

Ramón Guillermo Avelo
Jesús María Casal
Daniela Urosa Maggi
Coordinadores



Estudios Constitucionales y Parlamentarios

Anuario 2018-2020



COLECCIÓN EDICIONES
ESPECIALES



Estudios Constitucionales y Parlamentarios

tiene por objeto divulgar anualmente investigaciones relacionadas con el Derecho Constitucional y el Derecho Parlamentario, con inclusión de trabajos elaborados por los cursantes de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. Adicionalmente, se incluye la documentación parlamentaria del período respectivo que se considera de interés de acuerdo con el monitoreo realizado por el Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro.

COORDINACIÓN

Ramón Guillermo Aveledo,
Jesús María Casal,
Daniela Urosa Maggi.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Tomás Arias Castillo, Juan Berríos, Armando Blanco, Margarita Escudero León, Liliana Fasciani, Jaiber Núñez, Ninoska Rodríguez, Gabriel Sira Santana, María Elena Toro.

CONSEJO CONSULTIVO

Tulio Álvarez, Juan Domingo Alfonso Paradisi, José Guillermo Andueza, Carlos Ayala Corao, Rafael Badell Madrid, Víctor Bazán, Allan Brewer-Carías, Antonio Canova, Rafael Chavero G., Ricardo Combellas, Román Duque Corredor, Gerardo Fernández, Carlos García Soto, Fortunato González Cruz, José Vicente Haro, José Ignacio Hernández, Carlos Leáñez, Juan Miguel Matheus, Mariela Morales Antoniazzi, Claudia Nikken, Manuel Rachadell, Fernando Rey Martínez, Martín Risso Ferrand, Humberto Romero-Muci, Néstor Sagüés, Enrique Sánchez Falcón, Antonio Silva Aranguren, Graciela Soriano de García-Pelayo, Cecilia Sosa Gómez, Jorge Luis Suárez Mejías, Gustavo Tarre Briceño, Argenis Urdaneta.

EDITORES:

Universidad Católica Andrés Bello (**ab**ediciones)
Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro
(www.fermintoro.net)
Centro para la Integración y el Derecho Público
(CIDEP) (www.cidep.com.ve)

Colección
Ediciones Especiales



Ramón Guillermo Aveledo
Jesús María Casal
Daniela Urosa Maggi
Coordinadores

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS

Anuario 2018-2020



Caracas, 2021

Estudios Constitucionales y Parlamentarios. Anuario 2018-2020
Ramón Guillermo Aveledo / Jesús María Casal / Daniela Urosa Maggi
(Coordinadores)

Universidad Católica Andrés Bello
Montalbán. Caracas (1020). Apartado 20.3323

Diseño y Producción: Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)
Diagramación: Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)
Diseño de portada: Isabel Valdivieso
Corrección: Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

© Universidad Católica Andrés Bello
© Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro
© Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)
Primera edición 2021
Hecho el Depósito de Ley
Depósito Legal: DC2021000864
ISBN: 978-980-7834-21-6

Impreso en Venezuela
Printed in Venezuela
Por: Gráficas LAUKI, C.A.

Reservados todos los derechos.
No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información, ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado –electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc.–, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

EN ESTA EDICIÓN...

PRESENTACIÓN

I. CONTRIBUCIONES DOCTRINALES

1. Un senado para la democracia venezolana. *Ramón Guillermo Aveledo*
2. El rol de las Cortes Constitucionales en democracias liberales: de guardianes de la supremacía constitucional a soporte fundamental del autoritarismo. *Daniela Urosa Maggi*
3. El derecho a vivir en democracia. *Jesús María Casal*
4. Bases constitucionales del Estatuto que Rige la Transición a la Democracia. *José Ignacio Hernández G.*
5. Justicia transicional en la especificidad del conflicto venezolano: ¿Quién es el enemigo? *Tulio Alberto Álvarez*
6. Examen preliminar de la Corte Penal Internacional en Venezuela: posibles escenarios y resultados. *Gabriela Camacho Alvarado*
7. El derecho de petición y el derecho de petición internacional. *Alberto Blanco-Uribe Quintero*
8. Observaciones sobre la sentencia N° 455/2017 de la Sala Constitucional del TSJ y la concreción jurisprudencial, atípica e impertinente, de la unidad conceptual Estado/Nación. A propósito de una polémica en el País Vasco. *Emilio J. Urbina Mendoza*
9. Desafíos de la representación política y de la participación ciudadana en la Venezuela actual a la luz de la Carta Democrática Interamericana. *Ricardo Combellas*
10. La inconstitucionalidad del proceso constituyente venezolano de 2017. *Rosnell Carrasco*
11. Los límites de la interpretación de la Constitución y su desnaturalización por parte de la Sala Constitucional del TSJ. Especial referencia a sentencias que sabotean la separación y control de los poderes en Venezuela. *Manuel Rojas Pérez y Francisco Ramírez Ramos*
12. Las restricciones a los derechos en el Zulia durante la pandemia COVID-19. *Juan Alberto Berríos Ortigoza*

13. La Constitución y su contexto en el hundimiento de la República de Weimar. *Jesús María Casal*

II. DOCUMENTACIÓN PARLAMENTARIA

1. Decisiones adoptadas por la Unión Interparlamentaria (UIP) respecto de parlamentarios venezolanos desde finales de 2018 hasta 2020
2. Instrumentos para el fortalecimiento jurídico institucional de la Asamblea Nacional

III. CONTRIBUCIONES DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO

1. La cuestión inglesa: Parlamento de Westminster vs. Parlamento de Escocia. *Jaiber Núñez y Larry Tadino*
2. Los Derechos y su ponderación. Breve ensayo de análisis y crítica. *Leonardo Verónico*
3. El reconocimiento del derecho al honor en la persona incorporal en el ordenamiento jurídico venezolano. *Adelaida Suárez Díaz*

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	15
I. CONTRIBUCIONES DOCTRINALES	19
UN SENADO PARA LA DEMOCRACIA VENEZOLANA, Ramón Guillermo Aveledo	21
1. No faltan las razones, ni las experiencias	21
2. En Venezuela	25
2.1. Primero, la democracia al servicio del bien común.....	26
2.2. Bicameralismo diferenciado.....	28
2.3. De todo el país.....	29
2.4. Integración.....	31
2.5. Atribuciones privativas.....	32
2.6. Los ascensos militares	34
2.7. Papel en la legislación.....	36
EL ROL DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES EN DEMOCRACIAS ILIBERALES: DE GUARDIANES DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL A SOPORTE FUNDAMENTAL DEL AUTORITARISMO, Daniela Urosa Maggi	39
1. La justicia constitucional: de iure, una garantía global de la democracia constitucional.....	39
2. Autoritarismos derivados de las desviaciones del control de la constitucionalidad	40
2.1. El rol del poder judicial en las democracias iliberales. Politización de la justicia y judicialización de la política	40
2.2. El autoritarismo judicial	42
2.3. El autoritarismo judicial constitucional.....	44
3. Recientes experiencias de autoritarismo judicial constitucional. El rol de las Cortes Constitucionales en varias democracias iliberales contemporáneas.....	45
3.1. Autoritarismo judicial en África.....	47
3.1.1. República Democrática del Congo (DRC)	47
3.1.2. Zambia	48
3.1.3. Gabón	49
3.1.4. Camerún.....	49
3.1.5. Uganda	50

3.2. Autoritarismo judicial en Asia	51
3.2.1. Camboya.....	51
3.3. Autoritarismo judicial en América Latina	52
3.3.1. Bolivia	52
3.3.2. Nicaragua	53
3.3.3. Venezuela	53
4. Características comunes de los casos de autoritarismo judicial estudiados	55
4.1. Asamblea Constituyente	56
4.2. Reformas constitucionales	56
4.3. Fraudes electorales	57
4.4. Estado de emergencia.....	57
4.5. Violación de derechos fundamentales	57
4.6. Recapitulación	58
5. Repensando las Cortes Constitucionales. Propuestas para evitar el autoritarismo judicial	58
5.1. Reforzamiento de la capacidad estatal y mayor garantía de independencia de las Cortes Constitucionales.....	59
5.2. Redimensionando los poderes de las Cortes Constitucionales: ¿Vuelta al modelo original kelseniano de legislador negativo?	60
5.3. Un planteamiento drástico: ¿conviene eliminar las Cortes Constitucionales y migrar al sistema de control difuso de la constitucionalidad?	61
5.4. El control sobre las Cortes Constitucionales: una tarea pendiente.....	63
Conclusiones.....	65

EL DERECHO A VIVIR EN DEMOCRACIA, Jesús María Casal 67

Introducción	67
1. La democracia y sus dimensiones fundamentales.....	71
2. La democracia constitucional y la democracia en la Constitución de 1999	75
2.1. La democracia constitucional.....	75
2.2. La Constitución de 1999	77
3. El derecho a vivir en democracia.....	85
3.1. La imbricación conceptual entre democracia y derechos humanos.....	85
3.2. La promoción o la defensa internacional de la democracia y la protección internacional de los derechos humanos	85
3.2.1. En el marco de la ONU.....	86
3.2.2. En la OEA y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos	92
3.3. Un derecho a la democracia	98
4. Los derechos humanos y su marco político-institucional democrático.....	101
5. Una reflexión final sobre los desafíos democráticos de Venezuela	105

BASES CONSTITUCIONALES DEL ESTATUTO QUE RIGE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA, José Ignacio Hernández G. 107

1. El fundamento constitucional de la transición: la ausencia del presidente electo para el 10-01-2019	107
1.1. La inexistencia jurídica de la elección del 20-05-2018 y sus implicaciones jurídicas	107
1.2. La ausencia de Presidente electo para el 10-01-2019 y los artículos 233 y 333 de la Constitución.....	110
1.3. Los eventos constitucionales desarrollados entre el 5 y 23-01-2019	117
2. El estatuto que rige la transición como ley y pacto político y los actos constitucionales dictados desde el 10-01-2019.....	121
2.1. Naturaleza jurídica y política del Estatuto: pacto político para la transición. Su finalidad y sus objetivos. La divulgación de los documentos fundamentales de la transición en la Gaceta Legislativa.....	122
2.2. Justificación de la ruta para la transición democrática: cese de la usurpación, Gobierno de transición y elecciones libres.....	126
2.2.1. El cese de la usurpación.....	126
2.2.2. La conformación del Gobierno provisional de unidad nacional.....	127
2.2.3. Elecciones presidenciales.....	129
2.2.4. La interpretación dinámica de las fases de la transición...	130

