de nulidad total de sus actos y el anuncio del enjuiciamiento de los diputados por desacato*. Nueva York, 5 de septiembre de 2016. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea3/Content/Brewer.%20AMENAZA%20FINAL%20CONTRA%20LA%20ASAMBLEA%20NACIONAL%20sept.%202016.pdf>

²² Véanse los comentarios a la mayoría de dichas sentencias en: Brewer-Carías, Allan R. *Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Colección Estudios Políticos, No. 13, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas 2016, 453 pp.; Segunda edición, 2016, disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2016/06/Brewer.-libro.-DICTADURA-JUDICIAL-Y-PERVERSI%C3%93N-DEL-ESTADO-DE-DERECHO-2a-edici%C3%B3n-2016-ISBN-9789803653422.pdf>

“la correspondiente para el período 2019-2020, donde aparecen designados los ciudadanos: Juan Guaidó como Presidente, Edgar Zambrano como Primer Vicepresidente y Stalin González como Segundo Vicepresidente.”

“Relatado lo anterior,” la Sala concluyó reiterando lo expresado en su mencionada sentencia N° 2 del 11 de enero de 2017, en el sentido de que en la misma había “prohibido” a la Asamblea Nacional “realizar cualquier acto que implique la instalación del Segundo Período de Sesiones correspondiente al año 2017, así como la elección de una nueva Junta Directiva y de Secretaría, hasta tanto acate las decisiones emanadas de este Máximo Tribunal;” destacando, sin embargo, que:

“Desde entonces dicho órgano legislativo nacional se ha mantenido en desacato a las decisiones de este Alto Tribunal de la República, y cualquiera de sus actuaciones de la Asamblea Nacional es nula y carente de toda validez y eficacia jurídica, sin menoscabo de la responsabilidad a que hubiere lugar, como lo evidencian las sentencias dictadas en relación a su omisión y a sus actuaciones, entre otras, se pueden mencionar las sentencias números 0074 del 11-4-19, 0247 del 25-7-19 y 0248 del 26-7-19.”

Terminó la Sala Constitucional el recuento de sus actuaciones en contra de la Asamblea Nacional indicando que:

“en el caso del ciudadano Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez, la falta de legitimidad ha quedado constatada desde el inicio de sus actuaciones írritas y contrarias al Texto Constitucional, al pretender representar o dirigir a la Asamblea Nacional, así como para tomar alguna decisión.”

Según la Sala, ello se desprendería de las sentencias dictadas por ella misma y por la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia de fechas 29 de enero de 2019 y 01 de abril de 2019, mediante las cuales se pretendió allanarle la inmunidad parlamentaria al diputado Guaidó.²³

La Sala, después de haberse referido a los hechos anteriores, como supuestos “antecedentes del caso,” cuando evidentemente no lo son, pasó, segundo, a referirse también como “antecedentes del caso” a lo que calificó como “la situación política actual,” citando, “en atención a la notoriedad comunicacional,” varias notas informativas tomadas el 20 de enero de 2020, haciendo referencia a los vínculos de las mismas en Internet, publicadas entre septiembre de 2019 y enero de 2020, sobre supuestos “acuerdos Gobierno y oposición” e instalación de “Mesa de Diálogo para la convivencia,”²⁴ deduciendo, también como por arte de magia, sin que ello resulte de ninguna de las informaciones reseñadas, la existencia de un supuesto “*hecho político de que el Gobierno y la oposición han instalado la mesa de diálogo para lograr entre otras cosas, salir del desacato del órgano legislativo nacional y entrar en el orden constitucional,*” lo cual es totalmente falso y basta para darse cuenta de ello leer las informaciones antes mencionadas en las cuales nada de ello se dice.

²³ Véase sobre ello los comentarios en Brewer-Carías, Allan R: “El inconstitucional allanamiento de la inmunidad parlamentaria del diputado Juan Guaidó, Comentarios en torno a un Voto Disidente a una decisión inexistente del Tribunal Supremo en Sala Plena, supuestamente dictada el 1° de abril de 2019.” New York, 12 de abril de 2019. Disponible en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/04/194.-Brewer.-Inconstitucional-allanamiento-inmunidad-parlamentaria-J.-Guad%C3%B3-11-4-2019.pdf>

²⁴ Véase las informaciones citadas en la sentencia, en los siguientes links: <https://www.vtv.gob.ve>; <https://www.telesurtv.net/news/avance-dialogo-gobierno-oposicion-venezuela-primer-mes--20191016-0022.html>; <http://www.ultimasnoticias.com.ve>

Después de hacer esas afirmaciones, la Sala concluyó la sentencia con la afirmación de que “*posterior*” a ese hecho político, como si fuera consecuencia del mismo, “se ha producido la nueva elección de la junta directiva de dicho órgano el 05 de enero de 2020,” refiriéndose solo a la que supuestamente preside el diputado Parra, que es a la única a la cual se refirió la sentencia de admisión de la acción de amparo (No 1 del 13 de enero de 2020;” todo para supuestamente “verificar el cumplimiento de lo señalado en el dispositivo N° 6 del fallo N° 2 del 11 de enero de 2017.”²⁵ Y así, también como por arte de magia, por lo visto habría desaparecido la situación de “desacato” de la Asamblea Nacional, que la propia Sala Constitucional había “decretad” desde 2016.²⁶

Es decir, de una acción de amparo intentada por un ciudadano para proteger su derecho a la participación política y la representación, con ocasión a los hechos políticos sucedidos el día 5 de enero de 2020, a los que antes se hemos hecho alusión la Sala, como por arte de magia, en lugar de referirse a esos hechos que eran efectivamente los “antecedentes del caso,” inventó, como por arte de magia, otros antecedentes y otros hechos políticos para decidir.

IV. LAS CONSIDERACIONES PARA DECIDIR SE LIMITARON A LA ACEPTACIÓN COMO VÁLIDAS, DE LAS INFORMACIONES SUMINISTRADAS POR EL DIPUTADO LUIS PARRA, SIN PROBANZA ALGUNA DE ELLAS, CONCLUYENDO CON DECISIONES QUE NADA TENÍAN QUE VER CON EL OBJETO DEL PROCESO

La Sala, para decidir, a pesar de que declara en la sentencia que “aprecia que la acción de amparo fue interpuesta contra “los Diputados Luis Parra, Franklin Duarte y José Gregorio Noriega, por un lado y a los Diputados Juan Guaidó, Juan Pablo Guanipa y Carlos Berizbeitia, por otro lado, quienes pretenden cumplir funciones de integrantes de sendas Juntas Directivas de la Asamblea Nacional, en las condiciones descritas;” y contra los “Diputados Héctor Agüero y Juan Guaidó, quienes asumieron las respectivas funciones de director de debates de las sendas sesiones de instalación del 5 de enero de 2020;” sin embargo, se limitó a considerar el escrito presentado por el Luis Eduardo Parra que le había requerido la Sala, en el cual sólo se refirió a la supuesta instalación de la Asamblea Nacional y elección de la Junta Directiva por él presidida,” dándole “vigor aislado,” como observó Juan Manuel Raffalli, “a un instrumento generado por la propia arte interesada sin haber requerido ningún informe a la

²⁵ Dicho dispositivo estableció, que se “*prohíbe* a la Asamblea Nacional realizar cualquier acto que implique la instalación del Segundo Período de Sesiones correspondiente al año 2017, así como la elección de una nueva Junta Directiva y de Secretaría, hasta tanto acate las decisiones emanadas de este Máximo Tribunal y perfeccione las condiciones coherentes, objetivas y constitucionales necesarias para el nombramiento de la nueva Junta Directiva de la misma e inicio del período de sesiones del año 2017.”

²⁶ Sobre ello, con toda razón, Juan Manuel Raffalli expresó que: “La sentencia inscribe la actitud de la pretendida Junta Directiva presidida por el diputado Parra en el marco de la “Mesa de Diálogo Nacional” (Autodenominada Mesita) y lo toma como un hecho positivo ante el desacato de la AN que, según la Sala, persiste desde 2017. Asimismo, inexplicablemente, excluye la pretendida designación del diputado Parra y sus compañeros de los efectos anulatorios derivados de dicho desacato...” concluyendo con la “absurda” conclusión que se deriva de la sentencia y es que “la AN ya no está en desacato siempre que sesione bajo la Directiva presidida por el diputado Parra, lo cual, absurdamente, hace depender el supuesto desacato del Poder Público más representativo de la Federación, de la voluntad de tres supuestos Directivos cuya designación no es aceptada por la mayoría de los diputados.” Véase Raffalli, Juan Manuel, “Contenido y efectos de la sentencia Parra,” en *Prodavinci*, 28 de mayo de 2020, disponible en: <https://prodavinci.com/contenido-y-efectos-de-la-sentencia->

Junta Directiva presidida por el diputado Guaidó,²⁷ que contenía la simple indicación de que “en el inicio, desarrollo y culminación de la sesión hubo siempre la presencia de los diputados y diputadas que calificaban el quórum parlamentario,” pero sin probar nada de ello, y sin hacer referencia por ejemplo, al “hecho público comunicacional” de que antes de ello, “con uso de la fuerza pública, se le impidió el acceso al Hemiciclo y adyacencias al Palacio Federal Legislativo a decenas de diputados por lo que no pudieron asistir a la sesión del 5 de enero de 2020.”²⁸

La Sala, sin embargo, hizo referencia a lo afirmado por el Diputado Parra sobre que supuestamente, “son hechos notorios comunicacionales la validez del quórum y la sustracción material del listado de asistencia,” citando para ello comentarios de personas, ignorando qué son hechos notorios comunicacionales conforme a la propia doctrina de la Sala, los cuales nunca pueden derivar de “opiniones” de personas sino con referencia a hechos concretos.²⁹

Luego, de las anteriores “consideraciones para decidir,” la Sala Constitucional lo que hizo fue copiar en varias páginas, como material “de relleno,” primero, los textos de las normas de los artículos 194 y 219 de la Constitución, y los artículos 2, 3, 4, 6, 7, 9, 10, 11 y 12 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea; y segundo, los textos del “Acuerdo de Designación de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional del período 2.020-2.02” y del “Acta de instalación de la Asamblea Nacional, del 05 de enero de 2020, y juramentación de la nueva Junta Directiva de dicho órgano legislativo nacional.”

Y así, como por arte de magia, de esos textos, la Sala concluyó que quedaba “evidenciado,” es decir, que daba por probado, sin que se hubiese producido prueba alguna:

Primero, que habría habido una “manifestación de voluntad de integrar una mesa de diálogo entre representantes del Gobierno y representantes de la oposición, con la finalidad de que el órgano legislativo nacional ejerza sus competencias en acatamiento a los postulados constitucionales y, por ende, salga del desacato en el que alguno de sus integrantes la subsumieron,” cuando ello no consta en ninguna parte de lo expresado en la sentencia, salvo quizás en la mente “ilusionista” del ponente.

Segundo, que con base exclusivamente en el acta suministrada de instalación de la Asamblea Nacional en la cual se eligió al diputado Parra, se había probado (evidencia) que “supuestamente se llevó a cabo la elección con el quórum válido reglamentario para la designación de la Junta Directiva para el período 2020-2021,” cuando en dichas actas no se informa nada sobre el quórum requerido ni sobre los nombres de los diputados presentes en la sesión.

Y tercero, que también se había probado (evidencia), y solamente con base en lo que informó el diputado Parra, aceptándolo como “un hecho notorio comunicacional,” que se habría producido “la sustracción del libro de asistencia de los parlamentarios de la sesión del 05 de enero de 2020,” para lo que únicamente se citó un *twit* de un diputado (Stalín González) del 6 de enero de 2020.

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Ídem.*

²⁹ Sobre ello, véase por ejemplo Brewer-Carías, Allan R. “Consideraciones sobre el “hecho comunicacional” como especie del “hecho notorio” en la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo” en *Revista de Derecho Público*, N° 101, enero-marzo 2005, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2005, pp. 225-232

Y, santa palabra !! La magia se produjo, el libro de asistentes fue sustraído y por lo visto, nadie, más nunca, podrá saber quiénes asistieron a la sesión y si hubo o no quórum.³⁰

Con estas “consideraciones para decidir” la Sala pasó efectivamente a decidir, no la acción de amparo que era objeto del juicio y su petitorio, que era lo único que podía decidir y que terminó declarando sin lugar, sino a declarar *urbi et orbi*, sin más, como “máxima instancia de la jurisdicción constitucional,” que es “válida la Junta Directiva de la Asamblea Nacional designada el 05 de enero de 2020 para el período 2020-2021, conformada de la siguiente manera: Luis Eduardo Parra Rivero como Presidente, Franklin Duarte como Primer Vicepresidente y José Gregorio Noriega como Segundo Vicepresidente.”

Pero no se quedó allí el artilugio de la Sala, sino que, ignorando el “hecho comunicacional de que la Guardia Nacional había impedido el acceso a la sede del Parlamento “actuando claramente como una suerte de “censor parlamentario,”³¹ se “además, pasó a “observar” otro “hecho público, notorio y comunicacional” consistente en que se habrían “registrado diversos actos públicos en los que el ciudadano Diputado a la Asamblea Nacional Juan Gerardo Antonio Guaidó Márquez se arroga la cualidad de presidente del Parlamento Nacional,” citando para reforzar su aserto, diversas informaciones publicadas;³² y a indicar que también era del “conocimiento público” que en enero y febrero de 2020 se habían realizado “sesiones de la asamblea nacional” fuera del recinto legislativo, es decir, en espacios públicos, como en la sede del periódico “El Nacional”; el Anfiteatro El Hatillo; el Auditorio Cumbres de Curumo; la Plaza Bolívar de Chacao; y la Plaza Los Palos Grandes, en el Municipio Los Salias, del Estado Miranda.

Y de allí, la Sala formuló otra “conclusión” y decisión, *urbi et orbi*, que nada tiene que ver con la acción de amparo propuesta y que también se formuló en la sentencia como por arte de magia, y fue la afirmación de que “por ello” (¿por qué? ¿Con base en qué?, nadie sabe!!):

“queda prohibida la instalación de un parlamento paralelo o virtual, que no tiene ningún efecto jurídico, y toda persona pública o privada o institución que preste o ceda espacio para ello, será considerada en desacato; y cualquier acto ejercido como tal es nulo. Así se decide.”

Con esta declaración, la Sala “anunció” claramente su amenaza efectiva de criminalizar el desacato de la prohibición formulada, supuestamente emitida al resolver una acción de amparo, lo que le permitiría, conforme a su propia doctrina jurisprudencial,³³ dictar medidas

³⁰ Con razón apuntó Juan Manuel Raffalli, que lo menos que pudo hacer la Sala en la “búsqueda de la verdad” y conforme a la Ley Orgánica que la regula, era “notificar al diputado Stalin González a manifestar si tenía en su poder dicho libro, y de ser así, que lo exhibiera o consignara para constatar su contenido.” Véase, Raffalli, Juan Manuel, “Contenido y efectos de la sentencia Parra,” en *Prodavinci*, 28 de mayo de 2020, disponible en: <https://prodavinci.com/contenido-y-efectos-de-la-sentencia->

³¹ Así lo califica, con razón Juan Manuel Raffalli, destacando además, que la Sala evadió “el deber de pronunciarse sobre el atropello de la GNB hacia diputados a quienes, por la fuerza, impidió el acceso al Hemiciclo para asistir a la sesión,” ignorando que la acción de amparo había identificado como supuestos agraviantes a diversos oficiales de la Guardia Nacional. En *Idem*.