JUSTICIA TRANSICIONAL EN LA ESPECIFICIDAD DEL CONFLICTO VENEZOLANO: ¿QUIÉN ES EL ENEMIGO?, Tulio Alberto Álvarez 133

A manera de introducción.....	133
1. De la Venezuela utópica a la Venezuela anómica	134
2. Componentes del conflicto venezolano	136
2.1. La naturaleza del conflicto.....	136
2.2. Democracia humillada, el fraude constitucional	138
2.3. La corrupción como elemento sustantivo del proceso.....	140
2.4. La interferencia cubana	146
2.4.1. El desastre económico cubano	146
2.4.2. El convenio petrolero, salvavidas de la revolución	147
2.4.3. Control neurálgico del Estado venezolano.....	152
3. La construcción del acuerdo	153
4. Discriminación de los medios e instrumentos de políticas públicas en el proceso de justicia transicional colombiano	157
A manera de conclusión	159

EXAMEN PRELIMINAR DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN VENEZUELA: POSIBLES ESCENARIOS Y RESULTADOS, Gabriela Camacho Alvarado 161

Introducción: Apertura de un examen preliminar en Venezuela.....	161
1. El examen preliminar de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ...	165

1.1. ¿En qué consiste el examen preliminar?	165
1.2. ¿Qué acciones puede tomar la Fiscalía durante un examen preliminar?.....	169
1.3. ¿Cuáles son las fases del examen preliminar?.....	172
2. La situación en Venezuela: Examen preliminar motu proprio y referencias posteriores	176
2.1. ¿Qué implicaciones tienen las referencias para la Fiscalía?.....	176
2.2. ¿Qué elementos particulares tiene la situación en Venezuela?....	177
2.3. ¿Qué ocurre si el Fiscal decide abrir una investigación en Venezuela? ¿Qué ocurre si decide no abrirla?	180
Conclusiones.....	182

EL DERECHO DE PETICIÓN Y EL DERECHO DE PETICIÓN INTERNACIONAL, Alberto Blanco-Urbe Quintero 185

Introducción	185
1. El derecho de petición.....	186
1.1. Marco normativo.....	186
1.1.1. Instrumentos internacionales	186
1.1.2. Instrumentos nacionales	188
1.2. Alcance o contenido y naturaleza del derecho humano	189
1.2.1. Alcance o contenido	189
1.2.2. Naturaleza del derecho humano	191
1.3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	193
2. El derecho de petición internacional	195
2.1. Marco normativo.....	195
2.1.1. Instrumentos internacionales	195
2.1.2. Instrumentos nacionales: la Constitución	201
2.2. Alcance o contenido y naturaleza del derecho humano	202
2.2.1. Alcance o contenido	202
2.2.2. Naturaleza del derecho humano	202
2.3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	203
Conclusión	206

OBSERVACIONES SOBRE LA SENTENCIA N° 455/2017 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ Y LA CONCRECIÓN JURISPRUDENCIAL, ATÍPICA E IMPERTINENTE, DE LA UNIDAD CONCEPTUAL ESTADO/NACIÓN. A PROPÓSITO DE UNA POLÉMICA EN EL PAÍS VASCO, Emilio J. Urbina Mendoza..... 207

1. La sentencia N° 455/2017 y la cristalización de la lógica nacionalizadora que blindó la convocatoria y bases comiciales de la propuesta constituyente de Nicolás Maduro Moros.....	207
1.1. Lo no que no se dijo de la sentencia N° 378/2017 de la Sala Constitucional del TSJ: fin de la regla in claris non fit interpretatio.....	210

1.1.1.	El argumento circunstancial de la Constituyente de 1999 y su comparación con la de 2017	211
1.1.2.	La verdadera regla hermenéutica impuesta por la Sala Constitucional del TSJ para interpretar la Constitución: "interpretarla de conformidad con la mejor teoría política".....	214
1.2.	Más allá de la exégesis a los artículos 347 y 348 de la Constitución de 1999, o sobre cómo Nicolás Maduro manipuló en su iniciativa el mecanismo de la ANC para modificar la "Nación venezolana" y hacerla "socialista"	218
2.	La sentencia N° 455/2017 y la concreción nacionalizadora de la "Nación Única" y su errónea fusión con el concepto de Estado	221
2.1.	Las advertencias de la Sala con otro thema decidendum no planteado por nosotros en la demanda	222
2.2.	La falta de motivación al basar su justificación en razones inexistentes o "sucintamente"	224
2.3.	El fin del concepto de fraude constitucional y la equiparación de la Nación al concepto de Estado o el retroceso a las concepciones monistas del siglo XIX	226
2.4.	El nuevo concepto de acto estatal: la irrelevancia de los considerandos	229
2.5.	La destrucción del principio de supremacía constitucional y la naturaleza de las bases comiciales	230
2.6.	La aniquilación del principio de representación proporcional de la población y la infundada medida de "corrección numérica" de constituyentistas o de cómo se impone el principio de soberanía territorial a través del municipio en desmedro del modelo federal.....	231
3.	La solicitud de aclaratoria de sentencia ante la redacción oscura de algunos párrafos de la sentencia N° 455/2017	234
	Conclusiones	235

DESAFÍOS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA VENEZUELA ACTUAL A LA LUZ DE LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA, Ricardo Combellas..... 237

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO CONSTITUYENTE VENEZOLANO DE 2017, Rosnell Carrasco 251

1.	Planteamiento del problema	251
2.	El principio democrático y el Poder Constituyente	253
3.	El Poder Constituyente	255
3.1.	Concepto.....	255
3.2.	Poder Constituyente originario y derivado.....	256
4.	El proceso constituyente de 1999.....	258
5.	La Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución de 1999.....	260
6.	Conclusiones.....	261

LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y SU DESNATURALIZACIÓN POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ. ESPECIAL REFERENCIA A SENTENCIAS QUE SABOTEAN LA SEPARACIÓN Y CONTROL DE LOS PODERES EN VENEZUELA, Manuel Rojas Pérez y Francisco Ramírez Ramos	265
--	------------

LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS EN EL ZULIA DURANTE LA PANDEMIA COVID-19, Juan Alberto Berríos Ortigoza..... 277

1. Consideraciones preliminares	277
2. Restricciones contenidas en el decreto nacional de estado de alarma	277
3. Restricciones decretadas por el Gobernador del Zulia	281
4. Restricciones decretadas por el Alcalde del municipio Maracaibo	291
5. Restricciones decretadas por otros alcaldes en el Zulia	296
Consideraciones finales	298

LA CONSTITUCIÓN Y SU CONTEXTO EN EL HUNDIMIENTO DE LA REPÚBLICA DE WEIMAR, Jesús María Casal

Introducción	299
1. La Constitución de Weimar: luces y sombras	303
2. Los gabinetes presidenciales y la grave degeneración institucional sufrida desde 1930.....	309
2.1. Los gabinetes presidenciales	309
2.2. La tenaza antiparlamentaria de los artículos 25 y 48 de la Constitución.....	313
3. Las tentativas para salir explícitamente del sistema constitucional de Weimar, el golpe de Prusia y el papel de Carl Schmitt.....	319
4. El ascenso de Hitler al gobierno y los últimos decretos de emergencia.....	324
5. Reflexiones sobre el hundimiento de la Constitución y de la República de Weimar	328

II. DOCUMENTACIÓN PARLAMENTARIA

DECISIONES ADOPTADAS POR LA UNIÓN INTERPARLAMENTARIA (UIP) RESPECTO DE PARLAMENTARIOS VENEZOLANOS DESDE FINALES DE 2018 HASTA 2020

1. El Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios y la Asamblea Nacional	335
2. Decisiones adoptadas desde finales del 2018.....	337
2.1. 2018	337
2.2. 2019	338

INSTRUMENTOS PARA EL FORTALECIMIENTO JURÍDICO INSTITUCIONAL DE LA ASAMBLEA NACIONAL 345

1. Anteproyecto de Reglamento Interior y de Debate de la Asamblea Nacional	345
2. Anteproyecto de Código de Ética Parlamentaria	345
3. Manual de Procedimiento Legislativo	346
4. Anteproyecto de Reglamento de la Oficina de Estudios y Asesoría en Ética Pública, Control y Prevención de la Corrupción de la Asamblea Nacional	346
5. Anexos	347
5.1. Anteproyecto de Reglamento Interior y de Debate de la Asamblea Nacional	347
5.2. Anteproyecto de Código de Ética Parlamentaria	389
5.3. Manual de Procedimiento Legislativo.....	401
5.4. Anteproyecto de Reglamento de la Oficina de Estudios y Asesoría en Ética Pública, Control y Prevención de la Corrupción de la Asamblea Nacional.....	417

III. CONTRIBUCIONES DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO..... 425

LA CUESTIÓN INGLESA: PARLAMENTO DE WESTMINSTER VS. PARLAMENTO DE ESCOCIA, Jaiber Núñez y Larry Tadino 427

Introducción	427
1. Orígenes del Parlamento Inglés	428
2. El Parlamento Escocés	432
2.1. Marco constitucional	433
2.2. Relación entre Westminster y Holyrood.....	434
2.3. Diferencias entre el proceso escocés y otras entidades del Reino Unido.....	435
2.4. Elección, composición y funcionamiento del Parlamento Escocés.....	437
2.5. Perspectivas hacia el futuro	438
Conclusiones	439

LOS DERECHOS Y SU PONDERACIÓN. BREVE ENSAYO DE ANÁLISIS Y CRÍTICA, Leonardo Veronico 441

Introducción	441
1. Sobre el conflicto	442
2. Sobre el derecho de los derechos.....	443
3. Sobre la ponderación de derechos	448
Conclusión	453
Bibliografía	454

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL HONOR EN LA PERSONA INCORPORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO,	
Adelaida Suárez Díaz.....	457
1. Generalidades.....	457
2. Derechos de la personalidad	459
3. ¿Tienen derechos fundamentales las personas morales?	460
4. Noción del honor	463
5. ¿Las personas jurídicas son titulares del derecho al honor?	466
6. La evolución del derecho y la posibilidad de incorporar nuevos sujetos de derecho en el ordenamiento jurídico	470
7. Medios de protección que poseen las personas jurídicas en estricto sentido a su derecho al honor en sentido objetivo: civil, penal, constitucional, derecho de réplica y rectificación	471
7.1. Civil: indemnización por daños morales y/o extrapatrimoniales	472
7.2. Penal: difamación e injuria.....	474
7.3. Constitucional: acción de amparo	475
7.4. Derecho de réplica y rectificación.....	476
8. Los derechos fundamentales de las personas jurídicas en estricto sentido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	477
Conclusiones.....	479

PRESENTACIÓN

Es para nosotros una gran satisfacción presentar el segundo número del Anuario de Estudios Constitucionales y Parlamentarios, editado por el Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro (IEPFT) y la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), y ahora también por el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), dirigido por el profesor Jorge Luis Suárez Mejías. Con esta suma de esfuerzos pretendemos consolidar este espacio académico de discusión, crítica y formulación de propuestas en el ámbito del Derecho Constitucional y del parlamentarismo.

La embestida de la que tanto la Constitución como el parlamento, y con ellos la Democracia, han sido víctimas en estos años nos ha animado a continuar con una iniciativa que pareciera situarse a contracorriente de los hechos imperantes, dominados por el afán de liquidar al parlamento y suprimir la fuerza normativa de la Constitución, a fin de soslayar cualquier límite jurídico al ejercicio del poder y de usarla para robustecer la persecución política y dismantelar los restos agónicos de la institucionalidad democrática. No obstante, esas circunstancias adversas son las que dan más sentido a nuestro empeño, porque es precisamente en el actual contexto autoritario cuando es más necesario enarbolar los principios del Estado de Derecho, confrontándolos con las actuaciones que desde el poder pretenden dejarlos de lado. Esta es una forma de contribuir a que siga luminoso el ideario del constitucionalismo y de la Democracia, aun en el entorno sombrío creado por los responsables del hundimiento de la República.

Por otro lado, ante un marco político-institucional en el que la ciencia jurídica y las herramientas y valores del pluralismo, la representación y la deliberación plural son despreciados, es indispensable colocar en la palestra los análisis, observaciones y planteamientos que desde estos fundamentos surjan con el objeto de salir al paso de la arbitrariedad y de prefigurar el orden constitucional y democrático en que tenemos derecho a convivir y que debemos construir.

De allí que, al igual que en el primer número del Anuario, los trabajos y materiales reunidos combinen la crítica al falseamiento o desconocimiento de la Constitución con la relación o el inventario de acciones o proyectos adelantados por las instituciones comprometidas con el Anuario, o por otros actores, lo cual comprende una visión propositiva que no rehúsa ir explorando desde ya la ruta del deber ser en los distintos temas tratados. Hacerlo no implica querer sembrar en tierra árida, sino ser coherentes con la convicción de que, si renunciamos a los códigos y fundamentos de nuestra formación y vocación, o los posponemos, a la espera de que existan las condiciones

adecuadas para que valga la pena emplearlos, seremos presas fáciles del desaliento y estaremos cooperando pasivamente con la implantación de las estructuras de dominación ideológica que rechazamos. Además, detrás de la elaboración de proyectos normativos o trabajos de investigación o de la colaboración en la defensa jurídica internacional de los diputados hay una serie de actividades, alianzas, talentos y emprendimientos que el Anuario intenta también promover.

En el lapso abarcado por el Anuario se han recrudecido los ataques contra la Asamblea Nacional y contra la Democracia constitucional. Se hizo rutina y fue entronizada la aberrante tesis del desacato de la Asamblea Nacional a decisiones abusivas del TSJ como causa nulificante del parlamento mismo; continuó operando una supuesta asamblea constituyente, convocada al margen del pueblo y de la Constitución para evadir los procesos electorales pendientes y usurpar ese espacio de poder erróneamente concebido como absoluto para desplazar aún más y sustituir al parlamento legítimo y acrecentar la persecución política; y fue realizada inconstitucionalmente una elección presidencial en mayo de 2018, que no ofreció las garantías mínimas de libertad del sufragio, igualdad y transparencia y de imparcialidad del organismo electoral. Desde las fuerzas democráticas se avanzó en la dirección de sentar las bases para una transición a la Democracia, pero la reacción autoritaria de quienes detentan el poder ejecutivo se agravó y merced a la venalidad y el chantaje se intentó quebrar la mayoría opositora en el parlamento y se realizó un evento electorero que ha acentuado la crisis de legitimidad de quienes de hecho gobiernan. El 2020 fue además sacudido por una pandemia que ha agudizado la compleja crisis humanitaria que padecemos los venezolanos, en medio de la arbitrariedad y al mismo tiempo de la desidia o negligencia y opacidad gubernamental. Casi todos estos problemas son revisados en varios de los artículos o informes que presentamos.

Con este segundo número estamos actualizando el Anuario hasta el 2020, agrupando también los años 2018 y 2019, y esperamos publicarlo a partir de ahora cada año. Al igual que en el primer número, se recogen contribuciones doctrinales, se incluye documentación parlamentaria sobre asuntos en los que el IEPFT ha trabajado en el periodo abarcado, en alianza con otras organizaciones, y se difunden tres estudios cuya autoría corresponde a profesionales que han cursado la Maestría en Derecho Constitucional de la UCAB, que por la alta valoración recibida merecieron formar parte de esta edición.

Las contribuciones doctrinales se inician con trabajos que apuntan a la próxima construcción democrática, al aportar planteamientos de rediseño institucional o cimientos comparativos e internacionales que deben ser tenidos en cuenta en la ruta de la reconstitucionalización. En tal sentido, Ramón Guillermo Avelado se refiere a la recuperación del bicameralismo y a la composición y funciones de un nuevo senado que fortalezca la Democracia venezolana. Daniela Urosa Maggi examina luego, con una perspectiva comparativa, el rol que varias cortes o salas constitucionales han jugado en Democracia iliberales para reforzar procesos autoritarios, y Jesús María Casal

aborda el derecho a vivir en democracia, como concreción del derecho a la Democracia internacionalmente protegido. Después pasan a tratarse temas relacionados con las bases de una transición a la democracia y de una justicia transicional en Venezuela, y se indaga sobre el examen preliminar que adelanta la Fiscal ante la Corte Penal Internacional respecto de la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela. José Ignacio Hernández analiza el Estatuto para la Transición a la Democracia, Tulio Álvarez destaca la especificidad del conflicto político venezolano y lo vincula con la justicia transicional y Gabriela Camacho expone sobre el examen preliminar que instruye dicha instancia internacional.

Seguidamente se consideran asuntos actuales vinculados con la protección nacional e internacional de los derechos humanos o con graves violaciones a la Constitución que hemos padecido en el periodo examinado. Alberto Blanco-Uribe Quintero enlaza el derecho de petición con el derecho de petición internacional; Emilio J. Urbina Mendoza critica decisiones de la Sala Constitucional del TSJ que permitieron la usurpación del poder constituyente y la identificación que establecen entre Estado y nación; Ricardo Combellas vuelve sobre la temática de la representación y la participación desde la perspectiva de la situación actual venezolana y de la Carta Democrática Interamericana; Rosnel Carrasco expone sobre la inconstitucional convocatoria a una supuesta asamblea constituyente en 2017; Manuel Rojas Pérez y Francisco Ramírez Ramos ponen de relieve la desnaturalización de la interpretación constitucional en que ha incurrido la Sala Constitucional del TSJ, en detrimento de la separación de poderes, y Juan Alberto Berríos Orti goza comenta las restricciones de derechos que han sido impuestas en el Estado Zulia durante la pandemia de COVID-19. Esta sección cierra con un estudio de historia constitucional de Jesús María Casal, relativo al hundimiento de la Constitución y de la República de Weimar.

Como contribuciones de la Maestría en Derecho Constitucional de la UCAB se presentan los trabajos de Jaiber Núñez y Larry Tadino, sobre la comparación entre el Parlamento de Westminster y el Parlamento de Escocia; de Leonardo Verónico, sobre los derechos fundamentales y la ponderación, y de Adelaida Suárez, sobre el reconocimiento del derecho al honor de las personas incorpóreas.

Finalmente, la sección sobre documentación parlamentaria aborda algunos de los ámbitos en los cuales el IEPFT ha colaborado con los diputados de la oposición democrática electos en diciembre de 2015. Primero se abordan decisiones adoptadas por la Unión Interparlamentaria y en especial por su Comité sobre Derechos Humanos de los Parlamentarios respecto de numerosos diputados de oposición que han sufrido persecución política y violaciones de derechos humanos durante el periodo constitucional legislativo iniciado en enero 2016, y después se incluyen tres proyectos normativos y un manual de procedimiento que fueron elaborados en el IEPFT en alianza con otras organizaciones, con miras a una futura recuperación institucional del parlamento, tal como se explica en la sección respectiva. Se trata de los proyectos de Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional; el Proyecto de Código de Ética Parlamentaria; el Manual de Procedimiento

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

legislativo y el Proyecto de Reglamento de la Oficina de Estudios y Asesoría en Ética Pública, Control y Prevención de la Corrupción de la Asamblea Nacional.

Agradecemos a quienes han colaborado con sus estudios, trabajos e iniciativas constitucionales y parlamentarias para dar vida a este segundo número del Anuario. Esperamos que el número correspondiente al 2021 pueda reflejar una situación nacional de aproximación efectiva al objetivo de restablecer la vigencia de la Constitución y de recuperar la Democracia. Continuaremos esforzándonos en lograrlo.