³² Véase las informaciones en: <https://talcualdigital.com/guaido-pide-acompanar-a-diputados-en-proxima-sesion-de-la-an/>; <https://www.elnacional.com/venezuela/la-directiva-de-la-asamblea-na-cional-convoco-a-sesion-para-el-martes-en-el-palacio-federal-legislativo/>; <https://cronica.uno/an-sesiono-por-sexta-ocasion-en-el-ano-fuera-del-palacio-federal-legislativo/>.

³³ Véase la sentencia de la Sala Constitucional No. 145 de 18 de junio de-2019, en *Revista de Derecho Público*, No. 158-159, enero-junio 2019, Editorial Jurídica Venezolana, 2019, pp. 332 ss.

privativas de libertad contra quienes la desacaten, con la consecuencia de la pérdida de la investidura parlamentaria conforme a la inconstitucional doctrina ya sentada en el caso de los Alcaldes Vicencio Scarno Spisso y Daniel Ceballo en 2014.³⁴

V. LA DECLARATORIA *IN LIMINE LITIS* DE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO INTENTADA

Pero la Sala Constitucional, después de haber adoptado en sus “consideraciones para decidir” todas las antes mencionadas decisiones, es decir, luego de haber decidido sin haber decidido la acción propuesta —otra magia ilusionista incomprensible—, entonces, sin embargo, pasó a decidir la acción de amparo intentada por el ciudadano Enrique Ochoa Antich, declarándola improcedente, es decir, sin lugar, *in limine litis*, locución que en latín significa literalmente, “decisión adoptada inmediatamente antes del comienzo (en el “umbral,” en la entrada)” de un caso judicial.”

La Sala, para dictar esta insólita decisión, *in limine*, parece que se le olvidó que el juicio no sólo había comenzado, pues la propia Sala lo había admitido expresamente cinco meses antes, en su sentencia N° 1 de 13 de enero de 2020, sino que se había desarrollado bajo las pautas dadas por ella misma. No puede declararse una acción *in limine* sin lugar en un juicio, sino cuando no ha comenzado; si se ha desarrollado, es simplemente un contrasentido declararlo sin lugar *in limine*. Sin embargo, aún con ese grave error, lo que en definitiva resultó fue que, con esa decisión, el juicio terminó, y lo único que quedaba era archivar el expediente.

Se destaca sin embargo, que para tomar la decisión tan drástica declarando sin lugar la acción, la Sala constató que en la acción de amparo intentada por Enrique Ochoa Antich contra “los Diputados Luis Parra, Franklin Duarte y José Gregorio Noriega, por un lado y a los Diputados Juan Guaidó, Juan Pablo Guanipa y Carlos Berrizbeitia, por otro lado, quienes pretenden cumplir funciones de integrantes de sendas Juntas Directivas de la Asamblea Nacional” y otros; supuestamente no se encontraban satisfechos “los requisitos del artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales,” al considerar que “no existe actuación fuera del marco de la competencia constitucional y legalmente atribuida de la nueva Junta Directiva para el período 2020-2021, así como tampoco violación a derecho constitucional alguno por parte de los integrantes legítimos de la misma,” sin indicar, sin embargo a cual “nueva Junta Directiva” se refería de las dos indicadas en la acción de amparo. La cita del artículo 4 de la Ley Orgánica, evidentemente que fue otro error, pero no de tipeo, sino de fondo porque expresión en utilizó la Sala es precisamente la del artículo 4 de la ley Orgánica de Amparo (“Art. 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”).

Es decir, la Sala, basándose exclusivamente en una norma (artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo) que se refiere única y exclusivamente a los casos de acción de amparo contra decisiones judiciales (“resolución o sentencia”), decidió *declarar inadmisibile una acción de amparo contra unos diputados*. Error craso de fundamentación de la sentencia, la cual también, por ello carece de motivación y es nula.

³⁴ Véase los comentarios en: Brewer-Carías, Allan R. “La ilegítima e inconstitucional revocación del mandato popular de Alcaldes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, usurpando competencias de la Jurisdicción penal, mediante un procedimiento “sumario de condena y encarcelamiento. (El caso de los Alcaldes Vicencio Scarno Spisso y Daniel Ceballo),” en *Revista de Derecho Público*, No. 138 (Segundo Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 176-213.

Y la nulidad de la misma se acrecienta al constatar que en la sentencia, la Sala Constitucional, luego de terminar el juicio,³⁵ como el mago ilusionista que saca de sombrero de copa, un conejo, rescata las decisiones que nadie le solicitó –formuladas en las consideraciones para decidir, es decir, sin haber decidido–, procediendo de oficio, no sólo declarar de nuevo “válida” la Junta Directiva de la Asamblea Nacional presidida por el Diputado Luis Eduardo Parra Rivero, sino declarar “prohibida la instalación de un parlamento paralelo o virtual, que no tiene ningún efecto jurídico,” anunciando amenazantemente que “cualquier persona pública o privada o institución que preste o ceda espacio para ello, será considerada en desacato; y cualquier acto ejercido como tal es nulo.”

Otro error craso del contenido de la sentencia, no solo porque en sí misma impone una limitación no autorizada al derecho de reunión de las personas que garantiza el artículo 53 de la Constitución, que se viola; sino porque declara *urbi et orbe* la nulidad de actos que puedan adoptarse, olvidándose la Sala de que las sentencias dictadas en materia de amparo –salvo cuando es contra actos judiciales– no tienen contenido anulatorio.³⁶

APRECIACIÓN FINAL

La sentencia, en definitiva, además de estar plagada de todos los errores imaginables en derecho, en definitiva, no es más que un manifiesto político sesgado, basado en consideraciones políticas, sobre hechos políticos, sin basamento jurídico alguno.

El Juez Constitucional quiso actuar como “mago” ilusionista, trastocando conceptualmente la acción de amparo, juzgando una supuesta violación constitucional atribuida a unos diputados aplicando la norma de la Ley sobre amparo contra sentencias judiciales; negándole la protección a una persona respecto de su derecho a la participación política y representación, y violándosela a todos los electores que eligieron a la Asamblea Nacional en 2015 y a la mayoría que la controla. Ello lo hizo, declarando sin lugar supuestamente *in limine* una acción de amparo, pero después de varios meses de haberla admitido y de haber desarrollado el juicio en la forma sesgada conforme lo dispuso, dando por sentado desde la admisión de la acción, que uno de los grupos de los diputados señalados como agraviantes era el que tenía la representación “legítima” de la Asamblea –cuando era lo contrario–, violándole en cambio el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa al otro grupo de los también señalados como supuestos agraviantes en amparo, el cual fue ignorado por completo y no fue notificado del proceso. Todo eso, además, lo hizo la Sala Constitucional sin pruebas de ninguna naturaleza, basándose solo en opiniones dadas a la prensa o en twitter sin siquiera haber verificado los nombres de los supuestos asistentes a la reunión de instalación de la Asamblea que reconoció, y si hubo o no quórum. Finalmente, la Sala cambió las reglas elementales del proceso, al declarar sin lugar la acción, que lo que debía implicar era el archivo del expediente, para, al contrario, emitir declaraciones políticas señalando como válida precisamente a la pretendida Junta Directiva de la Asamblea “electa” en una sesión donde no hubo el quórum necesario, y lanzar una prohibición general, violando el derecho constitucional de reunión, para

³⁵ Por ello, con razón, el profesor José Ignacio Hernández indicó que “la Sala Constitucional no podía dictar orden alguna, al haber declarado improcedente la acción de amparo ejercida.” Véase en “Sobre el nuevo intento del régimen de Maduro de criminalizar a la Asamblea Nacional con la decisión número 65 de la ilegítima Sala Constitucional,” en <https://twitter.com/DeProcuraduria/status/1265643395260743681>, 27 mayo 2020.

³⁶ Véase por ejemplo lo indicado en Brewer-Carías, Allan R “Introducción General al régimen del derecho de amparo a los derechos y garantías constitucionales,” en el libro: Brewer-Carías, Allan R (ed), *Ley de Orgánica de amparo sobre derechos y garantías constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 296-299.

pretender tratar de impedir una vez más que un grupo de diputados que tiene la mayoría en la Asamblea Nacional pueda ejercer su derecho como representantes electos del pueblo, con amenaza de cárcel.

En este caso, el Juez Constitucional, actuando como “mago” ilusionista, no resultó sino en un fraude: se le vieron todos los trucos, lo que confirma que definitivamente ya nadie podrá creer en lo que diga o decida. Como lo expresó, con razón el profesor Rafael Chavero Gazdik, la sentencia no sólo es “una oda al disparate,” sino que “es un documento político, ajeno a *cualquier* sentido de justicia y sensatez. Sencillamente una vergüenza de sentencia.”³⁷

³⁷ Véase @rchavero, 27 mayo 2020.

SOBRE LA ANOMALÍA DEL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD EJERCIDO DE OFICIO POR EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA

Allan R. Brewer-Carías
Director de la Revista

Resumen: *Este artículo estudia las sentencias dictadas por la sala Constitucional en los últimos años, particularmente anulando decisiones de la Asamblea Nacional, ejerciendo un control concentrado de constitucionalidad de oficio, lo que está expresamente prohibido, violando de las reglas más elementales del debido proceso.*

Palabras Clave: *Control de constitucionalidad. Debido proceso. Poderes de oficio.*

Abstract: *This article studies the decisions issued by the Constitutional Chamber of the Supreme Tribunal in recent years, particularly annulling decisions of the National Assembly, exercising ex officio its judicial review powers, which is expressly forbidden, in violation of the most elementary rules of due process.*

Key words: *Judicial Review. Due process. Ex officio powers.*

I. PRECISIÓN SOBRE EL SISTEMA VENEZOLANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA ACTUACIÓN DE OFICIO EN APLICACIÓN DEL MÉTODO DIFUSO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El sistema de justicia constitucional en Venezuela entre los sistemas que nos muestra el derecho comparado, es de carácter mixto o integral¹ en el sentido que combina los dos clásicos métodos de control de constitucionalidad de las leyes: por una parte, el método difuso de control de la constitucionalidad que tuvo como arquetipo el sistema norteamericano; y por la otra, el método concentrado de control de la constitucionalidad que ha tenido como arquetipo el modelo europeo de Tribunales Constitucionales.²

En cuanto al método difuso de control de constitucionalidad de las leyes,³ es de la esencia del mismo el que todos los jueces, al momento de decidir un caso concreto dentro de su

¹ Véase Brewer-Carías, Allan R. *El sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1995.

² Véase Brewer-Carías, Allan R. *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1989 pp. 275-287. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/Content/II.1.59.pdf>; y en el libro: *Judicial Review. Comparative Constitutional Law Essays, Lectures and Courses (1985-2011)*, Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Editorial Jurídica Venezolana, 2014, 1198 pp. 1079-1087. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICIAL-REVIEW.-9789803652128-txt-POR-TADA-Y-TEXTO-PAG-WEB.pdf>

³ Véase Brewer-Carías, Allan R. “El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el derecho venezolano,” en Víctor Bazán, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Edit. Abeledo Perrot, Tomo I, Buenos Aires 2010, pp. 15-20. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2010/05/643.-634.-El-m%C3%A9todo-difuso-de-control-de-constitucionalidad-en-Venezuela.-Brewer.-VBaz%C3%A1n-Argentina-2008.doc.pdf>

competencia, tienen el poder de resolver sobre la inaplicabilidad de la ley que debe regir a solución del mismo, cuando la consideren contraria a la Constitución, pudiendo incluso hacerlo de oficio, aplicando preferentemente la Constitución. En estos casos, es igualmente de la esencia de la aplicación del método que exista un proceso judicial en curso, iniciado a instancia de parte conforme al principio dispositivo, y desarrollado de acuerdo con las reglas del debido proceso.

En cuanto a la aplicación del método concentrado de control de constitucionalidad,⁴ el mismo está a atribuido expresamente en exclusiva, como Jurisdicción Constitucional, a un Tribunal o Corte Constitucional, o a la Corte Suprema de Justicia, o a una Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual tiene competencia para anular las leyes y demás actos de similar rango y valor contrarios a la Constitución, pudiendo el Juez Constitucional aplicar el mismo siguiendo un proceso constitucional que solo puede ser iniciado de oficio, mediante el ejercicio de una acción o recurso de inconstitucionalidad, incluso de carácter popular.⁵ En decir, en principio y salvo excepciones expresas y puntuales, el ejercicio del método concentrado de control de constitucionalidad, no puede ser aplicado en un proceso iniciado de oficio por el Juez Constitucional.⁶

En Venezuela, el método difuso de control de constitucionalidad de las leyes fue establecido expresamente en el Código de Procedimiento Civil desde el siglo XIX,⁷ al incorporarse en el mismo una previsión que en la actualidad tiene la siguiente redacción:

Artículo 20: Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.

El principio, más recientemente, también fue incorporado el artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal, con este texto:

Artículo 19: Control de la Constitucionalidad. Corresponde a los jueces velar por la incolumidad de la Constitución de la República. Cuando la ley cuya aplicación se pida colidiere con ella, los tribunales deberán atenerse a la norma constitucional.

Y siguiendo la tendencia de constitucionalización del método control de control difuso que ya se había observado en las Constituciones de Colombia, desde 1910 (art. 4); Guatema-

⁴ Véase Brewer-Carías, Allan R. *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Estudio de derecho comparado*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1994, pp. 50-52. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/Content/II,%20I,%2071.%20EL%20CONTROL%20CONCENTRADO%20DE%20LA%20CONSTITUCIONALIDAD%20DE%20LAS%20LEYES%20ESTUDIO%20DE%20DERECHO%20COMPARADO.%20LIBRO%20ARBCDOC.pdf>

⁵ Véase Brewer-Carías, Allan R., “La justicia constitucional en la nueva Constitución,” en *Revista de Derecho Constitucional* N° 1, Editorial Sherwood, Caracas 1999, pp. 35 a 44; Brewer-Carías, Allan R., *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

⁶ Sobre esta materia véase Brewer-Carías, Allan R. “Régimen y alcance de la actuación judicial de oficio en materia de justicia constitucional en Venezuela,” en *Revista JURÍDICA*, N° 4, Centro de Investigaciones Jurídicas Dr. Aníbal Rueda, Universidad Arturo Michelena, Valencia, julio-diciembre 2006, pp. 13-40.

⁷ Fue consagrado expresamente en el derecho positivo en el Código de Procedimiento Civil de 1897. Véase Brewer-Carías, Allan R. *Judicial Review in Comparative Law*, op. cit., 1989 pp. 127 ss.; Brewer-Carías, Allan R., *La Justicia Constitucional*, Tomo VI, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas San Cristóbal 1996, pp. 86 ss.

la, en 1965 (art. 204); Bolivia, en 1994 (art. 228); Honduras, en 1982 (art. 315), y Perú, en 1993 (art. 138), el mismo también se incorporó en la Constitución de Venezuela de 1999⁸, en el artículo 334, con el siguiente texto:

Art. 334. ... En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.

En esta forma, el método de control difuso de la constitucionalidad adquirió en Venezuela rango constitucional, el cual, como lo dice expresamente la norma constitucional, puede ser ejercido *de oficio* por los tribunales,⁹ incluyendo, por supuesto, a las diversas Salas del Supremo Tribunal y entre ellas a la Sala Constitucional cuando estén conociendo de un proceso judicial.

Dicha competencia, que es sin duda excepcional, en todo caso, debe ejercerse por el juez en el marco del respeto de los derechos y garantías judiciales establecidos en la propia Constitución y que le imponen al juez, por ejemplo, la necesidad de garantizar las reglas del debido proceso, debiendo el juez en esos casos de ejercicio del método difuso de oficio, oír a las partes sobre sus propias dudas o apreciaciones sobre la cuestión de constitucionalidad que se plantee, a fin de garantizar el derecho a ser oído y a defensa de las partes (art. 49, Constitución).

II. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD A INSTANCIA DE PARTE

Como hemos señalado, en Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ejerce la Jurisdicción Constitucional (art. 266.1 Constitución), teniendo competencia exclusiva para anular, *con efectos generales, erga omnes*, por razones de inconstitucionalidad ciertos actos estatales, en particular, de las leyes y demás actos con rango o valor de ley y de los actos estatales dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución (art. 334, 335, Constitución).¹⁰

Por ello, puede decirse que la Sala Constitucional no tiene el monopolio del control concentrado de la constitucionalidad respecto *de todos* los actos estatales, sino solo de los indicados (leyes y demás actos de rango y fuerza de ley, y los dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución); característica que por lo demás, es la que en general identifica a la "Jurisdicción Constitucional" en el derecho comparado.¹¹ Ello implica que la Jurisdicción Contencioso Administrativa también ejerce el control de constitucionalidad pero solo para declarar la nulidad por inconstitucionalidad (además de los casos de ilegalidad) de los actos administrativos (arts. 259, 336 Constitución).

⁸ Véase nuestras propuestas sobre la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad en Brewer-Carías, Allan R., *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Fundación de Derecho Público, Caracas 1999. Tomo II, pp. 24 y 34; Tomo III, pp. 94 a 105.

⁹ En contraste con la regla general en el derecho comparado que siempre exige instancia de parte interesada, ésta ha sido una de las características del sistema venezolano. Véase Brewer-Carías, Allan R., *La Justicia Constitucional*, Tomo VI, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Universidad Católica del Táchira, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 1996, p. 101.

¹⁰ *Ídem*, pp. 131 y ss.

¹¹ Véase en general, Brewer-Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, *op. cit.*, 1989, p. 190; y Brewer-Carías, Allan R. *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de Derecho Comparado)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994, p. 19.

Ahora bien, en cuanto a la Jurisdicción Constitucional, la misma como hemos dicho, en principio, ejerce la justicia constitucional al conocer y decidir procesos constitucionales, los cuales, conforme a la Constitución, son los instrumentos fundamentales para la realización de la justicia (Art. 253), debiendo los mismos desarrollarse con las debidas garantías judiciales que establece el texto fundamental en materia de debido proceso, lo que presupone y exige no sólo un contradictorio entre partes, sino su inicio conforme al principio dispositivo, es decir, a instancia de parte, siendo la excepción la actuación de oficio por parte de los jueces, la cual por supuesto requiere texto expreso. Ello, incluso, se ha declarado expresamente en el artículo 89 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹² al disponer que el mismo “conocerá de los asuntos que le competen *a instancia de parte interesada*” precisando que “no obstante, podrá actuar de oficio en los casos que disponga la ley.”

Luego, específicamente sobre el control concentrado de la constitucionalidad, el artículo 32 de la misma Ley Orgánica con el acápite de “Control concentrado de la constitucionalidad,” indica que:

“De conformidad con la Constitución de la República, el control concentrado de la *constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, mediante demanda popular de inconstitucionalidad*, en cuyo caso, no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del demandante por tratarse de un asunto de orden público...”

Es decir, la Sala Constitucional, como principio, no puede iniciar de oficio un proceso constitucional de control de constitucionalidad concentrado, que tiene que iniciarse a instancia de parte (mediante acción popular), teniendo, sin embargo, solo la potestad para poder suplir de oficio las deficiencia o fallas técnicas en que haya incurrido el demandante, por tratarse el tema de constitucionalidad de un asunto de orden público, pudiendo incluso el Juez Constitucional al momento de decidir, identificar otros vicios de inconstitucionalidad en el acto impugnado, no alegados por el demandante.

III. LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN MATERIA DE CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Luego de establecer la necesidad, como principio, de que los procesos constitucionales de control de la constitucionalidad se inicien a instancia de parte interesada, mediante el ejercicio de una acción popular, la Ley Orgánica establece dos precisas excepciones en las cuales un proceso de control concentrado de constitucionalidad se puede iniciar de oficio: en primer lugar, como consecuencia del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las leyes por la propia Sala u otros tribunales; y en segundo lugar, cuando se trata del ejercicio del poder de control concentrado de la constitucionalidad de los decretos ejecutivos de declaración de estado de excepción.

Salvo estos dos supuestos de actuación de oficio en materia de justicia constitucional concentrada, nada más se dispone en la Constitución ni la Ley Orgánica en la materia, lo que sin embargo no ha sido impedimento para que la propia Sala Constitucional hayan actuado de

¹² Véase en *Gaceta Oficial*, N° 39.483 del 9 de agosto de 2010. Véase sobre la ley los comentarios en: Brewer-Carías, Allan R. y Hernández Mendible, Víctor, *Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Los procesos y procedimientos constitucionales y contenciosos administrativos*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas. 2010.

oficio en materia de control concentrado de la Constitucionalidad, lo que no es sino una anomalía, propia de la patología de la justicia constitucional propia de un régimen autoritario.¹³

1. *El control concentrado de la constitucionalidad de oficio como consecuencia del ejercicio del control difuso de constitucionalidad*

El primer caso de excepción al principio dispositivo en materia de control concentrado de la constitucionalidad se da como consecuencia del ejercicio del control difuso de constitucionalidad, en caso incompatibilidad entre ellas y la Constitución, aplicando el juez entonces preferentemente sus disposiciones (Art. 334, Constitución).

El artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia exige en esta materia, que cuando cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia o cualquier otro tribunal de la República ejerzan el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, los mismos deben informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcance de la des aplicación de una ley que sea adoptada, para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión. Se trata, en definitiva, de la consagración legal del proceso obligatorio de revisión judicial de las sentencias en las cuales las Salas del Tribunal Supremo o cualquier otro tribunal, ejerzan el control difuso de constitucionalidad (artículo 366.10, Constitución).

En esos casos, la Sala Constitucional, como consecuencia del examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión, si declara que la des aplicación por control difuso está conforme a derecho, tiene competencia expresa en el artículo 34 de la misma Ley Orgánica, para, de oficio, “ordenar el inicio del procedimiento de nulidad que dispone esta Ley.” Igualmente, la Sala Constitucional puede ordenar de oficio iniciar un proceso de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, cuando ha sido la misma Sala la que haya ejercido el control difuso de constitucionalidad en un proceso constitucional concreto, iniciado a instancia de parte mediante acción popular.

2. *El procedimiento de control de constitucionalidad obligatorio de los decretos de estado de excepción*

La segunda excepción legal al principio dispositivo en materia de control concentrado de la constitucionalidad se da en los casos de control concentrado obligatorio de la constitucionalidad de los decretos ejecutivos de declaratoria de estados de excepción dictados por el Presidente de la República (Art. 336,6 Constitución), en los cuales, conforme a la Constitución, la Sala puede incluso actuar *de oficio*.

En efecto, de acuerdo con el artículo 339 de la Constitución, el decreto que declare el estado de excepción debe ser remitido por el Presidente de la República a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, para que ésta se pronuncie sobre su inconstitucionalidad, pudiendo la Sala, conforme al artículo 336.6 de la Constitución, “revisar, en todo caso, *aun de oficio*, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.”

Sobre este mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad, la “Exposición de Motivos” de la Constitución, indicó que:

¹³ Véase Brewer-Carías, Allan R., *La patología de la justicia constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014; Brewer-Carías, Allan R., “*Quis Custodiet ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*,” en VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional, Perú, Colegio de Abogados de Abogados, Fondo Editorial, Arequipa 2005, pp. 463-489.

“En lo que se refiere a la protección de los derechos humanos, la Sala Constitucional tendrá importantes funciones. En primer lugar, con el objeto de reforzar la protección de los derechos humanos reconocidos y garantizados expresa o implícitamente en la Constitución, se acoge un mecanismo consagrado en alguna Constitución de América Latina, en virtud del cual la Sala Constitucional debe, en todos los casos y aun de oficio, controlar la constitucionalidad de los decretos que declaren estado de excepción. *Esta será la única competencia que podrá ejercer de oficio la Sala Constitucional y ello por tratarse de la protección de los derechos humanos, razón por la cual se ha previsto expresamente en texto constitucional.*”¹⁴

En efecto, esta atribución de control de constitucionalidad obligatorio constituyó una novedad de la Constitución de 1999, que se incorporó al texto siguiendo el antecedente establecido en la Constitución de Colombia (art. 241,7). En Venezuela, sin embargo, se agregó la posibilidad de ejercicio de esta atribución por la Sala, aun *de oficio*, tratándose entonces del único supuesto de control concentrado de la constitucionalidad en el cual el proceso se puede iniciar de oficio por la Sala Constitucional, una vez que el decreto se haya publicado en *Gaceta Oficial*.

Dicho control, en todos los casos, debe versar en particular, conforme a lo dispuesto en los artículos 337 y siguientes de la Constitución, sobre si al restringirse alguna garantía constitucional, el decreto contiene, por ejemplo, efectivamente, la necesaria *regulación* sobre el ejercicio del derecho cuya garantía se restringe” (art. 339).

IV. OTRAS POTESTADES DE ACTUACIÓN DE OFICIO DISTINTAS AL EJERCICIO DEL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD

A pesar de lo terminante del texto de la mencionada “Exposición de Motivos” de la Constitución al explicar que en ella, a los efectos de “reforzar la protección de los derechos humanos reconocidos y garantizados expresa o implícitamente en la Constitución”, se acogió el “mecanismo consagrado en alguna Constitución de América Latina, en virtud del cual la Sala Constitucional debe, en todos los casos y aun de oficio, controlar la constitucionalidad de los decretos que declaren estado de excepción,” e indicar que esta sería “*la única competencia que podrá ejercer de oficio la Sala Constitucional y ello por tratarse de la protección de los derechos humanos, razón por la cual se ha previsto expresamente en texto constitucional;*” tanto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo a través de su jurisprudencia, como el legislador mediante la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, han establecido otros supuestos de poderes de oficio de la Sala Constitucional en materia de justicia constitucional, tanto en materia procedimental; en materia de revisión judicial de sentencias dictadas por los tribunales en materia de amparo y de control difuso; y en materia de avocamiento.

En la Ley Orgánica, en efecto, se pueden identificar los siguientes supuestos expresamente regulados que permiten la actuación *de oficio* de la Sala Constitucional en el curso de procedimientos ya iniciados:

En primer lugar, como se ha señalado, el poder otorgado a la Sala Constitucional para poder suplir de oficio las deficiencias en las que haya incurrido el recurrente en el escrito de la acción popular de inconstitucionalidad para el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, que se regula en el artículo 33 de la Ley Orgánica, establecido luego de precisar que, en todo caso, el inicio del proceso tiene que ser a instancia de parte mediante el ejercicio de una acción popular

¹⁴ A pesar, incluso, de las dudas sobre la legitimidad de dicha “Exposición de Motivos” de la Constitución. Véase los comentarios en Brewer-Carías, Allan R, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999 (Comentarios sobre su desarrollo jurisprudencial y su explicación, a veces errada, en la Exposición de Motivos)*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000.

En segundo lugar, en materia de medidas cautelares, 130, 163 y 176 de la Ley Orgánica dispone que en cualquier estado y grado del proceso las partes pueden solicitar, y la Sala Constitucional puede acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional para ello, cuenta con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio debe tener en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto; poder general que se ejerce en general, para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

En tercer lugar, como excepción al principio de que todas las actuaciones en los procesos constitucionales son públicas, el artículo 177 de la Ley Orgánica dispone que la Sala Constitucional, de oficio o a solicitud de parte, cuando estén comprometidas la moral y las buenas costumbres, o cuando exista disposición expresa de ley, puede ordenar la reserva del expediente y que la audiencia sea a puerta cerrada.

En cuarto lugar, en materia de perención de la instancia por incumplimiento de deberes procesales, la Sala puede, de oficio, decidir continuar con la causa, cuando haya motivos de orden público que lo justifiquen (artículos 96, 137, 153, 189, de la Ley Orgánica).

Y en quinto lugar, conforme al artículo 106 de la Ley Orgánica, todas las Salas del Tribunal Supremo, incluida la Sala Constitucional, tienen competencia, en las materias de su respectiva competencia, para proceder a recabar de cualquier tribunal (avocamiento), en el estado en que se encuentre, de oficio o a instancia de parte, con conocimiento sumario de la situación, cualquier expediente o causa para resolver si la avoca y asume el conocimiento del asunto o, en su defecto, lo asigna a otro tribunal.¹⁵

En este último caso, dado que se trata de una institución que rompe el orden procesal, el artículo 107 de la Ley Orgánica exige que dicha potestad de avocamiento se ejerza “con suma prudencia y sólo en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática;” pudiendo la sentencia que se dicte “decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tenga pertinencia, o decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, u ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro Tribunal competente en la materia, así como, adoptar cualquier medida legal que estime idónea para el restablecimiento del orden jurídico infringido” (art. 109).

V. EL ANÓMALO EJERCICIO DEL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO POR LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

A pesar de todo lo escrito en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es decir, a pesar de lo preciso que fue el Constituyente y el Legislador al regular los supuestos de ejercicio de potestades de oficio por parte de la Jurisdicción Constitucional y, en especial, en materia de ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad, la Sala Constitucional, sujeta como ha estado al Poder Ejecutivo, habiendo perdido toda inde-

¹⁵ Véase Brewer-Carías, Allan R, *Sobre el avocamiento de procesos judiciales por parte la Sala Constitucional (Una excepcional institución procesal concebida para la protección de “orden público constitucional,” y que ha resultado en un instrumento político violatorio del derecho al juez natural, a la doble instancia y al orden procesal)*, Cuaderno de la Cátedra Fundacional León Henrique Cottin sobre Teoría de la Prueba, Universidad Católica Andrés Bello N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2013.

pendencia y autonomía, y actuando como agente del autoritarismo,¹⁶ ha desplegado un activismo judicial de oficio inusitado, en particular en el proceso de cercenamiento de los poderes de la Asamblea Nacional, luego de la elección parlamentaria de diciembre de 2015, que le dio a la oposición el control de la misma

Así, entre las múltiples sentencias dictadas por la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional, que han llevado a configurar un régimen que he calificado como de una dictadura o tiranía judicial,¹⁷ destacan las siguientes sentencias dictadas de oficio por la Sala Constitucional, la mayoría basadas en considerar que la Asamblea Nacional a partir de 2016, ha estado en una situación de “desacato” de las sentencias del Tribunal Supremo y que, por tanto, todos sus actos pasados y futuros son nulos.