Abril de 2021

Ramón Guillermo Aveledo

Jesús María Casal

Daniela Urosa Maggi

I
**CONTRIBUCIONES
DOCTRINALES**

UN SENADO PARA LA DEMOCRACIA VENEZOLANA

Ramón Guillermo Aveledo*

Proponer un parlamento bicameral útil a la democracia en nuestro país no significa un mero regreso al Congreso que teníamos, cuya superioridad a la Asamblea Nacional que tenemos no es suficiente para aconsejar su restauración. Se revisaron la teoría del bicameralismo, la trayectoria constitucional venezolana, así como diversas experiencias concretas de ese modelo en democracias de las dos Américas, Europa, Asia y África.

Desde el antecedente del Senado Romano creado durante la Monarquía romana transcurrida entre los siglos VII y VI a.C. como un consejo consultivo, estaba reservado a los ciudadanos romanos nacidos libres y de buena posición¹. La palabra *Senatus* viene de *senex*, anciano, una condición asociada a la sabiduría. A los mayores se recurría por el saber de su experiencia y la prudencia adquirida gracias a ésta. Pero la dictadura, formalmente concebida con estrictas limitaciones, derivaría en Imperio y el Senado, con los avatares propios de un período largo poblado de accidentes, vería su eclipse, no obstante el intento de salvarlo con la *Lex Julia de Vi Publica et Privata*. Roma cumplió su misión histórica y se acabó. En su período más brillante, el Senado la condujo y esa institución, junto a su monumental aporte del Derecho, está grabada en la piedra de su legado.

1. No faltan las razones, ni las experiencias

Las justificaciones teóricas de la existencia del Senado oscilan, o combinan, reconocer y satisfacer las necesidades de una Cámara federal o de una Cámara de la experiencia. Un cuerpo más limitado en su número que la Cámara popular para así afrontar *“la propensión de toda asamblea única y numerosa a rendirse al impulso de súbitas y violentas pasiones y a ser seducidas por líderes facciosos a resoluciones intemperantes y perniciosas”*².

* Profesor titular de la Universidad Metropolitana (Instituciones Políticas y Constitucionales), Profesor en la Maestría en Derecho Constitucional y en el Doctorado en Derecho de la UCAB. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Talbert, Richard J.A.: *The Senate of Imperial Rome*. Princeton University Press. Princeton, N.J., 1984.

² *The Federalist Papers N° 62: The Senate*. Yale Law School. Lilian Goldman Law Library. <http://avalon.law.yale.edu>

El Maestro García Pelayo resume la literatura política decimonónica al enunciar las ventajas del modelo bicameral:

a) Se trata de un sistema moderador y ponderado, ya que asegura un equilibrio entre la tendencia a conservar y la tendencia a innovar; b) divide el poder legislativo y, por consiguiente, es una garantía frente a su abuso o despotismo; c) en consecuencia, tiende a realizar el principio de la división de poderes que es garantía de la libertad; de asegurar mayor prudencia y ponderación en la elaboración de las leyes; e) hace posible la unidad de la representación individualista y de la representación orgánica o corporativa³.

Maurice Duverger no escatima críticas para basar su idea de que el bicameralismo es superfluo porque “*el defecto esencial de todos los parlamentos es la lentitud y no la precipitación*”⁴. Y sabemos que no es el único en impugnar el modelo, una impugnación que según Russell⁵, sería el lógico corolario del papel de la segunda cámara, el cual “*es fundamentalmente cuestionar y desafiar las decisiones*” de una cámara popularmente electa. Y es cierto que algunas democracias avanzadas, señaladamente Suecia, Dinamarca y Nueva Zelanda, han abolido sus segundas cámaras⁶.

Precisamente en la obra a cuyo prólogo me he referido, varios aspectos de la cuestión son tratados, como la búsqueda de equilibrios en sistemas constitucionales con varios niveles (MTS), para lo cual el bicameralismo es útil, y si no lo es en proporción suficiente puede atribuirse al contexto histórico en el cual prevalezca la preocupación por asegurar la coherencia nacional o porque los intereses sub-estatales son protegidos por mecanismos alternativos, como concluye Popelier⁷. También las críticas al unicameralismo, con acento en los casos búlgaro y peruano. A este último Serra y Fasone⁸ en sus ensayos atribuyen el carácter de bicameralismo “*escondido*” o “*enmascarado*”. Y la reseña del fracasado referéndum para abolir el Senado funcional irlandés en un país relativamente pequeño y homogéneo. Las Cámaras Altas aparecen como instituciones por definición impugnadas pero cuyas contribuciones de sobriedad, equilibrio e impacto efectivo en la definición de políticas públicas, “*son percibidas como cruciales en todas las democracias constitucionales y si no son confiadas a una segunda cámara, tampoco desaparecen mágicamente*”⁹.

Así mismo, luego de estudiarse las propuestas de reforma o abolición de la Cámara Alta en Francia, Polonia, Eslovenia y Bosnia-Herzegovina, pue-

³ García Pelayo, Manuel: *Sistema Bicameral* (Diccionario de Historia de España. Revista de Occidente, Madrid, 1952) en *Obras Completas*. Tomo III. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.

⁴ Duverger, Maurice: *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Ariel. Barcelona, 1970.

⁵ Russell, Meg: *Foreword: Bicameralism in an age of populism* en Albert, Richard; Baraggia, Antonia y Fasone, Cristina: *Constitutional Reform of National Legislatures. Bicameralism under Pressure*. Edward Elgar. Chetelham OK-Northhampton, MA, USA. 2019.

⁶ Russell, ob. cit.

⁷ Popelier, Patricia: *Bicameralism in Multi-tiered systems* en *Constitutional Reform of...*, ob. cit.

⁸ Serra, Diego. *Defending bicameralism and equalising power* y Fasone, Cristina: *Unicameralism and “masked” bicameralism* en *Constitutional Reform of...*, ob. cit.

⁹ Fasone, ob. cit.

de concluirse que dado que la noción de gobierno limitado está en el corazón de la concepción moderna del constitucionalismo, se podría *"llegar a la conclusión de que el bicameralismo puede favorecer de los valores constitucionales liberales"*¹⁰.

Oscar Alzaga¹¹, quien a su solvencia jurídica suma su condición de político y su participación en los debates constituyentes de la transición española, cree en el "valor inestimable" de una segunda Cámara de reflexión o de enfriamiento y citando al sabio Pérez Serrano¹², atribuye que la institución hubiera llegado a nuestros días *"a razones de contenido, a razones de arte político y buen gobierno"*. El Senado sería así, una Cámara de reflexión, lo cual en el proceso legislativo no siempre es eficaz. Su aporte cualitativo es mejorar la legislación, logrando la conciliación de puntos de vista contrastantes mediante el diálogo. En eso, puede colocarse en una carrera en la que enfrenta dos competidores: el tiempo, *"único recurso natural verdaderamente no renovable"* como repetía entre nosotros el Presidente Herrera Campíns y el Gobierno, que aspira sacar adelante sus proyectos y tiene la baza decisiva en la partida legislativa.

Al releer experiencias concretas, veremos que el bicameralismo americano fue el resultado de un acuerdo político, no de un diseño preconcebido. Había sí, una intención que presidía las discusiones, la de producir equilibrios, construir una barrera necesaria contra la inconstancia y la pasión es el Senado en la idea de Madison y vista en perspectiva, la historia le da la razón.

En Francia, su bicameralismo de cámaras con competencias desiguales y un Senado de representación regional diseñado para asegurar que la razón prevaleciera sobre la pasión y el tiempo y la reflexión sobre la acción inmediata¹³.

La Constitución española de 1978 opta por una Cámara híbrida, abriendo así un debate que no cesa. La opción es asumida, precisamente, en el proceso constituyente cuando el Senado alcanzó sus más altas cotas de protagonismo. Y paradójicamente su resultado fue la Constitución que limitó el papel futuro del Senado. En Italia, en cambio, la Carta republicana de postguerra estableció un Bicameralismo perfecto e igualitario, en la legislación y la formación de gobierno, aun cuando instituyó una Cámara alta tan numerosa que sus 315 miembros más bien dificultan el cumplimiento de su papel. Italiana es también la idea de senadores vitalicios designados. Varias veces se ha intentado reformarla sin lograrlo, ni siquiera por el voto popular,

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Alzaga Villaamil, Oscar: *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)* Ediciones del Foro. Madrid, 1978.

¹² Nicolás Pérez Serrano (1890-1961) Profesor de Derecho Constitucional, Letrado del Congreso de los Diputados. Preceptor en los estudios de Derecho Político del joven Príncipe Juan Carlos de Borbón.

¹³ Mastias, Jean: *A Problem of Identity: The French Senate* en VVAA.: *Senates. Bicameralism in the contemporary world* (Paterson, Samuel C. y Mughan, Anthony editors). Ohio University Press. Columbus, 1999.

lo cual tampoco ha sido posible en Irlanda cuyo Senado funcional, no elegido popularmente, es aplicación político-constitucional de la "Mutua colaboración de las profesiones" planteada por Pío XI en su encíclica *Quadragesimo Anno*. La carta pontificia es de 1931 y la Constitución de 1937 y, como es sabido, la impronta católica en la nacionalidad irlandesa es potente y entonces lo era más.

De Alemania, su *Bundesrat* único e irrepetible, el cual no es un cuerpo parlamentario *stricto sensu*, pues lo integran representantes de los gobiernos de los estados federales, con una interesante inclusión de quienes deben ejecutar la legislación en el proceso de su elaboración. Otros senados federales de interés vimos en Australia, Austria, Bélgica, Canadá y Suiza.

De todos los estados federales del planeta, solamente tres tienen parlamentos unicamerales. Uno es Venezuela, República Bolivariana de Venezuela desde 1999, que en la Constitución promulgada ese mismo año abandonó el sistema bicameral que había mantenido desde su Independencia en 1811, más de medio siglo antes de convertirse en República Federal en 1864. Los otros dos son la Unión de las Comoras y los Estados Federados de Micronesia. Son los únicos tres ejemplos en los cuales coincide la forma federal de Estado con el modelo parlamentario unicameral.