1. *Una precisión previa sobre la figura del “desacato” de decisiones judiciales, como tipo delictivo y sus consecuencias*

Antes de referirme a esos casos de sentencias dictadas de oficio para cercenar poderes de la Asamblea Nacional, es indispensable que nos refiramos a la figura del desacato de decisiones judiciales en Venezuela, regulado legislativamente como un tipo delictivo en el artículo 485 del Código Penal, al establecer sanciones de multa y arresto de cinco a treinta días para quienes desobedezcan una orden emitida legalmente por una autoridad competente. Alguna ley especial, como la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por la importancia constitucional de la misma, ha establecido una sanción de seis a quince años de prisión (art. 122) que los jueces penales pueden imponerle a quien viole una orden judicial de amparo constitucional.

La consecuencia de estas regulaciones es que, en Venezuela, la sanción por desacato solo puede ser impuesta por un tribunal de la jurisdicción penal ordinaria, en un proceso penal, y solo puede imponerse al individuo o al funcionario público que haya incurrido en desacato, y nunca a una institución (como la Asamblea Nacional, o una Alcaldía).

Por ello, las sentencias que se comentan a continuación de la Sala Constitucional, dictadas de oficio basadas en sentencias previas que habían declarado a la Asamblea en desacato son todas inconstitucionales, porque en Venezuela ninguna medida de desacato es admisible contra instituciones, y solo puede imponerse a individuos o funcionarios públicos por órganos de la Jurisdicción penal, de la cual la Sala Constitucional no es parte.

Una institución como la Asamblea Nacional, como órgano del Estado integrado por representantes del pueblo, por tanto, no puede ser declarada constitucionalmente en desacato, y en ningún caso puede ser “sancionada” por supuesto desacato, con una declaración global de que todos sus actos, presentes y futuros, son nulos e inválidos, lo que significaría ignorar de hecho la existencia misma de la Asamblea Nacional, como representante del pueblo.

¹⁶ Véase Brewer-Carías, Allan R, “El juez constitucional al servicio del autoritarismo y la ilegítima mutación de la Constitución: el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999-2009)”, en *Revista de Administración Pública*, N° 180, Madrid 2009, pp. 383-418.

¹⁷ Véase Brewer-Carías, Allan R, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El Juez constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela* (Prólogo de Santiago Muñoz Machado), Ediciones El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial IUSTEL, Madrid 2017; *La consolidación de la tiranía judicial. El Juez Constitucional controlado por el Poder Ejecutivo, asumiendo el poder absoluto*, Colección Estudios Políticos, N° 15, Editorial Jurídica Venezolana International. Caracas / New York, 2017.

En Venezuela, contrariamente a lo que ocurre en otros países, ni siquiera ningún tribunal que conozca de algún procedimiento civil, administrativo o constitucional tiene el poder de imponer una sanción de desacato a un individuo o un funcionario público que se niegue a cumplir con una orden de ese tribunal. En tales casos, lo que debe hacer el tribunal específico es enviar el expediente relativo a los individuos o funcionarios públicos específicos que se han negado a cumplir una orden del tribunal, al tribunal penal competente, de acuerdo con el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal.

Si el incumplimiento por parte de un individuo o de un funcionario público se relaciona con una orden judicial emitida por el Tribunal Supremo, de conformidad con el artículo 122 de su propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y sin perjuicio las sanciones penales, civiles, administrativas o disciplinarias que podrían aplicar las autoridades competentes, el Tribunal Supremo solo puede imponer multas a los individuos o funcionarios públicos que se nieguen a cumplir con sus órdenes.

El principio de que las sanciones por desacato solo pueden ser impuestas por los tribunales de la jurisdicción ordinaria, en procedimientos penales y solo a individuos o funcionarios públicos, y no a una institución (como la Asamblea Nacional), puede decirse que ha sido una doctrina constante y reiterada del Tribunal Supremo, antes y después de la promulgación de la Constitución de 1999. Basta señalar, por ejemplo, lo que decidió en las siguientes sentencias: N° 789 de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de fecha 7 de noviembre de 1995;¹⁸ N° 895 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 31 de mayo de 2001 en el caso de “Aracelis del Valle Urdaneta;”¹⁹ y N° 74 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de enero de 2002.²⁰

E incluso, en casos muy controvertidos, como ocurrió en 2014, en el caso relativo a supuestos desacatos a decisiones de ampro por parte de varios Alcaldes, en los cuales la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, violando las competencias de la Jurisdicción Penal, decidió imponer directa e inconstitucionalmente las sanciones penales por desacato establecidas en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ello lo hizo contra los funcionarios específicos que habían desobedecido sus órdenes, es decir, los Alcaldes, sin imponer sanción alguna de nulidad de sus actuaciones a la institución del Ejecutivo Municipal (Alcaldía).²¹

¹⁸ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 63-64 (julio-diciembre 1995), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995, pp. 370-373. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/01/1995-REVISTA-63-64.pdf>

¹⁹ Disponible en: <http://tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/895-310501-00-2788.HTM>. Véase en Brewer-Carías, Allan R, “La ilegítima e inconstitucional revocación del mandato popular de Alcaldes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, usurpando competencias de la Jurisdicción penal, mediante un procedimiento “sumario de condena y encarcelamiento. (El caso de los Alcaldes Vicencio Scarno Spisso y Daniel Ceballo),” en *Revista de Derecho Público*, N° 138 (Segundo Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 185-187. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/01/9789803653125-txt.pdf>

²⁰ Disponible en: <http://tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/74-240102-01-0934.HTM>. Véase la cita en Brewer-Carías, Allan R, “La ilegítima e inconstitucional revocación del mandato popular de Alcaldes por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, usurpando competencias de la Jurisdicción penal, mediante un procedimiento “sumario de condena y encarcelamiento. (El caso de los Alcaldes Vicencio Scarno Spisso y Daniel Ceballo),” en *Revista de Derecho Público*, N° 138 (Segundo Trimestre 2014, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2014, pp. 185-187. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/01/9789803653125-txt.pdf>

²¹ *Ídem*.

Sin embargo, contra todos estos principios, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, mediante sentencia N° 808 del 2 de septiembre de 2016,²² dictada con motivo de la incorporación y juramentación de los diputados electos por el Estado Amazonas el 6 de diciembre de 2015, que habían sido debidamente proclamados por las autoridades del Consejo Nacional Electoral, pero cuya proclamación había sido “suspendida” por la Sala Electoral mediante sentencia cautelar N° 260 de 30 de diciembre de 2015;²³ declaró a la Asamblea Nacional “en desacato,” decidiendo, en general, hacia futuro, que “*mientras se mantenga el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia,*” todos “los actos emanados de la Asamblea Nacional, incluyendo las leyes que sean sancionadas” son y “resultan *manifiestamente inconstitucionales y, por ende, absolutamente nulos y carentes de toda vigencia y eficacia jurídica.*”

Esta decisión, por supuesto, como se ha dicho, fue y es totalmente inconstitucional pues el desacato de decisiones judiciales en Venezuela solo puede decretarse por la jurisdicción penal y respecto de personas o funcionarios, pero nunca en relación a instituciones, y menos respecto de un órgano electo popularmente como la Asamblea Nacional a los efectos de paralizarla en el ejercicio de sus funciones constitucionales.²⁴

Sin embargo, nada de ello detuvo a la Sala Constitucional, la cual continuó con sus decisiones declarando el desacato de la Asamblea, destacándose entre las más notables, la sentencia N° 2 del 11 de enero de 2017,²⁵ que declaró nulo y sin efecto tanto el acto de instalación de la Asamblea para su período de sesiones ordinarias de 2017, ocurrido el 5 de enero de 2017, como el Acuerdo que adoptó el 9 de enero de 2017 declarando la falta absoluta de un Presidente de la República (por dejación de las funciones de su cargo), agregando que:

“Cualquier actuación de la Asamblea Nacional y de cualquier órgano o individuo en contra de lo aquí decidido será nula y carente de toda validez y eficacia jurídica, sin menoscabo de la responsabilidad a que hubiere lugar.”

En esta forma, mediante un sablazo final de la “Justicia,” que se ratificó en la sentencia de la misma Sala N° 3 de 11 de enero de 2017,²⁶ se le cercenó definitivamente al pueblo su derecho más elemental en un Estado de derecho, que es el de ejercer la soberanía mediante sus representantes; y posteriormente, mediante sentencia N° 7 de 26 de enero de 2017, la cual a pesar de haber declarado inadmisibile la acción intentada, una vez finalizado el proceso, de oficio, en un supuesto *Obiter Dictum*, la Sala procedió a darle la estocada final a la Asamblea, al ratificar la declaratoria de nulidad absoluta de todas las actuaciones de la misma, amenazando incluso con dar inicio a un procedimiento para proceder a enjuiciar a los diputados de la Asamblea por desacato, revocarle su mandato popular y encarcelarlos.²⁷

²² Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190395-808-2916-2016-16-0831.HTML>

²³ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146.HTML>

²⁴ Véase por ejemplo, Brewer-Carías, Allan R, “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*, N° 147-148, (julio-diciembre 2016), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2016, pp. 322-325.

²⁵ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001.HTML>

²⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194892-03-11117-2017-17-0002.HTML>

²⁷ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195578-07-26117-2017-17-0010.HTML>

En ese marco del supuesto “desacato” de la Asamblea Nacional, la Sala Constitucional procedió muy inconstitucionalmente a iniciar procesos constitucionales de nulidad de actos de la Asamblea, de oficio, sin respetar las reglas y principios del debido proceso.

2. *Sentencia N° 814 de 11 de octubre de 2016 mediante la cual el Juez Constitucional, de oficio, anuló un Acuerdo de la Asamblea Nacional de rechazo de un Decreto de estado de excepción, con motivo de “aclarar” una sentencia anterior (N° 814 de 11 de octubre de 2016)*

En efecto, unos días después de dictada la sentencia N° 808 de 2 de septiembre de 2016 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, antes referida, mediante la cual declaró en desacato a la Asamblea Nacional, y además, declaró nulos todos sus actos pasados y futuros, la misma Sala, mediante sentencia N° 814 de 11 de octubre de 2016,²⁸ dictada con motivo de supuestamente “ampliar” lo resuelto en aquella, en virtud del mencionado “desacato” de la Asamblea Nacional, no sólo asumió directamente las competencias de la propia Asamblea Nacional en materia presupuestaria, en una evidente usurpación de autoridad, sino que además, declaró “de oficio” la nulidad del Acuerdo de la Asamblea Nacional de rechazo del Decreto N° 2.452, del 13 de septiembre de 2016 de declaración de estado de “excepción y de emergencia económica,” de 20 de septiembre de 2016,²⁹ que nadie le había solicitado, y que solo podría ocurrir conforme al proceso constitucional de anulación regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y en el artículo 336 de la Constitución.

Unos días antes de ese pronunciamiento, mediante sentencia N° 810 de 21 de septiembre de 2016,³⁰ la misma Sala Constitucional, al revisar la constitucionalidad del decreto N° 2.452 de 13 de septiembre de 2016³¹ de declaratoria del estado de excepción y emergencia económica, había procedido de paso, sin que ello fuera el *thema decidendum*, a “reiterar” lo que había declarado en la antes mencionada sentencia N° 808 del 02 de septiembre de 2016, en el sentido de que la Asamblea Nacional en Venezuela no podía adoptar ninguna decisión válida, mientras “se mantenga el desacato.”

En ese contexto creado exclusivamente por la Sala Constitucional, el Presidente de la República que estaba obligado a someter a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley de Presupuesto para el año 2017, se negó a hacer dicha presentación ante la Asamblea Nacional, y acudió ante la Sala Constitucional, solicitándole que conforme al artículo 252 del Código de Procedimiento Civil decidiera sobre una supuesta “ampliación” de la decisión mencionada N° 810 de 29 de septiembre de 2016, la cual solo había declarado la constitucionalidad del Decreto N° 2.452 de estado de excepción, y había ratificado la declaración de nulidad de todos los actos del órgano legislativo, mientras se mantuviera el desacato a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Una “ampliación” de sentencia es un asunto excepcionalísimo, pues bien es sabido que después de pronunciada una sentencia, el Tribunal que la haya pronunciado no puede revocarla ni reformarla, siendo la ampliación, solo “un “complemento conceptual de la sentencia

²⁸ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897>. HTML

²⁹ Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/detalle/acuerdo-sobre-el-decreto-de-estado-de-excepcion-y-de-emergencia-economica-dictado-por-el-presidente-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela-205>

³⁰ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190408-810-21916-2016-16-0897>.HTML

³¹ Véase en *Gaceta Oficial N° 6.256 Extra.* de 13 de septiembre de 2016.

requerido por omisiones de puntos, incluso esenciales, en la disertación y fundamento del fallo o en el dispositivo, siempre que la ampliación no acarree la modificación del fallo.”³²

La Sala Constitucional, sin embargo, desvirtuando el significado de las normas del Código de Procedimiento Civil, es su decisión afirmó sin fundamento que la “*ampliación persigue resolver un pedimento cuyo análisis se deriva del acto decisorio,*” contrariando la regla de que la misma no puede versar sobre asuntos que no fueron planteados inicialmente en la demanda que originó la sentencia, y al contrario procedió a tomar decisiones sobre asuntos no planteados, haciéndolo sin proceso judicial, es decir, sin garantizar el debido proceso ni el derecho a la defensa, contrariando la garantía judicial prevista en el artículo 49 de la Constitución.

La sentencia cuya “ampliación” se solicitó, como se dijo fue la sentencia N° 810 del 21 de septiembre de 2016 mediante la cual simplemente se declaró la constitucionalidad del Decreto de declaratoria de estado de excepción, de cuyo contenido nada resultaba necesario ampliar, porque nada se había omitido. Sin embargo, la Sala Constitucional, bajo la excusa de dictar una “aclaratoria” de dicha sentencia, mediante la mencionada N° 814 de 11 de octubre de 2016,³³ pasó a emitir una nueva sentencia en la cual, sin que ello tuviese relación alguna con la materia decidida en sentencia supuestamente “aclarada,” decidió, contrariando la Constitución, sobre asuntos que no fueron considerados en la sentencia, como fueron las competencias constitucionales para la aprobación de la Ley de Presupuesto, violando en la materia, las previsiones de la Constitución que se las asigna en exclusiva a la Asamblea Nacional.

La sentencia N° 814 de 11 de octubre de 2016, por tanto, en realidad no “amplió” nada de lo resuelto en la N° 810 del 21 de septiembre de 2016, siendo en realidad una sentencia nueva dictada en forma inconstitucional por el Juez Constitucional, sin proceso alguno, es decir, sin seguir instrumento alguno para la realización de la justicia como lo exige la Constitución (art. 257); procediendo de oficio, sin que nadie se lo pidiera, a anular el Acuerdo de la Asamblea Nacional de 20 de septiembre de 2016 de rechazo del Decreto N° 2.452 de 13 de septiembre de 2016 sobre el estado de emergencia. Para ello, notó la Sala, que dicho Decreto en uno de sus “Considerandos” hacía referencia a la declaratoria de la Sala “sobre la invalidez, inexistencia e ineficacia jurídica de todos los actos y actuaciones dictados por la Asamblea Nacional, por encontrarse este órgano legislativo en desacato y en flagrante violación del orden público constitucional.”

Y de allí, al constatar por hecho notorio que la Asamblea Nacional había dictado el mencionado Acuerdo de 20 de septiembre de 2016, rechazando el dicho Decreto N° 2452 de 13 de septiembre de 2016 sobre estado de excepción;³⁴ terminó declarando de oficio como “absolutamente nulo” el mencionado Acuerdo.

La Sala, así, violentando la Constitución sin que nadie hubiese iniciado ni instado proceso constitucional de nulidad alguno, declaró de oficio la nulidad de un acto parlamentario sin forma de Ley, lo que solo puede ocurrir conforme al proceso de anulación regulado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 336 de la Constitución.

³² Véase La Roche, Ricardo Henríquez, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Tomo II, Centro de Estudios Jurídicos de Venezuela. Caracas 2009, p. 267. Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, de 6 de agosto de 1992 citada, en: Oscar Pierre Tapia, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, N° 8-9, Editorial Pierre Tapia, Caracas 1992, pp. 385-386.

³³ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897.HTML> .

³⁴ Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ve/noticia/show/id/16338>

4. *Sentencia N° 7 de 26 de enero de 2017 y Sala Constitucional, ejerciendo el control de constitucionalidad de oficio, declarando nulas todas las actuaciones de la Asamblea Nacional, luego de declarar inadmisibile una demanda de nulidad de otros actos*

Posteriormente, la Asamblea Nacional, el día 9 de enero de 2017, adoptó otro Acuerdo declarando que Nicolás Maduro Moros estaba en situación de falta absoluta, pues había abandonado *las funciones constitucionales de la Presidencia de la República* que había estado ocupando; acto que al día siguiente fue impugnado ante la Sala Constitucional.

Ésta, sin proceso alguno pues no citó a representante alguno de la Asamblea, y en violación abierta de la garantía constitucional del debido proceso, y sin mayor trámite, unos días después dictó la sentencia N° 7 de 26 de enero de 2017, en la cual declaró inadmisibile la acción intentada.

Con ello, puede decirse que concluyó el proceso constitucional que se había iniciado mediante acción popular. Pero no. A pesar de ello, la Sala, de oficio, en un supuesto *Obiter Dictum*, procedió ejercer de oficio el control concentrado de constitucionalidad y procedió a declarar nulas de nulidad absoluta e inconstitucionales todas las actuaciones de la Asamblea Nacional.³⁵

Para decidir, la Sala hizo el recuento de las actuaciones de la Asamblea Nacional que sirvieron de antecedentes al Acuerdo parlamentario impugnado, constatando que el 25 de octubre de 2016, la Asamblea había aprobado sendos Acuerdos “*para la restitución del orden constitucional en Venezuela*” y “*para iniciar el procedimiento de declaratoria de responsabilidad política del Presidente de la República ante la grave ruptura del orden constitucional y democrático y la devastación de las bases económicas y sociales de la nación.*”³⁶ La Sala, además, constató que el 5 de enero de 2017, se había elegido una nueva Junta Directiva de la Asamblea, “sin haber acatado previamente los mandamientos de las Salas Electoral y Constitucional de este Máximo Tribunal,” y que el 9 de enero de 2017, la Asamblea Nacional igualmente “en desacato” había aprobado el Acuerdo impugnado que declaró el abandono del cargo del Presidente de la República.³⁷

La Sala, sin embargo, como se dijo, en su sentencia declaró la inadmisibilidat de la acción intentada por haber operado cosa juzgada al haberse dictado la sentencia N° 2 de 11 de enero de 2017 (caso: *Héctor Rodríguez Castro*), en la cual la Sala Constitucional había materialmente dispuesto la cesación definitiva de la Asamblea Nacional como órgano de representación popular, al declarar:

“la inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo Nacional al no haber dictado las medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución referidas al acatamiento de las decisiones dictadas por este Máximo Tribunal de la República y, en consecuencia, anuló el acto parlamentario celebrado el 05 de enero de 2017, así como el acto celebrado el 09 de enero de 2017, por la Asamblea Nacional con ocasión del nombramiento de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional y todos los actos parlamentarios subsecuentes que se generen por contrariar las órdenes de acatamiento a las decisiones dictadas por este Máximo Tribunal y hasta tanto no cese la omisión legislativa en la que ha incurrido la Asam-

³⁵ Disponible en: historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/195578-07-26117-2017-17-0010.HTML.

³⁶ Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_d3f219591-da2f3670f8e83c1c23dc3aeb9257587.pdf

³⁷ Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_9bdb6ba6ef2d206b06358a39c79a340013d9db87.pdf

blea Nacional y la Junta Directiva de lapso vencido, no puede instalarse formalmente el segundo período anual de sesiones del Parlamento Nacional del año 2017, ni designar o elegir de su seno Junta Directiva alguna.”³⁸

De ello, concluyó la Sala para declarar la inadmisibilidad de la acción, que respecto del Acuerdo parlamentario impugnado de 9 de enero de 2017 sobre abandono de las funciones constitucionales de la Presidencia de la República de parte de Nicolás Maduro Moros, ya había habido pronunciamiento de la misma que había producido cosa juzgada (citando sobre ello su anterior sentencia N° 1344 (caso *Virginia Yvonne Rojas Nuñez*), razón por la cual simplemente declaró:

“inadmisibile la presente acción de nulidad de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia al haber operado la ‘cosa juzgada’ de conformidad con la norma citada y el criterio asentado en la jurisprudencia reiterada de esta Sala. Así se declara.”

Sin embargo, a pesar de haber declarado inadmisibile la acción intentada, antes de archivar el expediente, la Sala aprovechó la ocasión para darle otra nueva estocada final a la Asamblea Nacional, agregando a su sentencia de inadmisibilidat un “*obiter dictum*,” con la excusa de la “trascendencia nacional que tienen los hechos denunciados” pasando a conocer sobre los mismos, después que había resuelto no conocerlos, dejando sentado –dijo– sin actividad probatoria alguna:

“la grave intención de la mayoría parlamentaria opositora al Gobierno Nacional, de violar la voluntad democrática del pueblo soberano, a través de un procedimiento no previsto en la Constitución, con la única finalidad de cambiar a través de una vía de hecho inconstitucional, en forma abrupta el gobierno legítimamente constituido.”

Y de seguidas, la Sala Constitucional, sin desarrollar proceso alguno, pasó a ejercer el control concentrado de constitucionalidad de oficio, pues como se dijo el supuesto juicio había concluido con su inadmisibilidat, considerando lo que calificó como un mecanismo “manifiestamente inconstitucional y subversivo” que fue el de la declaratoria de responsabilidad política y de abandono del cargo del Presidente, “desacatando decisiones” del Tribunal Supremo.

El Presidente de la República, en efecto, está obligado constitucionalmente a “cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley” (art. 236.1), por lo que el incumplimiento de esos deberes básicos en caso de que así se decida al declararse su responsabilidad política implica la dejación absoluta de sus funciones, por lo que en esos casos la Asamblea Nacional puede declarar que con ello se ha producido el abandono de su cargo, por dejación de sus funciones y deberes, lo que en tal caso significó declarar la falta absoluta del Presidente de la República.

La Sala, sin embargo, sin analizar el tema de fondo, se limitó a indicar, entre otros hechos, que la presentación de su Memoria anual del Presidente el 15 de enero de 2017, no ante la Asamblea Nacional sino ante el propio Tribunal Supremo, constituía junto con otros, un supuesto hecho notorio comunicacional “que evidencian la permanencia en el cargo del Presidente de la República, en forma absoluta y plena en el ejercicio de sus funciones constitucionales, relevados de demostración.”

Y después de volver a constatar que la Asamblea Nacional había procedido “por medio de actos parlamentarios írritos” a “iniciar un supuesto juicio político y ahora bajo el velo de

³⁸ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001>. HTML

un supuesto abandono del cargo del Jefe de Estado, con el fin último de deslegitimar y por último ‘destituir’ al Presidente de la República pese a las órdenes de cese dictaminadas por éste Máximo Tribunal,” terminó declarando en el “*obiter dictum*” que el *abandono del cargo declarado como tal por la Asamblea Nacional* como uno de los supuestos de faltas absolutas del Presidente de la República previsto en los artículos 233 y 234 de la Constitución, constituía “un desconocimiento expreso y grave del mandato democrático emanado de la soberanía popular.”

En definitiva, en un *Obiter dictum*, que no era una sentencia pues la dictada en el proceso había solo declarado la inadmisibilidad de la acción propuesta, la Sala terminó declarando de oficio la nulidad del Acuerdo parlamentario, olvidándose que no estaba decidiendo y que solo estaba dando una opinión incidental.

Pero no quedaron allí las “decisiones,” de la Sala Constitucional adoptadas con el velo de ser “opiniones,” pasando a declarar;

“la clara, manifiesta y abiertamente objetiva rebeldía al mandato de amparo dictado por esta Sala por la actividad parlamentaria contumaz destinada a alterar la estabilidad de la Nación y, por ende, el orden público constitucional, al perpetuar instigaciones contra autoridades y Poderes Públicos, en concreto al pretender declarar un supuesto abandono de cargo del Jefe de Estado, así como otras actuaciones al margen de los derechos constitucionales y del orden jurídico constitucional.

Y de ello, declarado que “la mayoría opositora al Gobierno Nacional en la Asamblea Nacional [...] se encuentra en “anomia” constitucional que degenera el caos que se ha procurado para sí misma, en su afán de inquirir la inestabilidad para el Estado, su gobierno y su pueblo soberano,” en violación de la Constitución, volviendo a declarar en el *Obiter Dictum*, que la Asamblea Nacional:

“eligió una ilegítima nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional, cuyos actos son nulos de nulidad absoluta, al haberse instaurado al margen de la Constitución y del ordenamiento jurídico, derivada del permanente desacato en que se encuentra la Junta Directiva designada el 5 de enero de 2016, como se declaró en sentencia número 02 del 11 de enero de 2017. Así se decide.”

Procedió así, la Sala Constitucional, de nuevo en un *obiter dictum*, a anular de oficio el acto parlamentario de instalación de la Asamblea Nacional para las sesiones de 2017, y de elección de la nueva Junta Directiva para ese año, que nadie le había solicitado, violando los más elementales principios y regla del debido proceso.

VI. LA NUEVA MODALIDAD DE ACTUACIÓN DE OFICIO DE LA SALA CONSTITUCIONAL, ANULANDO LOS ACTOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL RELATIVOS AL PROCESO DE TRANSICIÓN HACIA LA DEMOCRACIA DECRETADO POR LA MISMA A PARTIR DE ENERO DE 2019

En los dos casos antes reseñados, la Sala Constitucional asumió inconstitucionalmente de oficio el control de constitucionalidad, con ocasión de alguna actuación judicial en un proceso en curso, como fue el caso de la excusa de una aclaratoria de sentencia o de un *obiter dictum* en una sentencia que había concluido un proceso al declararlo inadmisibile.

A partir de 2019, sin embargo, esas excusas desaparecieron, y la Sala Constitucional, paso directamente a iniciar de oficio “procesos constitucionales” de control de constitucionalidad para declarar la nulidad de actos de la Asamblea Nacional, sin que ninguna parte los hubiese iniciado, sino a iniciativa de la misma Sala, basándose únicamente en las transcripciones de partes de sus decisiones anteriores, sin ninguna demanda de parte interesada, sin

escuchar ningún argumento legal y sin otorgar a nadie el derecho a ser oído; todo ello en violación de las más elementales normas y principios del debido proceso garantizado por el artículo 49 de la Constitución lo que nunca antes había ocurrido en el país.

Ello ocurrió a partir de enero de 2019, con motivo de la situación constitucional que se produjo, al carecer el país de un Presidente legítimamente electo que pudiera asumir la Presidencia de la República el día 10 de enero de dicho mes, como lo prescribía la Constitución, para el período constitucional 2019-2025, dado que la elección anticipada del Sr. Nicolás Maduro supuestamente efectuada en mayo de 2018, y convocada inconstitucionalmente, había sido declarada ilegítima e inexistente por la Asamblea Nacional.³⁹

Esta situación la resumió la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales que es la máxima entidad consultiva del país en asuntos institucionales, días antes de que se produjera esa situación constitucional inédita, el 4 de enero de 2019, al emitir un pronunciamiento señalando que debido a “la inexistencia de las condiciones necesarias para celebrar elecciones libres y justas,” la ilegítima “reelección” presidencial de mayo de 2018, había colocado al país en una situación sin precedentes (la que enfrentaron los venezolanos en enero de 2019):

“pues el venidero 10 de enero de 2019, fecha en la que, como manda el artículo 231 de la Constitución, ha de juramentarse al presidente de la República para el período 2019-2025, no contamos con un presidente elegido legítimamente a través de elecciones libres y justas.”

En consecuencia, la Academia, al referirse a esta “grave situación, configurada por un conjunto de hechos totalmente inconstitucionales e ilegítimos,” consideró que había que proceder a “dar cumplimiento al deber ciudadano establecido en el artículo 333 de la Constitución” exigiendo “a los distintos Poderes Públicos respetar la Constitución,” y proceder “al restablecimiento pleno del orden constitucional y democrático en el país.”

El mensaje, en realidad, no tenía sino un solo destinatario, que no era otro sino la Asamblea Nacional, titular del Poder Legislativo, reconocida como el único órgano con legitimidad democrática en el país, ya que todos los otros órganos del Poder Público se encontraban totalmente sometidos al Poder Ejecutivo, en particular el Tribunal Supremo de Justicia, el Consejo Nacional Electoral, y los órganos del Poder Ciudadano, con el Fiscal General de la República a la cabeza.⁴⁰

La Asamblea Nacional asumió entonces su papel en tales circunstancias, y procedió como representante del pueblo, a ejercer el Poder Legislativo, interpretando el artículo 233 de la Constitución, aplicándolo por analogía en lo que se refiere a los casos de falta absoluta de un presidente antes de la toma de posesión del cargo; a cuyo efecto, el mismo día 10 de enero de 2019 se declaró “en emergencia debido a la ruptura completa del hilo constitu-

³⁹ Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica. Véase en: *NTN24*, May 22, 2018, disponible en: <http://www.ntn24.com/america-latina/la-tarde/venezuela/asamblea-nacional-desconoce-resultados-del-20m-y-declara-nicolas>

⁴⁰ Véase la declaración de la *Academia de Ciencias Políticas y Sociales*: “Ante el 10 de enero de 2019: fecha en la que ha de juramentarse al presidente de la República conforme a la Constitución,” 4 de enero de 2019, en el libro, *Doctrina Académica Institucional. Instrumento de reconstitucionalización democrática. Pronunciamientos 2012-2019*, Tomo II, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2019, pp. 332 ff. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/07/libro.-PRONUNCIAMIENTOS-DE-LA-ACADEMIA-19-6-2019-DEFINITIVO.pdf>

cional,” procediendo, a establecer la ruta para el cese de la usurpación y de transición hacia la democracia.⁴¹

Así, en ausencia de un presidente legítimamente electo que pudiera juramentarse como Presidente de la República para el período 2019-2025, la Asamblea Nacional consideró que su Presidente (Sr. Juan Guaidó) tenía el deber de encargarse de la Presidencia de la República, conforme a las funciones que tiene y que son inherentes a su cargo, entre las cuales está precisamente la de asumir la Presidencia en casos de falta absoluta del Presidente (art. 233, Constitución).