En América Latina encontraremos estados unitarios con dilatada y puede decirse que exitosos ejemplos de bicameralismo. El Senado chileno tiene larga tradición patricia, gran foro republicano de las ideas y los proyectos, evidencia de que es posible en nuestra región una vida parlamentaria, no digo perfecta que sería ilusorio, pero sí, con abundantes muestras de fecundidad, a la vez que estable y continuada en el tiempo, de modo que influya positivamente en el desarrollo institucional de nuestras sociedades. Similares en estabilidad son los casos de Uruguay y más recientemente Colombia, por la reforma de 1991 a un cuerpo con historia, cuyos Senados de lista nacional reflejan la opinión política nacional, no de las regiones y el liderazgo político nacional.

Hemos visto Senados como elemento de las transiciones. Testimonios de la capacidad de negociación y transacción del liderazgo político, aún en situaciones de agudo y amargo enfrentamiento, como Polonia y África del Sur. Europeo el primero, liberándose del socialismo real y el africano, enfrentando las dificultades de dejar atrás el régimen de apartheid.

En Polonia, país con una larga tradición senatorial, el restablecimiento de la Cámara alta no fue un producto de la recuperada democracia y su nueva constitucionalidad, sino un elemento del proceso transicional en sí, propuesto en las negociaciones de la Mesa Redonda entre el Partido Obrero Unificado Polaco¹⁴ y la opositora Solidaridad, para crear una ventana de participación democrática en la idea de no abrir la puerta al cambio de par en par, pero la vida puede superar las previsiones y los cálculos. En Sudáfri-

¹⁴ El PZPR fue el partido comunista polaco durante el socialismo. El viejo Partido Comunista de Polonia, fuertemente nacionalista, fue eliminado por Stalin, lo mismo que el Ejército Nacional. Eliminado legal y físicamente.

ca encontraremos el Consejo de las Provincias creado por la Constitución acordada, con elección indirecta parcial y representación con voz de los municipios.

En Asia, India con tradición democrática y enormes dimensiones y complejidades y Japón sin ella, en la empresa de construir democracias tras la independencia y la guerra instituyeron respectivamente el *Rajya Sabah* o Consejo de los Estados y la Cámara de Consejeros, una de las cámaras altas más influyentes, acerca de cuya elección, no proporcional a la población, ha habido varios recursos. Desde 2017, reiterada jurisprudencia ha ratificado su constitucionalidad, sea por la Corte Suprema u otros tribunales, como en meses recientes el juzgado de Okoyama del Tribunal Superior de Hiroshima¹⁵.

Y last but not least la Cámara de los Loes del Reino Unido, singularísima en su longevidad, más duradera que la monarquía misma. Inglaterra pudo vivir once años sin rey pero solo ocho sin Cámara alta. Nos obliga a recurrir al clásico criterio de Walter Bagehot: *“Si tuviéramos una Cámara de los Comunes ideal, perfectamente representativa de la nación, siempre moderada, nunca apasionada, abundante en hombres de pausa que nunca omitan las formas lentas y estables necesarias para la buena consideración, sería cierto que no necesitamos una Cámara alta”*¹⁶.

2. En Venezuela

Es casi bicentenario Bicameralismo venezolano, desde la primera constitución de 1811 hasta la de 1961, la más duradera y menos incumplida de nuestras cartas fundamentales, la cual nos rigió hasta diciembre de 1999. Pero lo largo de la historia constitucional de Venezuela, apenas si se nota una intención de diferenciar y jerarquizar al Senado, de modo que el bicameralismo asumido al igual que en la mayoría de las naciones democráticas más avanzadas, pueda rendir sus mayores y mejores frutos. Tal vez ello tenga relación, entre otras cosas, con la minusvalía a la cual, salvo en períodos excepcionales, se ha relegado al órgano deliberante.

Solamente en las constituciones de 1811, 1819 y la grancolombiana de 1821, el período constitucional de los senadores fue más largo que el de los diputados. La de 1819, a propuesta de Bolívar, consagró el Senado vitalicio.

Sus competencias fueron muy similares, con diferencias menores y no siempre estables como en las relativas a los ascensos militares o el juicio político. Fue en el debate constitucional de 1961, y no por casualidad, cuando más se debatió y elaboró al respecto.

¹⁵ Han sido ocho sentencias, a raíz de catorce demandas, lo cual indica lo controvertido del tema en la opinión, aunque no así en el criterio jurisprudencial.

¹⁶ Bagehot, Walter: *The English Constitution and Other Political Essays*. Reproducción facsimilar de la editada por New York: D. Appleton & Company, Bond Street, 1889.

2.1. Primero, la democracia al servicio del bien común

¿Nos hace falta un Senado? ¿Qué agregaría al orden constitucional y al sistema político y su funcionamiento? ¿Cómo? Al final del estudio y tras las consideraciones anteriores, estamos en mejores condiciones para plantearnos seriamente esas interrogantes.

Un criterio de lógica aplicación en el caso que nos ocupa sería el principio de la “navaja de Ockham”¹⁷, según el cual “*la pluralidad no se debe postular sin necesidad*” ¿Para qué multiplicar las entidades si son prescindibles? Así que debemos comenzar por mostrar que una segunda Cámara es necesaria.

Podríamos recordar la acotación de Wells a propósito de la disolución de los Lores en los años de la “Revolución Inglesa” de Cromwell, de que con mayor claridad se pudo notar el papel de la Cámara alta en su ausencia que en su presencia, y alegar que es más que suficiente la evidencia histórica de estas casi dos décadas, pero no tomaremos ese atajo.

Lo más importante, lo verdaderamente trascendente es que la sociedad democrática gobierne su gobierno. Lo digo muy lejos de intenciones populistas, las cuales me generan un espontáneo rechazo. Que se haga realidad la frase de Hamilton en Poughkeepsie, asumida alguna vez como lema por la Cámara de Representantes de los Estados Unidos. “*Aquí, señor, el pueblo gobierna; aquí él actúa mediante sus representantes inmediatos*”¹⁸ o la clásica de Lincoln en Gettysburg, del “*Gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*”¹⁹. Ese es el sentido de la existencia de sus instituciones públicas. El poder, así, no se debilita. Al contrario, se fortalece.

El poder, claro, se resiste a ser controlado. Hay algo paradójico en el enunciado mismo de controlar al poder, como advierte un autor a quien nos referiremos en seguida. La tentación del poder es controlar a su contralor. En cuanto a la institución parlamentaria, la afinidad o rivalidad política facilita o dificulta esa aspiración.

En la forma parlamentaria de gobierno ese control formal tiene en la práctica muchas interferencias. El Primer Ministro de un gobierno de gabinete va pareciéndose más a un Presidente, con tendencias que pueden desnaturalizar el sistema.

Pero en otras piezas del engranaje puede ocurrir que la independencia de los órganos se condicione más de lo debido hasta el riesgo de su virtual desaparición. Sea con los tribunales, el ministerio público, los entes de auditoría fiscal, como contralorías o tribunales de cuentas; también con magis-

¹⁷ Guillermo de Ockham (1280-1349) Franciscano inglés, filósofo y lógico.

¹⁸ Hay referencias a este discurso del repúblico norteamericano en otras partes de este trabajo. Aquí, la cita se extrae de la obra de Jonathan Elliot *The Debates in the Several States Conventions on the Adoption of the Federal Constitution (Vol II)*. En Library of Congress *Elliot's Debates* <https://memory.loc.gov>

¹⁹ En Cuomo, Mario M & Holzer, Harold: *Lincoln on Democracy*. Harper Collins. New York, 1991.

traturas de persuasión cuyo valor es cada vez más reconocido en su extensión por distintos sistemas constitucionales desde su origen escandinavo, como las defensorías del pueblo o defensorías del ciudadano. Y acaso, en esta enumeración que no pretende ser exhaustiva, la más perversa de todas ocurre en una figura de creciente importancia en pleno desarrollo que es la justicia constitucional. Nada corrompe más a un sistema que la parcialización del árbitro de árbitros. Esta, aunque no sea venal, no deja de ser prevaricato.

Es de una lógica sencilla que no admite prueba en contrario. Para que el sistema democrático funcione se supone que cada órgano cumpla su papel.

No se trata, insisto, de debilitar el poder. Dice bien Valadés²⁰ en su trabajo dedicado precisamente a la cuestión del control del poder, que *“los balances y contrapesos operan como fuerzas crecientes, no menguantes”*. Al mejorar el funcionamiento del Estado de modo que éste genere más y mejores resultados para los ciudadanos, los controles potencian el poder, no lo reducen, porque hace falta que el poder actúe. Que se controle el poder, no para impedirle que funcione sino para ayudar a que cumpla sus objetivos. Existe para la promoción y la procura del bien común. Mantenerlo en esa zona, evitar desviaciones abusivas ha sido, es y será una demanda permanente. Ninguna previsión constitucional o dispositivo legal nos pone a salvo total y definitivamente, de tales riesgos. Esa tensión es propia del poder y su ejercicio. Resolverla satisfactoriamente será un desafío que acompañará siempre a los ciudadanos, a los pensadores y a los constitucionalistas, a los legisladores o gobernantes y a los aspirantes a serlo, pero una adecuada organización estatal puede ser la clave de una distribución equilibrada del poder que garantice el respeto a la dignidad de la persona humana, detecte y corrija oportunamente cualquier amenaza y a buen seguro, frecuentemente estaremos inconformes con el resultado.

El control sería, así, una forma de realizar la cooperación de las ramas del poder público en la realización de los fines del Estado.

El Poder Legislativo, la Asamblea Nacional en su denominación presente, como órgano representativo que legisla sobre materias de la competencia del Poder Nacional y controla el Gobierno y la Administración, tiene una posición particular con relación las otras ramas del Poder Público Nacional. Debe ejercer las tareas que constitucionalmente se le encomiendan pero entre ellas está dictar las normas por las cuales esas otras ramas se rigen así como sus respectivos presupuestos, emitir aprobaciones y autorizaciones a la rama Ejecutiva y, en los términos determinados por la Constitución, participar en la elección de los titulares de diversos altos cargos del Estado.