Todo ello fue ratificado posteriormente por la misma Asamblea Nacional en su Acuerdo de 15 de enero de 2019,⁴² mediante el cual decidió declarar formalmente la usurpación de la Presidencia de la República por parte de Nicolás Maduro Moros y, en consecuencia, considerarlo como un gobernante de facto, considerando sus actuaciones nulas y sin efecto de conformidad con el Artículo 138 de la Constitución, con el objeto de restablecer el orden constitucional conforme a los Artículos 333 y 350 de la Constitución, y provocar el cese de la usurpación mediante la formación de un Gobierno de transición y proceder a organizar elecciones libres y transparentes.⁴³

Y fue precisamente en relación con estas actuaciones de la Asamblea Nacional que se inició en Venezuela el desarrollo por parte del Juez Constitucional, de la anomalía del ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad de oficio para amular actos de la Asamblea Nacional, sin que hubiera habido petición de parte, únicamente basado en la transcripción de decisiones anteriores de la Sala Constitucional, incluso dictadas dos años antes, y sin realizar contradictorio alguno que pudiera garantizar el derecho de la Asamblea Nacional y de los diputados a ser oídos y a la defensa. Ello sucedió con las sentencias N° 3 del 21 de enero de 2019; N° 6 del 8 de febrero de 2019; N° 39 de 14 de febrero de 2019; N° 74 del 11 de abril de 2019, y N° 247 del 25 de julio de 2019, todas emitidas, en el proceso de confrontación de la Sala Constitucional contra la Asamblea Nacional legítimamente elegida, con ocasión de haber asumido la misma el proceso de transición hacia la democracia.

Dichas sentencias, que no fueron sino meras “declaraciones unilaterales” emitidas de oficio por la Sala Constitucional, puede decirse que conforme al sistema constitucional venezolano de control de constitucionalidad, no tienen validez alguna y deben considerarse nulas y sin efecto por violación de todas las reglas y principios del debido proceso garantizados en el artículo 49 de la Constitución, en los términos del artículo 25 del mismo texto; demostrándose con ellas, la falta de independencia del Poder Judicial en Venezuela.⁴⁴

⁴¹ Véase “Venezuela: Asamblea Nacional se declara “en emergencia” por jura de Nicolás Maduro. Su presidente, Juan Guaidó hizo un llamado a las fuerzas militares de Venezuela para que acompañen una eventual transición política, en Tele13, 10 de enero de 2019, disponible en: <http://www.t13.cl/noticia/mundo/venezuela-asamblea-nacional-se-declara-emergencia-juranicolas-maduro>

⁴² Véase en *Gaceta Legislativa*, N° 2, January 23, 2019, pp. 4-5. Disponible en: https://asambleanacional-media.s3.amazonaws.com/documentos/gaceta/gaceta_1567432078.pdf

⁴³ Véase en *Gaceta Legislativa*, N° 2, January 23, 2019, pp. 4.5. Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/acuerdo-sobre-la-declaratoria-de-usurpacionde-la-presidencia-de-la-republica-por-parte-de-nicolas-maduro-moros-y-el-restablecimiento-de-la-vigenciade-la-constitucion>.

⁴⁴ Esta falta de independencia fue incluso denunciada por el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos en su *Informe de junio de 2016*, en el cual expresó cómo el mundo ha “presenciado un esfuerzo constante por los poderes ejecutivo y judicial para prevenir o incluso invalidar el funcionamiento normal de la Asamblea Nacional. El Poder Ejecutivo ha utilizado repetidamente intervenciones inconstitucionales contra la legislatura, con la complicidad de la Sala

1. *La sentencia N° 3 de 21 de enero de 2019 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, declarando de oficio la nulidad del Acuerdo de la Asamblea Nacional de 15 de enero de 2019, sobre el inicio del proceso constitucional de transición a la democracia*

Dada la importancia del antes mencionado Acuerdo de la Asamblea Nacional de 15 de enero de 2019, declarando la usurpación y estableciendo la ruta del proceso de transición hacia la democracia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, comenzó el anómalo proceso de actuar de oficio en materia de control concentrado de constitucionalidad emitiendo una bizarra sentencia N° 3 de 21 de enero de 2019,⁴⁵ que en realidad solo fue una “declaración” unilateral dictada sin que hubiera habido un proceso alguno, es decir, sin juicio ni partes, sin que nadie se lo hubiera pedido y, por tanto, dictada de oficio, y basándose solo en lo que había resuelto dos años antes en la sentencia antes mencionada N° 2 de 11 de enero de 2017 en la cual había declarado a la Asamblea Nacional en supuesto “desacato,” y en la cual había dispuesto que la “actuación de la Asamblea Nacional y de cualquier órgano o individuo en contra de lo aquí decidido será nula y carente de toda validez y eficacia jurídica.”⁴⁶

Partiendo de allí, y considerando que era “un hecho público, notorio y comunicacional” que la Asamblea Nacional había desacatado dicha sentencia, incurriendo en una supuesta “omisión constitucional reiterada,” entonces, pura y simplemente declaró:

“Que la Asamblea Nacional no tiene Junta Directiva válida, incurriendo la írrita “Directiva” elegida el 5 de enero de 2019 (al igual que las “designadas” inconstitucionalmente durante los años 2017 y 2018), en usurpación de autoridad, por lo cual todos sus actos son nulos de nulidad absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138 constitucional. Así se declara.”

La declaración, por supuesto no tiene sentido alguno porque la Asamblea Nacional electa en 2015 es la representación legítima del pueblo y no puede considerarse que todos los diputados electos legítimamente estén usurpando los cargos para los cuales fueron electos.

La Sala sin embargo fue más allá, y “declaró” que el Acuerdo de la Asamblea Nacional, supuestamente implicaba “un acto de fuerza que pretende derogar el texto constitucional (artículo 333) y todos los actos consecuentes del Poder Público Nacional,” razón por la cual, dijo la Sala, ello la obligó “a actuar de oficio en protección del texto fundamental, de conformidad con los artículos 266.1, 333, 334, 335 y 336, estos últimos del Título VIII (De la Protección de la Constitución). Así se decide.”

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. La evidencia es clara [...] Estos ejemplos demuestran claramente la falta de independencia del poder judicial. El sistema tripartito de democracia ha fallado y el poder judicial ha sido cooptado por el poder ejecutivo [...]” Disponible en: http://www.el-nacional.com/politica/PresenciaIndelSecretarioGeneraldeLaOEAante_NACFIL_20160623_0001.pdf.

⁴⁵ Véase las referencias en el reportaje: “TSJ declara nula a actual junta directiva de Asamblea Nacional,” en *Runrunes.com*, 21 de enero de 2019, en <https://runrun.es/noticias/370711/tsj-declara-nula-actual-junta-directiva-de-asamblea-nacional/>.

⁴⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001.HTML>. Véanse los comentarios a esta sentencia en Brewer-Carías, Allan R, *La consolidación de la tiranía judicial en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 21, 81, 116 ss. y 131 ss.

La Sala, así reconoció haber actuado inconstitucionalmente de oficio, pero solo para considerar “inaudito” que se procurase aplicar “analógicamente” las causales taxativamente contenidas en el artículo 233 de la Constitución a los fines de justificar la pretendida falta absoluta del presidente de la República,” considerando que no podía:

“agregarse a dichas causales, otra “acomodaticia” para, por vía de una pretendida ficción jurídica, determinar que en nuestro país no hubo elecciones el 20 de mayo de 2018, y que de las resultas de los comicios convocados por el Poder Constituyente y el Poder Electoral no se escogió un Jefe de Estado.

Dichas causales son de derecho estricto y no pueden ser modificadas y/o ampliadas analógicamente, sin violar la Constitución. Así también se decide.”

Por lo visto, la Sala Constitucional, simplemente no entendió qué fue lo que hizo la Asamblea Nacional al dictar el Acuerdo, que no fue otra cosa sino interpretar analógicamente el artículo 233 de la Constitución. La Asamblea Nacional no le agregó a dicha norma ninguna “clausula” adicional; simplemente, como primer interprete de la Constitución y, en particular, por estar llamada a aplicar esa norma, la interpretó analógicamente aplicándola al caso para resolver la crisis constitucional, en ejecución de lo que ya había acordado desde el 22 de mayo de 2018, que fue “declarar como inexistente la farsa realizada el 20 de mayo de 2018,” “desconocer los supuestos resultados anunciados por el Consejo Nacional Electoral y en especial, la supuesta elección de Nicolás Maduro Moros como presidente de la República, quien debe ser considerado como un usurpador del cargo de la Presidencia de la República,” y “desconocer cualesquiera actos írritos e ilegítimos de proclamación y juramentación en virtud de los cuales se pretenda investir constitucionalmente al ciudadano Nicolás Maduro Moros como supuesto presidente de la República Bolivariana de Venezuela para el período 2019- 2025.”⁴⁷

La Sala Constitucional, cercenándole el derecho de la representación popular de aplicar e interpretar la Constitución, sobre la mención que hizo del artículo 350 de la misma, la declaró “absolutamente impertinente,” terminando su argumentación declarativa afirmando que “la Asamblea Nacional no puede erigirse en Tribunal Supremo de Justicia para declarar una pretendida usurpación, ya que implicaría la tipificación de la conducta descrita en los precitados artículos 138 y 139, en concordancia con los artículos 136 y 137, todos constitucionales. Así se declara,” ignorando, de nuevo, la potestad esencial de la Asamblea Nacional, de ser el órgano primigenio de interpretación de la Constitución,⁴⁸ órgano a través del cual el pueblo ejerce su soberanía.

⁴⁷ Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/actos/_acuerdo-reiterando-el-desconocimiento-de-la-farsa-realizada-el-20-de-mayo-de-2018-para-la-supuesta-eleccion-del-presidente-de-la-republica. Véase la reseña “Asamblea Nacional desconoce resultados del 20M y declara a Maduro “usurpador,” en *NTN24*, 22 de mayo de 2018, en: <http://www.ntn24.com/america-latina/la-tarde/venezuela/asamblea-nacional-desconoce-resultados-del-20m-y-declara-nicolas>

⁴⁸ Como lo expresó Javier Pérez Royo: “El primer interprete de la Constitución y el más importante, con mucha diferencia, es el legislador. El legislador es el intérprete normal, ordinario de la Constitución. En consecuencia, la Constitución es una norma jurídica que remite en primera instancia a un intérprete político. El Parlamento es el órgano político que interpreta la Constitución de la única manera que sabe hacerlo: en clave política. Y además, es un intérprete privilegiado, en la medida en que es el representante democráticamente elegido por los ciudadanos y expresa, por tanto, la voluntad general.” Véase Pérez Royo, Javier, “La interpretación de la Constitución,” en Eduardo Ferrer Mac Gregor (Coordinador), *Interpretación constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México 2005, Tomo II, p. 889.

Pero no se quedó allí la declaración de la Sala Constitucional, sino que en relación al Acuerdo de la Asamblea Nacional, declaró que el mismo supuestamente violentaba “los artículos 130, 131 y 132 constitucionales, en particular el deber que tiene “toda persona” de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público,” porque supuestamente desconocían “al Poder Judicial al desacatar sus fallos, al Poder Electoral que realizó el proceso electoral en el cual fue elegido, proclamado y juramentado” como presidente el Sr. Maduro, “para el período 2019-2025,” y “al Poder Ejecutivo al desconocer la investidura de su titular y, la más grave, al titular de la soberanía, el pueblo, quien lo escogió en comicios transparentes, mediante el sufragio universal, directo y secreto” y quien había “electo” a la Asamblea Constituyente “quien fue la convocante de las referidas elecciones presidenciales.”

Por el contrario, como lo hemos analizado en otra parte, fue la Asamblea Nacional la que como representante legítimo del pueblo, declaró la inconstitucionalidad de la Asamblea Nacional Constituyente, la usurpación que hizo de las atribuciones del Poder Electoral, la inexistencia de la supuesta elección de Nicolás Maduro en mayo de 2018, y la usurpación de la Presidencia de la República por parte de Maduro desde el 10 de enero de 2019.⁴⁹

2. *La sentencia N° 6 de 8 de febrero de 2019 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, declarando de oficio la nulidad del Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*

Con base en el Acuerdo de la Asamblea Nacional del 15 de enero de 2019, la primera decisión fundamental adoptada en ejecución del mismo para llevar a cabo el proceso de transición hacia la democracia fue la sanción del Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución,⁵⁰ sancionado por la Asamblea Nacional el 5 de febrero de 2019, de conformidad con los artículos 7 y 333 de la Constitución, con el propósito específico de “establecer el marco normativo que rige la transición democrática en la República” (art. 1).

Constitucionalmente se trató de un acto estatal de carácter de “acto normativo” dictado “en ejecución directa e inmediata del artículo 333 de la Constitución,” “de obligatorio acatamiento para todas las autoridades y funcionarios públicos, así como para los particulares” (art. 4).

Dicho Estatuto, conforme al artículo 333 de la Constitución, tuvo entre sus objetivos los siguientes referidos a la reordenación institucional de la República:

⁴⁹ Véase Brewer-Carías, Allan R. *Transición hacia la democracia en Venezuela. Bases constitucionales y obstáculos usurpadores* (Con Prólogo de Asdrúbal Aguiar; y Epílogo de Román José Duque Corredor), Iniciativa Democrática de España y las Américas (IDEA), Editorial Jurídica Venezolana, Miami 2019.

⁵⁰ Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/documentos_archivos/estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democraciapara-restablecer-la-vigencia-de-la-constitucionde-la-republica-bolivariana-de-venezuela-282.pdf; y en https://www.prensa.com/mundo/estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democraciapara-restablecer-la-vigencia-de-la-constitucionde-la-republica-bolivariana-de-venezuela-282_LPRFIL20190205_0001.pdf

1. Regular la actuación de las diferentes ramas del Poder Público durante el proceso de transición democrática de conformidad con el artículo 187, numeral 1 de la Constitución,⁵¹ permitiendo a la Asamblea Nacional iniciar el proceso de restablecimiento del orden constitucional y democrático.”

2. Establecer los lineamientos conforme a los cuales la Asamblea Nacional tutelaré ante la comunidad internacional los derechos del Estado y pueblo venezolanos, hasta tanto sea conformado un Gobierno provisional de unidad nacional.”