Del eficaz cumplimiento de esas funciones dependerá buena parte del desempeño estatal en relación a sus finalidades. Podría tener más peso en el sistema constitucional, lo ha tenido, pero hablando de éste: ¿Puede, aún con estas mismas competencias, cumplir mejor el Poder Legislativo su misión en beneficio del interés de los venezolanos? Ciertamente, sí. ¿Requeri-

²⁰ Valadés, Diego: *El Control del Poder*. Porrúa-UNAM. México, 1998.

ría, además, de otras competencias que actualmente no tiene el Poder Legislativo para servir mejor a los venezolanos? Mi respuesta también es afirmativa.

Y, en ese orden de ideas, cuya meta es el servicio al bien común, ¿estaría en mejores condiciones el Poder Legislativo Nacional si tuviera una estructura bicameral en lugar de la unicameral actual? Estoy convencido de que sí.

En trabajo anterior²¹ me he referido al tema y hoy puedo ratificarlo, con base en la experiencia previa y posterior, así como en los estudios relativos a nuestra realidad y a la de otros países, en los trece años transcurridos desde entonces. Un Senado que complemente el trabajo de la Asamblea Nacional sería de utilidad a la democracia venezolana, la democracia de un Estado federal con vocación descentralizadora, en la medida en que favorezca la reconstitución de la comunidad política, así como una respuesta parlamentaria, en términos de representación, legislación y control, de mayor calidad y pertinencia a las demandas de la sociedad y a la realización del modelo decidido por el pueblo venezolano, explicitado con claridad en los artículos 2 y 3 de los Principios Fundamentales de la Constitución:

Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Artículo 3. Es Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y el bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución.

Porque estos principios no pueden quedarse en mera retórica constitucional, declaraciones solemnes, discurso sin consecuencia práctica. Son compromisos cuya profundidad y anchura los hace imposibles de ignorar. Es con relación a ellos que se evalúa si están haciendo su trabajo los órganos del Poder Público y es con relación a ellos que es posible medir si hemos avanzado en el sendero y cuánto, si nos hemos detenido o retrocedido, o si hemos perdido el rumbo y andamos extraviados, en remotos parajes de ecosistema hostil a nuestra realización personal y social.

2.2. Bicameralismo diferenciado

El bicameralismo, por sí solo, no resolverá los problemas ni cambiará el funcionamiento del poder político para que recupere su sentido de servicio, pero para que pueda realizar a plenitud su sentido de coadyuvar, como esperamos, a que mejore sensiblemente el desempeño estatal a favor de las personas y sus derechos, es imprescindible que su adopción no constituya

²¹ Aveledo R.G.: *Parlamento y Democracia. Congreso, Asamblea y futuro en perspectiva histórica, constitucional y política*. Fundación para la Cultura Urbana. Caracas, 2005.

una mera duplicación. ¿Para qué Cámaras iguales que parezcan clonadas? Se necesita que sean dos Cámaras distintas entre sí, con papeles cualitativamente diferentes en sus tareas comunes como cuerpos colegisladores y con funciones privativas diferenciadas.

En líneas gruesas podríamos resumir que el bicameralismo que se propone es uno con una Cámara política, la Asamblea Nacional, la de los diputados, y una Cámara de Estado, el Senado. Ambas convergen en el trámite legislativo aunque con papeles no idénticos, pero de resto una se especializa en el control político y financiero de la acción de gobernar la República y la otra en las cuestiones atinentes a la estructura y funcionamiento estatales, relacionadas por ejemplo con los asuntos de la vida de la Federación, la política exterior, la seguridad y defensa, la justicia.

Por razones de necesaria legitimidad, en acuerdo con los valores y tradiciones políticas del pueblo venezolano, ambas Cámaras deben ser producto de la elección popular universal, directa y secreta. La elección indirecta pertenece a un tiempo pasado de la vida política venezolana. Fue un paso adelante en un país que no elegía, pero después de 1945 y de 1989, sería un retroceso inexplicable.

2.3. De todo el país

No obstante las especificidades de nuestro federalismo y la histórica tendencia a la centralización que en estos años, en contradicción abierta con la Constitución, ya muestra los síntomas y los signos de una patología, nos haría bien corregir la anomalía de encarnar el 33,33% de los Estados federales con Parlamento unicameral en la totalidad de la geografía planetaria. Uno de tres, como vimos arriba.

Si bien no estuvo en la intención del Constituyente de 1961 de que el Senado fuera una Cámara federal, según el testimonio del senador y constituyente Oropeza, y en el de 1999, aparentemente a contravía de su intención federal y descentralizadora expresa, profusa y ampliamente desarrollada en el articulado constitucional, se optó por eliminar dicha Cámara, estimo positivo para el equilibrio deseable del sistema un Senado con representación igual de todos los estados y la capital.

En el ámbito competencial correspondería reforzar ese carácter en aspectos a los cuales nos referiremos.

Pero, siendo como es ese muy importante, el interés principal por el que se pretende velar con la existencia de la segunda Cámara trasciende a cuidar la buena salud de nuestro Estado federal. Lo que se propone es la existencia de un cuerpo que analice los asuntos serenamente, a prudente distancia de las contingencias propias del debate político al cual ni puede ni debe ser ajeno, pero que por lo mismo lo aprecia de otro modo. Más pausado, con una visión más nacional que no se agote en lo inmediato.

A lograr ese tono contribuirían el número menor de miembros de la Cámara, la edad mínima más elevada, los mandatos más largos y las renovaciones parciales.

No escapa a nuestro análisis que esta visión, podría conducirnos a tomar el camino de nuestra vecina Colombia, ya por ocho décadas y media trillado por los uruguayos, de una circunscripción nacional, lo cual se traduce en la elección para el Senado de las grandes figuras de la política nacional. Habiendo pensado en el asunto, lo hemos descartado, porque la integración plena de todas las regiones del país debe ser un punto en la agenda nacional y más ahora, después de los acontecimientos de estas décadas. Debemos cuidarnos de fortalecer corrientes centralizadoras, en sí mismas muy fuertes en nuestra historia y nuestra cultura. En esa visión nacional a formarse hacen falta las perspectivas regionales que existen y son diversas.

En cada rincón de Venezuela hay trabajo, hay creación, hay ideas. Cada vez, también, hay más conocimiento. Los efectos que las políticas y los prejuicios de estos años han dejado en nuestra vida universitaria no han conseguido abatirla. La profusión de instituciones de educación superior ha dejado huella en las regiones y en su liderazgo. Asumir la venezolanidad como un todo donde se suman y se conjugan lo que es compartido por todos y lo que es propio de cada uno, tiene que ver no sólo con el realismo de comprender lo que somos sino con la esperanza en lo que juntos podemos llegar a ser.

Es más que una moda más o menos circunstancial y pasajera o un afán de oposición a la obsesiva concentración de poder central en estos años, tanto en su primera fase carismática como en su heredera fase burocrática. Es el fruto natural del conocimiento y la comprensión del país. Podemos verlo en el ejemplo de un estudioso tan reconocido de la historia y los cambios sociales en Venezuela como Ramón J. Velásquez, a su vez senador por varios periodos, quien lo demostró como intelectual, como parlamentario, como miembro de los gabinetes de los presidentes Betancourt y Caldera, como Presidente de la Comisión para la Reforma del Estado (COPRE) y como Presidente de la República²².

La diversidad regional la valora Velásquez, además, en otra perspectiva que es la de las tradiciones de cada lugar, como se evidencia en su intervención en el Senado en debate de 1975, a propósito de una propuesta de acuerdo con motivo del aniversario de La Asunción, la capital neoespartana "*Si no hay tradición, si no hay fisonomía histórica, habrá una rica colonia pe-*

²² De los abundantes testimonios propios y ajenos de la prédica y la práctica de Velásquez, destaco lo expresado por el autor y por él en Hernández Contreras, Luis: *El Doctor Velásquez. Una historia nunca contada*. Proculca. San Cristóbal, 2012. Banko, Catalina y González Escorihuela, Ramón: *Ramón J. Velásquez, Un país, una vida*. F.E. Simón Rodríguez – El Nacional. Caracas, 2012. Ver también García Soto, Carlos: *Ramón J. Velásquez y la Descentralización*. www.prodavinci.com; Brewer-Carías, Allan R.: *Ramón J. Velásquez: El gobernante descentralizador*. www.allanbrewercarias.com y Aguiar, Asdrúbal: *Ramón J. Velásquez. El camino: la descentralización; el obstáculo, la crisis financiera*. www.vicerversa-mag.com

*trolera (...) pero no seríamos una patria*²³. Pero como esa riqueza no es inagotable ni independiente de nuestras decisiones, aunque en más de una oportunidad hayamos actuado como si la creyéramos infinita, el riesgo sería no poder conservar ni siquiera esa condición.

Venezuela es mucho más que nuestro entorno de vecinos en el barrio o la urbanización y conocidos un poco más allá, en nuestras actividades. Ciertamente más ancha y más profunda que los que comparten conmigo visiones, gustos, aficiones. No confundamos al país con nuestros seguidores en *Twitter* o en *Facebook* por más numerosos que sean. Mucho menos con este o aquel grupos de *chat*.

2.4. Integración

Contribución significativa a la diferenciación entre las Cámaras está en el número de sus integrantes. En el Senado deberíamos seguir la pauta prácticamente universal de que se trata de cuerpos menos numerosos que la Cámara popular o política.

Si bien desde 1901 hasta la constitución de 1961 derogada en diciembre de 1999 los senadores en Venezuela fueron dos por circunscripción y así había sido en los inicios del federalismo (1864-1874), hay antecedentes diferentes entre nosotros. Eso tampoco fue invariable en nuestra tradición constitucional. Hubo distintos criterios. Sin número fijo (1811), igual a la Cámara de Representantes (1819) y en una y otra Cartas no se especificaba la representación por entidad; cuatro por departamento (1821), dos por provincia (de 1830 a 1858) y tres por estado (de 1881 a 1893).

Un número razonable para el cuerpo que se propone sería el de tres senadores por entidad, como en Argentina para un total de setenta y dos, lo cual equivaldría a menos de la mitad de la actual Asamblea Nacional.