Dicho Estatuto de Transición, fue precisamente el “*thema decidendum*” de otra declaración unilateral de la Sala Constitucional, también emitida de oficio, igualmente llamada “sentencia” N° 6 de 8 de febrero de 2019,⁵² mediante la cual la misma procedió a declararlo nulo, solo citando para este propósito:

(i) de nuevo, la antes mencionada sentencia N° 2 del 11 de enero de 2017, mediante la cual las Sala había declarado en desacato de la Asamblea Nacional y, a la vez, había declarado la nulidad tanto del acto de instalación de la misma del 5 de enero de 2017, como de la elección de su Junta Directiva del 9 de enero de 2017 y, además, la nulidad e invalidez de cualquier acción de la Asamblea Nacional contra lo que en ella se decidió;

(ii) la también antes mencionada declaración unilateral dictada de oficio N° 3 del 21 de enero de 2019, mediante la cual la Sala declaró la nulidad del Acuerdo de la Asamblea Nacional del 15 de enero de 2019, sobre la declaración de usurpación de la Presidencia de la República por parte de Nicolas Maduro Moros y la restauración de la validez de la Constitución; y

(iii) la sentencia N° 4 del 23 de enero de 2019, en la cual la Sala hizo referencia a decisiones anteriores que reiteraban que cualquier acción de la Asamblea Nacional y de cualquier persona o individuo en contra lo que se decidió sería nula y sin efecto algún.

Partiendo solo de estas citas y referencias a sentencias anteriores, la Sala Constitucional, de oficio, sin que nadie lo hubiera pedido o demandado, declaró nulo y sin efecto el Estatuto de Transición hacia la democracia, por supuestamente haber sido dictado en total desacato y sin que supuestamente la Asamblea tuviera una Junta Directiva elegida válidamente y, además, ratificando que cualquier acción de la Asamblea Nacional y cualquier persona o individuo contra lo que se decidió en la “sentencia” sería nula y sin efecto jurídico.

En la sentencia, la Sala Constitucional caracterizó la sanción del Estatuto como “acto de fuerza” o “golpe de Estado,” cuando lo que la Asamblea Nacional buscó con el mismo fue precisamente hacer cesar la usurpación, lo que de hecho si es un acto de fuerza, y poner fin al “golpe de Estado permanente” en el que ha participado la propia Sala Constitucional,⁵³ todo

⁵¹ El artículo 187.1 dice: “Corresponde a la Asamblea Nacional: 1. Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.”

⁵² Exp. N° 17-0001. Véase el “aviso” de la decisión en: <http://www.tsj.gob.ve/-/sala-constitucional-del-tsj-declara-nulo-estatuto-que-rige-la-transicion-a-la-democracia-emanado-de-la-asamblea-nacional-en-desacato>

⁵³ Véase Brewer-Carías, Allan R. *La dictadura judicial y la perversión del Estado de derecho. El Juez Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, 2016 pp. 18; 51-59; 140; 194. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2016/06/Brewer.-libro.-DICTADURA-JUDICIAL-Y-PERVERSI%C3%93N-DEL-ESTADO-DE-DERECHO-2a-edici%C3%B3n-2016-ISBN-9789803653422.pdf>

lo cual ha producido una “anormalidad constitucional y legal”,⁵⁴ que es lo que el Estatuto de Transición buscó superar

3. *La sentencia N° 39 del 14 de febrero de 2019, mediante la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo anuló de oficio el Acuerdo de la Asamblea Nacional sobre el nombramiento de la Junta Administrativa Ad-Hoc de PDVSA*

El Estatuto para la Transición hacia la democracia, entre otros propósitos, se dictó para establecer diversos mecanismos para la “defensa de los derechos del pueblo y Estado venezolanos,” pudiendo a tal efecto la Asamblea Nacional, conforme a lo que dispuso en su artículo 15, “adoptar las decisiones necesarias:”

“a los fines de asegurar el resguardo de los activos, bienes e intereses del Estado en el extranjero y promover la protección y defensa de los derechos humanos del pueblo venezolano, todo ello de conformidad con los Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales en vigor.”

Estas medidas de salvaguardia se concibieron para aplicarse en el extranjero, es decir, con respecto a los bienes e intereses de la República fuera del país, y para ello el Artículo 15 del Estatuto confirmó que el presidente de la Asamblea Nacional, como “legítimo presidente encargado de la República” (art. 14), y “en el marco del artículo 333 de la Constitución,” tenía competencia para ejercer las siguientes atribuciones “sometidas al control autorizador de la Asamblea Nacional bajo los principios de transparencia y rendición de cuentas:

Primero, 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.”

Segundo, designar a un “Procurador especial para la defensa y representación de los derechos e intereses de la República, de las empresas del Estado y de los demás entes descentralizados de la Administración Pública en el exterior,” especialmente para “asegurar la protección, control y recuperación de activos del Estado en el extranjero, así como ejecutar cualquier actuación que sea necesaria para salvaguardar los derechos e intereses del Estado.”

Conforme a estas disposiciones del Estatuto de Transición, en efecto, el Presidente encargado de la República procedió a nombrar al Procurador Especial, a la Junta Administrativa *Ad Hoc* de Petróleos de Venezuela S.A. PDVSA, y a la Junta Administrativa *Ad-Hoc* del Banco Central de Venezuela.

Ahora bien, en cuanto a la designación de la Junta Administradora *Ad Hoc* de PDVSA, la misma la hizo Presidente encargado Juan Guaidó, mediante decreto de 8 de febrero de 2019, modificado por decreto de 10 de abril de 2019, a lo cual se refirió la Asamblea Nacional mediante Acuerdo de 12 de febrero de 2019; habiendo sido todos esos actos objeto de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo N° 39 de 14 de febrero 2019,⁵⁵ emitida igualmente como una declaración unilateral de oficio, basada únicamente en la anterior sentencia o declaración unilateral de la misma Sala emitida una semana antes, N° 6 de 8 de febrero de 2019, que había también declarado de oficio la nulidad absoluta del Estatuto de

⁵⁴ Véase Nikken, Claudia, *Consideraciones sobre las fuentes del derecho constitucional y la interpretación de la Constitución*, Centro para la Integración y el Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2019, pp. 141 ss.

⁵⁵ Disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/wp-content/uploads/2019/02/SC-39-14-02-2019.pdf>

la Transición a la democracia; basada a su vez, en lo que la Sala había resuelto en su sentencia dictada dos años antes, N° 2 del 11 de enero de 201, en la que había declarado a la Asamblea Nacional, como institución, en “desacato,” declarando nulas todas sus acciones pasadas y futuras.⁵⁶

Ahora, con respecto al Acuerdo de la Asamblea Nacional de 12 de febrero de 2019, la Sala Constitucional en su “declaración” N° 39 del 14 de febrero de 2019, después de analizar el estado legal de PDVSA de conformidad con la Constitución (artículos 302 y 303) y sus propios Estatutos, que regulan todo lo relacionado con la Junta Directiva de PDVSA, consideró que dicho Acuerdo había sido dictado en desacato contumaz por parte de la Asamblea Nacional a las decisiones del Juez Constitucional, resolviendo, sin que nadie lo hubiera pedido, sin juicio ni proceso alguno, la nulidad del mismo por violar la Constitución.

En la decisión N° 39 de 14 de febrero de 2019, la Sala Constitucional, además, usurpando competencias de la jurisdicción civil, comercial y penal, procediendo a dictar una serie de medidas cautelares contra las personas nombradas para los cargos de la Junta Directiva, declarándolos como incurso en delitos de usurpación de funciones y otros delitos de acción pública consagrados en el Código Penal relacionado con la corrupción, el crimen organizado y el terrorismo, entre otros, como fueron la prohibición de salir del país, la prohibición de enajenar y gravar sus bienes y el “bloqueo y congelación de sus cuentas bancarias”.

4. *La sentencia N° 74 del 11 de abril de 2019, de la Sala Constitucional declarando de oficio la nulidad del nombramiento del Procurador General Especial de la República y ratificando la nulidad de los nombramientos de la Junta Directiva Ad Hoc de PDVSA*

Después de emitir de oficio la decisión antes mencionada N° 39 del 14 de febrero de 2019,⁵⁷ mediante la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo declaró nula y sin efecto el Acuerdo de la Asamblea Nacional de fecha 12 de febrero de 2019, autorizando el nombramiento de la Junta Directiva Ad-hoc de PDVSA e imponiendo una serie de medidas cautelares contra las personas nombradas en la Junta Directiva Ad-Hoc de PDVSA y den las Directivas de sus empresas subsidiarias, el representante de dicha empresa en Venezuela solicitó a la misma Sala Constitucional el 5 de abril de 2019 que las ampliara para incorporar otras.

La Sala de lo Constitucional, basada en los mismos argumentos de la supuesta situación de desacato de la Asamblea Nacional con respecto a decisiones anteriores emitidas desde 2016, esta vez mediante la sentencia N° 74 del 11 de abril de 2019,⁵⁸ no solo ratificó y amplió las medidas cautelares dictadas como se había solicitado, sino que, de oficio, sin haber sido solicitado por nadie y sin haber escuchado a nadie, procedió a ratificar su supuesta declaración previa de nulidad del nombramiento de la Junta Administradora *Ad Hoc* de PDVSA⁵⁹ y además, procedió a declarar, de oficio, la nulidad del acto administrativo del Presidente de la

⁵⁶ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/194891-02-11117-2017-17-0001>. HTML. Véase los comentarios en Brewer-Carías, Allan R, *La consolidación de la tiranía judicial en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, pp. 21, 81, 116 ss. y 131 ss. Disponible en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2017/06/ALLAN-BREWER-CARIAS-LA-CONSOLIDACION-DE-LA-TIRANIA-JUDICIAL-EN-VZLA-JUNIO-2017-FINAL.pdf>

⁵⁷ Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/304469-0074-11419-2019-17-0001>. HTML

⁵⁸ Disponible en: <http://tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/74-240102-01-0934.HTM>

⁵⁹ Véase *Gaceta Legislativa*, N° 6, dated April 10, 2019. Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ve/gacetatas>

República encargado, mediante el cual conforme a las disposiciones del Estatuto de Transición, y debidamente autorizado por la Asamblea Nacional el 28 de febrero de 2019, había nombrado al Procurador Especial para la defensa y representación de los derechos e intereses de la República y todas las demás entidades descentralizadas de la Administración Pública en el extranjero.

En esta forma, la Sala Constitucional, en su decisión N° 74 del 11 de abril de 2017, solo respondiendo a una petición de ampliación de medidas cautelares previamente adoptadas en la sentencia N° 39 del 14 de febrero de 2019 contra las personas nombradas en la Junta Directiva *Ad-Hoc* de PDVSA y de sus afiliados, sin ser objeto de la petición, procedió de oficio a ejercer poderes de control de constitucionalidad concentrado respecto al acto de nombramiento del Procurador Especial de la República, declarando su nulidad absoluta sin haber sido solicitado y sin haber dado a nadie audiencia de ningún tipo; todo, porque supuestamente la Asamblea Nacional había sancionado dicho acto encontrándose en un supuesto continuo desacato de las decisiones del Tribunal Supremo, emitidas desde 2016.

Esta declaración unilateral, emitida de oficio, contenida en la sentencia N° 74 del 11 de abril de 2019, al igual que las sentencias precedentes N° 3 del 21 de enero de 2019 y N° 6 del 8 de febrero de 2019, también debe considerarse nulo de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 de la Constitución, porque se emitió en violación de todas las reglas y principios del debido proceso, garantizados en el artículo 49 de la Constitución, así como en violación de lo establecido en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

5. *La sentencia N° 247 del 25 de julio de 2019, de la Sala Constitucional declarando de oficio la nulidad del nombramiento de la Junta Administrativa Ad Hoc del Banco Central de Venezuela*

Con base en lo dispuesto en el Estatuto de Transición, el Presidente de la República encargado, emitió el Decreto N° 8 de 18 de julio de 2019 (modificado por el Decreto N° 10 de 13 de agosto de 2019 y por Decreto N° 11 del 23 de agosto de 2019), mediante el cual nombró la Junta Administrativa *Ad-Hoc* del Banco Central de Venezuela,⁶⁰ y a la vez ratificó expresamente el nombramiento del Procurador General Especial en relación con el Banco Central de Venezuela, disponiendo que si bien la representación legal del Banco recaía en la Junta Administrativa *Ad-Hoc*, la representación judicial y extrajudicial de la institución recaía en el Procurador General Especial (Artículo 5). Ello fue además ratificado por la propia Junta Administrativa *Ad-Hoc* mediante Resolución 00-2019 del 4 de septiembre de 2019.⁶¹

Ante estas decisiones, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo como ya lo había hecho con las sentencias N° 3 del 21 de enero de 2019, N° 6 del 18 de enero de 2019, N° 39 del 14 de febrero de 2019, y N° 74 del 11 de abril de 2019, procedió a dictar la sentencia N° 247 del 25 de julio de 2019, esta vez para declarar la nulidad de oficio de las decisiones de la Asamblea Nacional y del Presidente de la República Juan Guaidó de los miembros de la Junta Administradora *Ad Hoc* del Banco Central de Venezuela. Se trató, igualmente, de una declaración unilateral, emitida de oficio, sin que existiera proceso alguno, también dictada en violación de todas las normas y principios más elementales del debido proceso enumerados en el artículo 49 de la Constitución.

⁶⁰ Véase en *Gaceta Legislativa*, N° 11 de 28 de Agosto de 2019. Disponible en: https://asamblea-nacional-media.s3.amazonaws.com/documentos/gaceta/gaceta_1570106471.pdf

⁶¹ Véase en *Gaceta Legislativa*, N° 12 de 18 de Septiembre de 2019. Disponible en: https://asamblea-nacional-media.s3.amazonaws.com/documentos/gaceta/gaceta_1570202248.pdf

En dicha decisión N° 247 del 25 de julio de 2019,⁶² en efecto, la Sala Constitucional declaró la nulidad absoluta del Acuerdo de la Asamblea Nacional que rechazó el nombramiento del Sr. Calixto Ortega Sánchez como Presidente del Banco Central de Venezuela, aprobado el 26 de junio de 2019; así como el Acuerdo de la misma Asamblea Nacional sobre el nombramiento de la Junta Administrativa *Ad-Hoc* del Banco Central del 16 de julio de 2019; para lo cual se basó únicamente en los párrafos que transcribió de su decisión N° 6 del 8 de febrero de 2019, también emitida de oficio, en la que declaró nulo el Estatuto de Transición, violándose de nuevo las reglas y principios más elementales del debido proceso, garantizados en el artículo 49 de la Constitución, así como en violación de lo establecido en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

VII. LA REGLAS DEL DEBIDO PROCESO COMO GARANTÍAS JUDICIALES INVIO- LABLES EN TODO ESTADO Y GRADO DE LOS PROCESOS JUDICIALES

Todas las sentencias antes mencionadas, mediante las cuales la Sala Constitucional ha resuelto de oficio declarar la nulidad de actos de la Asamblea nacional por razones de inconstitucionalidad, sin proceso constitucional alguno que hubiera sido iniciado a instancia de parte mediante acción popular, y en el cual nunca se oyó a los representantes de la Asamblea nacional ni a ninguna otra persona institución interesada, deben considerarse nulas conforme al artículo 25 de la Constitución,⁶³ por violación de todas las reglas y principios más elementales del debido proceso que enumera el artículo 49 de a misma, entre ellos, el derecho al debido proceso y a la defensa, los cuales son inviolables “en todo estado y grado” de cualquier causa.⁶⁴

Se trata, en efecto, de la más importante de las garantías constitucionales que tiene toda persona natural o jurídica, además del acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva, y es que la justicia se imparta de acuerdo con las normas establecidas en la Constitución y las leyes, es decir, en el curso de un debido proceso (art. 49); garantía que ha sido analizada extensamente por el Tribunal Supremo de Justicia, calificándola la propia Sala Constitucional como una “garantía suprema dentro de un Estado de Derecho.”⁶⁵ Así, en sentencia N° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes*), la Sala Constitucional señaló que “se denomina debido proceso a aquél proceso que reúne las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva,” no siendo una clase determinada de proceso, “sino la necesidad de que *cualquiera sea la vía escogida* para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un pro-

⁶² Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/-/sala-constitucional-del-tsj-declara-nulo-acuerdo-del-parlamento-en-desacato-para-designar-directorio-ad-hoc-del-bcv>

⁶³ “Artículo 25: Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores.”

⁶⁴ Véase en general, Garrido de Cárdenas, Antonieta, “La naturaleza del debido proceso en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999,” en *Revista de Derecho Constitucional*, N° 5 (julio-diciembre), Editorial Sherwood, Caracas, 2001, pp. 89-116; Antonieta Garrido de Cárdenas, “El debido proceso como derecho fundamental en la Constitución de 1999 y sus medios de protección,” en *Bases y principios del sistema constitucional venezolano (Ponencias del VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional realizado en San Cristóbal del 21 al 23 de Noviembre de 2001)*, Volumen I, pp. 127-144.

⁶⁵ Véase sentencia N° 123 de la Sala Constitucional (Caso: *Sergio J. Meléndez*) de 17 de marzo de 2000, en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 143.

cedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva.”⁶⁶

En particular, en relación con el proceso penal o sancionatorio en general, la misma Sala Político Administrativa ha precisado las siguientes garantías derivadas del debido proceso: el derecho al Juez natural (numeral 4 del artículo 49); el derecho a la presunción de inocencia (numeral 2 del artículo 49); el derecho a la defensa y a ser informado de los cargos formulados (numeral 1 del artículo 49); el derecho a ser oído (numeral 3 del artículo 49); el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (numeral 8 del artículo 49); el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (numeral 1 del artículo 49); el derecho a no confesarse culpable y no declarar contra sí misma (numeral 5 del artículo 49); y el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses del procesado (artículo 26 de la Constitución).⁶⁷

Como lo ha reiterado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo en sentencia N° 80 de 1 de febrero de 2001 (Caso: *Impugnación de los artículos 197 del Código de Procedimiento Civil y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*), al referirse al artículo 49 de la Constitución:

“La referida norma constitucional, recoge a lo largo de su articulado, la concepción que respecto al contenido y alcance del derecho al debido proceso ha precisado la doctrina más calificada, y según la cual el derecho al debido proceso constituye un conjunto de garantías, que amparan al ciudadano, y entre las cuales se mencionan las del ser oído, la presunción de inocencia, el acceso a la justicia y a los recursos legalmente establecidos, la articulación de un proceso debido, la de obtener una resolución de fondo con fundamento en derecho, la de ser juzgado por un tribunal competente, imparcial e independiente, la de un proceso sin dilaciones indebidas y por supuesto, la de ejecución de las sentencias que se dicten en tales procesos. Ya la jurisprudencia y la doctrina habían entendido, que el derecho al debido proceso debe aplicarse y respetarse en cualquier estado y grado en que se encuentre la causa, sea ésta judicial o administrativa, pues dicha afirmación parte del principio de igualdad frente a la ley, y que en materia procedimental representa igualdad de oportunidades para las partes intervinientes en el proceso de que se trate, a objeto de realizar –en igualdad de condiciones y dentro de los lapsos legalmente establecidos– todas aquellas actuaciones tendientes a la defensa de sus derechos e intereses.

Ahora bien, en particular, en relación con la garantía del derecho a la defensa, el ordinal 1° del artículo 49 de la Constitución no sólo establece el derecho a la *defensa*, sino a la *asistencia jurídica* (de abogado) los que considera como derechos inviolables en *todo estado y grado* de la investigación y del proceso. Adicionalmente, precisa que toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se la investiga, de *acceder a las pruebas* y de *disponer del tiempo* y de los medios adecuados para ejercer su *defensa*. El derecho a la defensa ha sido amplio y tradicionalmente analizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo así como por la de la antigua Corte Suprema de Justicia, considerándose como “garantía que exige el respeto al principio esencial de contradicción, conforme al cual, las partes enfrentadas, en condiciones de igualdad, deben disponer de mecanismos suficientes que les permitan alegar y probar las circunstancias tendientes al reconocimiento de sus intereses, necesariamente, una sola de ellas resulte gananciosa”. (Sentencia N° 1166 de 29 de junio de 2001, Ponente Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, Caso: *Alejandro Moreno vs. Sociedad Mercantil Auto Escape Los Arales, S.R.L.*).⁶⁸

⁶⁶ Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 81, (enero-marzo), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, p. 148.

⁶⁷ Véase sentencia N° 224 de 24-02-2000, en *idem*, pp. 136 y ss.

⁶⁸ Esto ya lo había sentado la sentencia N° 3682 de 19 de diciembre de 1999, la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia al destacar que el reconocimiento constitucional

El derecho a la defensa, como garantía del debido proceso, por tanto, no puede ser desconocido ni siquiera por el legislador.⁶⁹ Esto lo ha precisado con claridad, la misma Sala Constitucional en sentencia N° 321 de 22 de febrero de 2002 (Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*) en la cual ha precisado que las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental, derivan por sí mismas del texto constitucional y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas, señalando lo siguiente:

“debe observarse que tanto el artículo 68 de la abrogada Constitución, como el 49.1 de la vigente, facultan a la ley para que regule el derecho a la defensa, regulación que se ve atendida por el ordenamiento adjetivo. Ello en modo alguno quiere significar que sea disponible para el legislador el contenido del mencionado derecho, pues éste se halla claramente delimitado en las mencionadas disposiciones; si no que por el contrario, implica un mandato al órgano legislativo de asegurar la consagración de mecanismos que aseguren el ejercicio del derecho de defensa de los justiciables, no sólo en sede jurisdiccional, incluso en la gubernativa, en los términos previstos por la Carta Magna. De esta forma, las limitaciones al derecho de defensa en cuanto derecho fundamental derivan por sí mismas del texto constitucional, y si el Legislador amplía el espectro de tales limitaciones, las mismas devienen en ilegítimas; esto es, la sola previsión legal de restricciones al ejercicio del derecho de defensa no justifica las mismas, sino en la medida que obedezcan al aludido mandato constitucional”.

El derecho a la defensa, por tanto, es un derecho constitucional absoluto, “inviolable” en todo estado y grado de la causa dice la Constitución, el cual corresponde a toda persona, sin distingo alguno si se trata de una persona natural o jurídica, por lo que no admite excepciones ni limitaciones.⁷⁰ Dicho derecho “es un derecho, fundamental que nuestra Constitución protege y que es de tal naturaleza, que no puede ser suspendido en el ámbito de un Estado de derecho, por cuanto configura una de las bases sobre las cuales tal concepto se erige.”⁷¹

Lo importante a destacar, en todo caso, es que bajo la vigencia de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha insistido en el *carácter*

del derecho a la defensa se extiende a todas las relaciones de naturaleza jurídica que ocurren en la vida cotidiana, y con especial relevancia, en aquellas situaciones en las cuales los derechos de los particulares son afectados por una autoridad pública o privada; de manera que el derecho constitucional impone que en todo procedimiento tanto administrativo como judicial, “se asegure un equilibrio y una igualdad entre las partes intervinientes, garantizándole el derecho a ser oída, a desvirtuar lo imputado o a probar lo contrario a lo sostenido por el funcionario en el curso del procedimiento.” Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 79-80, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

⁶⁹ Por ello, ha sido por la prevalencia del derecho a la defensa, que la Sala Constitucional, siguiendo la doctrina constitucional establecida por la antigua Corte Suprema de Justicia, ha desaplicado por ejemplo normas que consagraban el principio *solve et repete* como condición para acceder a la justicia contencioso-administrativa, por considerarlas inconstitucionales. Véase Sentencia N° 321 de 22 de febrero de 2002 (Caso: *Papeles Nacionales Flamingo, C.A. vs. Dirección de Hacienda del Municipio Guacara del Estado Carabobo*) Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 89-92, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002.

⁷⁰ Por ello, por ejemplo, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 15 de agosto de 1997 (Caso: *Telecomunicaciones Movilnet, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)*) señaló que. “resulta inconcebible en un Estado de Derecho, la imposición de sanciones, medidas prohibitivas o en el general, cualquier tipo de limitación o restricción a la esfera subjetiva de los administrados, sin que se de oportunidad alguna de ejercicio de la debida defensa.” Véase en *Revista de Derecho Público*, N° 71-72, Caracas 1997, pp. 154-163.

⁷¹ Así lo estableció la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 572 de 18 de agosto de 1997 (Caso: *Aerolíneas Venezolanas, S.A. (AVENSA) vs. República (Ministerio de Transporte y Comunicaciones)*).

absoluto e inviolable del derecho a la defensa. Así, por ejemplo, en sentencia N° 97 de 15 de marzo de 2000 (Caso: *Agropecuaria Los Tres Rebeldes, C.A. vs. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo, Agrario, Penal, de Salvaguarda del Patrimonio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Barinas*), la Sala señaló:

“Se denomina *debido proceso* a aquel proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Pero la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva.

De la existencia de un proceso debido se desprende la posibilidad de que las partes puedan hacer uso de los medios o recursos previstos en el ordenamiento para la defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, siempre que de la inobservancia de las reglas procesales surja la imposibilidad para las partes de hacer uso de los mecanismos que garantizan el derecho a ser oído en el juicio, se producirá indefensión y la violación de la garantía de un debido proceso y el derecho de defensa de las partes.⁷²”

Sin embargo, ha sido la misma Sala Constitucional, en las antes mencionadas sentencias, dictadas particularmente anulando actos de la Asamblea Nacional, la que violado abiertamente el derecho a la defensa de la Asamblea Nacional, y todas las demás reglas elementales del debido proceso, al haberlas emitido de oficio, sin proceso constitucional alguno donde se hubiera garantizado a las personas interesadas formular sus alegatos.

Dichas sentencias, como se ha dicho deben considerarse nulas de nulidad absoluta, en los términos del artículo 25 de la Constitución, no pudiendo por ello ser reconocidas, por ejemplo en el extranjero, por los tribunales de algún Estado que funcione como Estado de derecho.

⁷² Véase en *Revista de Derecho Público* N° 82, EJV, Caracas 2000.

RECONOCIMIENTOS



ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ACUERDO DE JÚBILO

Considerando,

Que la Revista de Derecho Público, publicada por la Editorial Jurídica Venezolana y con el auspicio de la Fundación de Derecho Público, cumple cuarenta años de interrumpida labor editorial.

Considerando,

Que la Revista de Derecho Público desde su primera entrega, en el trimestre enero-marzo de 1980, hasta el último trimestre de 2019, ha editado 160 números en los cuales se han publicado innumerables artículos y comentarios monográficos en el ámbito del derecho público, lo que ha contribuido notablemente a la divulgación y al desarrollo del pensamiento doctrinario del País; ha aportado valiosa información y comentarios legislativos y jurisprudenciales y se han reseñado libros, revistas e informes,

Considerando,

Que la Revista de Derecho Público ha cumplido una labor de suprema utilidad para el estudio y desarrollo del derecho público en Venezuela y ha contribuido a la formación de estudiantes y abogados y constituyéndose en una herramienta indispensable para abogados, juristas y profesores especialista en este ámbito del derecho y para los jueces y magistrados de la jurisdicción constitucional y contenciosa administrativa.

Considerando,

Los beneficios que ha aportado la Revista de Derecho Público a la ciencias jurídicas, la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, las universidades del país y sus facultades de derecho y el foro jurídico en general debe reconocer sus méritos y extraordinaria calidad editorial y promover su difusión.

Considerando,

Que la Revista de Derecho Público ha sido la lo largo de sus años la obra del arduo y abnegado trabajo de su Director, Académico Allan Brewer-Carías, de su actual Sub Director, Profesor José Ignacio Hernández, de su infatigable y admirable Secretaria de Redacción, Mary Ramos Fernández, y ha contado con la colaboración de los miembros de su Consejo de Redacción, Comité Asesor y Consejo Consultivo, conformado por profesores y académicos de valía nacional e internacional.

Acuerda,

Primero: Manifiestar su júbilo por la celebración de los primeros cuarenta años de la Revista de Derecho Público, y reconocer la labor de suprema utilidad e innumerables beneficios que ha aportado al derecho público venezolano y a la ciencia jurídica en general.

Segundo: Hacerle entrega de este Acuerdo de Júbilo a la Revista de Derecho Público por intermedio de su Director, Académico Allan Brewer-Carías, de su Sub Director, Profesor José Ignacio Hernández y de su Secretaria de Redacción, Mary Ramos Fernández, en próxima Sesión de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y hacer público el mismo.

En Caracas, a los 23 días del mes de junio de 2020.

Humberto Romero-Muci
Presidente

Rafael Badell Madrid
Secretario

El Reconocimiento AVEDA 2020, concedido en el marco de su Jornada anual, a la *Revista de Derecho Público* por su 40 años de trayectoria, de especial relevancia para el Derecho Administrativo.

Aveda

Asociación Venezolana de Derecho Administrativo

LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, DE ACUERDO CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 25 DE LOS ESTATUTOS DE LA ASOCIACIÓN, SUS REGLAMENTOS INTERNOS Y LO DECIDIDO POR ACUERDO DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL 8 DE OCTUBRE DE 2020

OTORGA EL

Reconocimiento

Asociación Venezolana de Derecho Administrativo

A LA

Revista de Derecho Público
(Editorial Jurídica Venezolana)

POR SU INVALUABLE APOORTE A LA DIFUSIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA, GRACIAS A LA PUBLICACIÓN DE INNUMERABLES TRABAJOS DE CONSULTA OBLIGATORIA SOBRE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO PÚBLICO

JUAN DOMINGO ALFONZO P.
Presidente

ANTONIO SILVA ARANGUREN
Vicepresidente

FLAVIA PESCI-FELTRI
Secretaría General

CARLOS GARCÍA SOTO
Tesorero

LUIS ERNESTO ANDUEZA
Vocal

CLAUDIA NIKKEN
Vocal

BELÉN RAMÍREZ LANDAETA
Vocal

Caracas, 8 de octubre de 2020