Otro rasgo distintivo entre las Cámaras es la duración del mandato, el cual sería de seis años, a diferencia del de cinco años para los diputados. La renovación por tercios mediante el voto popular directo, permitiría la celebración de dos elecciones no coincidentes con las de Presidente y la Cámara baja, lo que reforzaría la independencia de los senadores con obvio impacto en las posiciones del cuerpo. La integración completa de la Cámara no sería la fotografía de la opinión política en un solo momento, con la consecuencia de su mayor independencia.

Ante las dudas que puedan plantearse por la necesidad de presencia de minorías políticas en el cuerpo, cabe valorar previamente si en la dispersión del sistema de partidos venezolano, el modelo concebido no sería más bien un estimulante a la formación de alianzas y por ahí a la negociación y entendimiento. Igualmente, avanzado el deseable proceso de estabilización

²³ Senador Ramón J. Velásquez, intervención en sesión del 17-03-1975 en *Ramón J. Velásquez, Sujeto y verbo del Senado* (José Alberto Olivar y David Ruíz Chataing, Editores) Fundación Fondo Editorial de la Asamblea Nacional. Caracas, 2018.

política del país, el modelo propuesto permitirá la evolución hacia las formas más propias de las democracias mejor desarrolladas.

Es cierto que el número de dos senadores por estado resultaría en un total de cuarenta y ocho miembros, también divisible entre tres, pero en ese caso cada elección no tendría lugar en todos los estados. Este factor y su incidencia en la calidad democrática, así como la necesidad de suficientes senadores para las comisiones y el cumplimiento de las funciones de la Cámara, debería ser ponderado a la hora de una decisión definitiva. Del mismo modo, merece estudio si se estima recomendable o no que los senadores tengan suplentes.

En una Cámara que valore la experiencia y la autoridad personal de sus integrantes, resulta favorable al interés del elector el que quien ejerza su representación sea aquel por quien votó. Las renovaciones parciales cada dos años permitirían, además, que una vacante por falta absoluta en cualquiera de sus causales, fuera cubierta en lapso relativamente breve y en una Cámara de setenta y dos miembros, esa ausencia más bien corta no afectaría sensiblemente su funcionamiento.

Ambas opciones numéricas, setenta y dos o cuarenta y ocho ofrecen ventajas relativas a ponderarse. Preferir las de la primera no implica desconocer las de la alternativa porque, en todo caso, esa no sería la diferencia crucial.

En punto a fortalecer ese carácter de Cámara cuyo papel en el sistema constitucional valora lo cualitativo, junto con la determinación de la edad mínima de treinta años para ser senador, como ha sido nuestra tradición constitucional, sería conveniente considerar como posibilidad la opción italiana de una edad mayor tanto en el sufragio pasivo como en el activo.

2.5. Atribuciones privativas

Correspondería al Senado, velar especialmente por el desarrollo legislativo y presupuestario de las políticas y acciones propias del proceso de descentralización y transferencia de competencias del Poder Nacional a los estados y municipios, como el interlocutor legislativo por excelencia del Consejo Federal de Gobierno.

En este ámbito competencial, resulta indispensable que cuente con los poderes constitucionales indispensables para participar decisivamente en la atribución actualmente conferida a la Asamblea Nacional en el artículo 187 numeral 8, *“Aprobar las líneas generales del plan de desarrollo económico y social de la Nación”* a ser presentadas por el Ejecutivo durante el tercer trimestre del primer año del período constitucional.

Al nuevo Senado se atribuirían competencias que tenía su antecesor de la Carta de 1961 y que actualmente corresponden a la Asamblea Nacional, tales como las autorizaciones a funcionarios públicos para aceptar cargos, honores y recompensas de gobiernos extranjeros; emplear misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país previa solicitud guber-

namental; salir el Presidente de la República del territorio nacional por el lapso constitucionalmente establecido; para nombrar a los titulares de la Procuraduría General de la República y las jefaturas de misión diplomática permanente; y el acuerdo para conceder los honores del Panteón Nacional.

El nuevo Senado ejercería las competencias actualmente atribuidas a la Asamblea Nacional en cuanto a las faltas absolutas del Presidente de la República a tenor de lo dispuesto en el artículo 233 de la Constitución, así como las relativas al enjuiciamiento del Jefe del Estado y del Gobierno, según el artículo 266, numeral 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No se incluye en la propuesta la autorización al Ejecutivo para enajenar bienes del dominio privado de la Nación pues, dado el papel preponderante que se atribuye a los diputados en el control fiscal en el modelo propuesto, lo coherente es que esta competencia se ejerza conjuntamente por ambas Cámaras, al igual que algunas otras que se enunciarán a continuación.

En conjunto con la Cámara baja el Senado participará, en el marco de la Constitución, en la elección de los rectores del Consejo Nacional Electoral, por la obvia incidencia de esa sensible área competencial en la gestión pública integralmente considerada y en atención a motivaciones de garantizar la mayor confianza tanto en los actores políticos como en la ciudadanía. Lo mismo puede decirse de la elección del titular de la Defensoría del Pueblo, institución cuyo papel cobra especial relevancia si se considera que el Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia constitucional no viene a ser otra cosa que el Estado Democrático de los Derechos Humanos y que hacia su reconocimiento, fortalecimiento y promoción, apunta la evolución tanto del Derecho Constitucional como del Derecho Internacional Público.

En punto a las remociones de altos funcionarios, si se dan los supuestos constitucionales o, de ser el caso, legales. Al nuevo Senado correspondería la competencia atribuida actualmente a la Asamblea Nacional con relación a los magistrados del Tribunal Supremo (art. 265 CRBV) y participará en la de los rectores electorales (art. 296 CRBV). Lo casos del Fiscal General y el Contralor General de la República y el Defensor del Pueblo, se resolverán en consistencia con el modelo planteado.

Las comisiones, parlamentarias o integradas por ciudadanos individuales o representantes de organizaciones de la sociedad civil que se nombren a efectos del trámite correspondiente, deberán estar integradas paritariamente por designados de una y otra Cámara.

Al Senado, por mayoría de dos terceras partes, corresponderá la elección, en los términos constitucionales, de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y los del Tribunal Constitucional. La separación entre uno y otro se estima necesaria. Así mismo, le tocaría la elección del titular de la Fiscalía General de la República.

La elección del Contralor General de la República, en condiciones similares a las anteriormente mencionadas, correspondería al cuerpo de los diputados.

El ejercicio de estas atribuciones acarrea un seguimiento permanente de las áreas respectivas del Estado que afectan. Las comisiones permanentes del nuevo Senado de la República y los equipos profesionales al servicio del Poder Legislativo deben contar con los recursos, en el plano jurídico y en el material, para llevar adelante con solvencia y eficacia el cumplimiento de esas altas responsabilidades. Lo mismo vale, desde luego, para aquellas que se enuncian a continuación.

2.6. Los ascensos militares

La experiencia nacional y en particular la evolución de los últimos lustros, nos aconsejan un tratamiento detenido de la cuestión de la participación parlamentaria en los ascensos militares, como proponemos que se atribuya al nuevo Senado de la República.

Dicha participación, motivada por el interés nacional, precisa ser vista en el contexto más amplio de la política de seguridad y defensa en general y la política militar del Estado democrático venezolano.

El control parlamentario de los ascensos militares del grado más alto de los oficiales superiores en adelante, incluidos los oficiales generales y almirantes fue disposición constitucional desde la Carta de Angostura en 1819 y como tal atribuido al Senado. Como hemos visto al abordar la historia de nuestra Cámara alta, así permaneció hasta que la constitución de 1864 llevó al Congreso pleno la atribución de “*determinar la manera de conceder los ascensos*” lo cual tiene más connotaciones normativas que decisorias. La Constitución de 1893 esclareció la intención y el Congreso pudo determinar cómo se conceden los ascensos militares y concederlos.

La Constitución de 1901 restableció la competencia del Senado, pero debe haber cambiado de opinión el Presidente Cipriano Castro porque la reforma de 1904, también promovida por él, derogó esa disposición, la cual regresa en 1914 y se mantiene intacta hasta la Carta de 1961 vigente hasta la promulgación de la actual a finales de 1999, cuyas disposiciones excluyeron al Poder Legislativo Nacional de unas decisiones de Estado que, al menos formalmente, desde 1819 le incumbían. A la luz de la experiencia histórica podemos decir que ese lapso coincide con el mayor desarrollo institucional de la organización castrense. Ahora ¿ha sido este cambio en los ascensos a los grados más altos sin participación parlamentaria uno para mejor? ¿Está hoy la Fuerza Armada en mejores condiciones? ¿Está menos o más politizada? ¿Goza de mayor respeto y adhesión por parte de la ciudadanía? No he leído opiniones que sostengan la tesis de la mejoría y, ciertamente, en la percepción pública, el muy alto nivel de respeto y valoración que alcanzaban las Fuerzas Armadas en 1998 fue siguiendo la suerte de la evaluación popular del gobierno hasta llegar, por lo mismo, a un deterioro que hace innecesario leer encuestas para tener conciencia de él. Es la consecuencia natural de unirse las promociones militares y la política de defensa en general a una parcialidad partidista, la del Presidente de la República.

El ejercicio de dicha competencia no fue siempre igual. Tuvo los altibajos propios de nuestro devenir sociopolítico. Pero sin duda contenía, desde su establecimiento en plena Guerra de Independencia, de un valor simbólico trascendente: la subordinación de lo militar a la Constitución, para lo cual requiere estar sometido al poder civil.

¿Es esta exclusión del Poder Legislativo de los ascensos militares consistente con el modelo constitucional? Veamos.

La responsabilidad en la seguridad de la Nación es del Estado no sólo del Gobierno y, más allá, depende del desarrollo integral de Venezuela y su defensa corresponde a todos (art. 322 CRBV), se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil para dar cumplimiento a los principios de la sociedad democrática (art. 326 CRBV). En ese contexto, la Fuerza Armada Nacional, de acuerdo a los artículos 328, 329 y 330 constitucionales, es una institución pública nacional definida en términos de profesionalismo, ajena a la militancia política, la cual *“en el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna”*. El texto consagra el derecho al sufragio de los militares activos, pero excluye expresamente *“participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político”*.

Ese marco indica una política de Estado que resulta contravenida por la disposición del artículo 331 que atribuye a la propia FAN la competencia exclusiva sobre los ascensos.

El Profesor Hernán Castillo, quien si bien reconoce su valor simbólico es crítico de lo *“extremadamente limitada en materia de control civil de los militares”* que resultaba la constitución de 1961, estima que la situación ha empeorado y concluye:

En definitiva, lo que se pretende señalar es que el Parlamento debe tener una importante incidencia en el proceso interno de ascensos en la institución armada como un elemento más de reforzamiento del control civil que debe ejercerse sobre los militares en una sociedad democrática, pero también hay que aumentar las capacidades técnicas, legales y los recursos del Parlamento para ejercer adecuadamente su cometido en cuanto a un efectivo control civil de la institución militar, cuyos ascensos, en otros aspectos, cumplen un papel muy importante, al igual que el control presupuestario²⁴.

Aparte de esta voz académica, escuchemos una voz militar. En 1999, cuando en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se discutía la Constitución vigente, el General de División (Ejército) formulaba una propuesta que si bien reducía el requerimiento de autorización senatorial a los ascensos a General de División y Vicealmirante, los más altos grados por entonces, mantenía el control del Senado en ese acto administrativo complejo al corresponderle emitir la autorización.

Considero sumamente interesante por venir de Fernando Ochoa Antich, militar profesional de trayectoria y jerarquía, quien incluso ejerció el Ministe-

²⁴ Castillo, Hernán: *Militares y Control Civil en Venezuela*. Universidad de Los Andes (Consejo de Publicaciones) – Universidad Simón Bolívar. Mérida, 2013.

rio de la Defensa, el criterio que a continuación se reproduce, el cual adiciona a su experticia un valor testimonial:

Es injusto considerar que la politización de los ascensos ocurre por tener el Senado, como una de sus funciones, la aprobación de los ascensos militares. La verdad es que la politización surge como consecuencia de la intervención del Presidente de la República, como Comandante en Jefe, en dicho proceso. Justamente, la intervención legislativa limitará la autoridad del Presidente de la República en la selección de los altos grados militares, obligando al cumplimiento de la normativa militar²⁵.

Era más que simbólica, entonces, esa intervención, no tanto por los cambios que produjera, sino por los sesgos que pudo evitar. El Presidente de la República es un político en funciones de Estado y el control sobre el poder que legítimamente puede ejercer sobre una institución estatal no puede dejarse depender solamente de la institución misma. Hace falta una intervención estatal que, en representación de todos, como es el espíritu de los artículos constitucionales mencionados, prevenga los riesgos de que el Presidente pueda acabar sirviendo a intereses que se incuban en el seno de la organización militar o que ésta lo haga a los intereses políticos del Presidente.

Quien escribe se coloca en una posición que puede considerarse intermedia entre las posiciones del Profesor Castillo y el General Ochoa Antich. Considero indispensable, por fundadas razones de coherencia democrática y experiencia venezolana, restablecer el control parlamentario de los ascensos militares y hacerlo como responsabilidad del nuevo Senado de la República. Esto debe incluir, en seguimiento de la tradición iniciada en 1819, del grado de Coronel (Capitán de Navío en la Armada) en adelante. Al efecto, habría que dotar al cuerpo parlamentario de los medios legales y técnicos para hacer más efectivo ese control sin depender exclusivamente de las informaciones que le entregue el Ejecutivo.

La que se propone no es una forma de cogobierno ni debe serlo. La participación senatorial en el proceso de ascensos es de control, así que no es de le incumbe estar presente en los pasos previos que conducen a la lista que se prepara en el seno del Ejecutivo. Deben sí, los senadores, para ejercer adecuadamente su responsabilidad, tener la garantía del más amplio acceso a todos los elementos de juicio necesarios para formarse una opinión autorizada en condiciones de intervenir en la decisión definitiva.

2.7. Papel en la legislación

En cuanto a la legislación, el objetivo no puede ser retardarla o acelerarla, sino mejorarla. No se trata de legislar más velozmente o más lentamente, se trata de legislar mejor. Y en cuanto a la asignación presupuestaria para la capacidad técnica y los equipos profesionales que apoyen la tarea legislativa, es válido el dicho popular "lo barato sale caro". Caro para la República.

²⁵ Ochoa Antich, Fernando: *Las Fuerzas Armadas en un Estado Democrático*. En *Notas y Documentos* Edición latinoamericana. N° 57-58 Enero Junio 2000.

Si no cuenta el Poder Legislativo Nacional con información suficiente y con cuerpos profesionales calificados a su servicio, los proyectos de ley los hará el Ejecutivo, o los bufetes contratados por los intereses que pueden ser muy legítimos pero necesariamente son parciales. Así, la independencia del Parlamento será prácticamente letra muerta.

Lo anterior tiene validez en lo que se refiere a la función legislativa, pero así mismo a la de control político y financiero, e incluso al tema explicado en la sección inmediatamente anterior. La asimetría entre contralor y controlado en beneficio de éste es un perjuicio para los intereses de los ciudadanos, en cuanto al poder real de su voto y en su condición de administrados.

El trámite legislativo bicameral lo iniciarían los diputados, salvo en las materias en las cuales la Constitución disponga otra posibilidad. Su Cámara dará al proyecto respectivo las dos discusiones correspondientes y una vez aprobado, la Presidencia lo remitirá al Senado.

En la participación legislativa en enmiendas o reformas constitucionales, en las leyes orgánicas, en la ley de amnistía, y en aquellas que afecten las competencias de estados y municipios, la competencia legislativa de las dos Cámaras será idéntica.

La aprobación del Senado será, igualmente, indispensable para las Líneas generales del Plan de Desarrollo económico y social de la Nación.

Las leyes ordinarias deberán recibir el asentimiento del Senado en una discusión. Dicho asentimiento sería esencial, y por lo tanto indispensable, en la ley de presupuesto, en las de crédito público y en aquellas leyes que así estipule la propia Constitución o lo decida así el Tribunal Constitucional.

En las leyes en las cuales el asentimiento del Senado no sea esencial, el cuerpo aprobará un informe con sus observaciones y proposiciones de modificación y lo remitirá a la Cámara de origen que podrá aceptarlas total o parcialmente y decidiría sobre ellas en una sola discusión.

En estos casos de leyes que requieran sólo del asentimiento, esencial o no, el Senado podría dar una segunda discusión con el único objeto de esclarecer ambigüedades y mejorar la técnica legislativa sin alterar su propósito y razón.

El Senado puede tomar la iniciativa legislativa como cuerpo y presentará ante la otra Cámara su proyecto, aprobado en primera discusión, allí será tramitado y, en caso de resultar aprobado, remitido al Senado. Este proceso hará más demorado el trámite de los proyectos iniciados en el Senado, precisamente porque la idea del modelo es que en lo legislativo este se desempeñe como Segunda Cámara, pero no se coarta a los senadores la posibilidad de proponer proyectos de ley.

Los desacuerdos entre las Cámaras se resolverían mediante el procedimiento de las comisiones de conciliación.

Las leyes aprobatorias de tratados y acuerdos internacionales suscritos por la República serían introducidas por el Senado, donde se iniciaría su

trámite. En realidad, el que se trate de leyes aprobatorias obliga a su discusión y aprobación por ambas Cámaras. Si se tratara de una autorización al Ejecutivo para su ratificación, podría bastar un acuerdo del Senado.

A los fines del proceso legislativo, convendría revisar con espíritu constructivo la utilidad práctica que tuvieron disposiciones de la Enmienda Constitucional N° 2 de 1983, en las cuales se estableció un *quorum* de funcionamiento distinto al de votación para agilizar el trabajo parlamentario, así como la creación de la Comisión Legislativa como procedimiento especial de legislación, también las experiencias comparadas italiana y española con las comisiones legislativas permanentes con delegación plena²⁶. De una y otra soy firme partidario por su demostrada conveniencia práctica en el trabajo parlamentario, de lo cual hay evidencias tanto nacionales como extranjeras.

²⁶ Esta propuesta puede verse en mayor detalle en antes citado trabajo previo del autor Avelledo, R.G.: ob. cit.

EL ROL DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES EN DEMOCRACIAS ILIBERALES: DE GUARDIANES DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL A SOPORTE FUNDAMENTAL DEL AUTORITARISMO

Daniela Urosa Maggi*

1. La justicia constitucional: de iure, una garantía global de la democracia constitucional

A pesar de la espectacular expansión del constitucionalismo desde mediados del siglo XX, puede afirmarse que la democracia constitucional y el Estado de derecho están en crisis. Son muchos los países en los que el índice de Estado de derecho, de libertades democráticas y de garantía de los derechos humanos es bajo o muy bajo¹. Incluso en países con una fuerte tradición democrática y republicana, la democracia ha sido recientemente considerada en peligro o en riesgo² y en muchos otros casos está sufriendo un notable giro regresivo de la democracia al autoritarismo³. Ello parece significar que las instituciones se están debilitando, y en particular parece estar fallando la más poderosa de todas las instituciones de garantía de la supremacía constitucional: la justicia constitucional⁴.

Durante la segunda mitad de siglo XX, la nefasta experiencia de regímenes autoritarios reforzó la relevancia de la justicia constitucional como un instrumento de control del abuso de poder y de garantía del carácter norma-

* Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y de Boston College Law School. El presente trabajo es la versión traducida del estudio correspondiente al proyecto de investigación titulado "The role of constitutional courts in illiberal democracies: from guardians of constitutional supremacy to main support of authoritarianism", conducido por la autora como Visiting Scholar de Boston College Law School, 2017-2019.

¹ De acuerdo a la data de *Rule of Law Index 2019* (<https://worldjusticeproject.org/our-work/publications/rule-law-index-reports/wjp-rule-law-index-2019>), *Freedom in the World Index 2019* (<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2019>) y *Human Rights Watch World Report 2019* (<https://www.hrw.org/es/world-report/2019>).

² Levitsky, S. y Ziblatt, D. *How Democracies Die*, New York, Crown, 2018, *in totum*; Mounk, Y. *The people vs. Democracy*, Cambridge [MA], Harvard University Press., 2018, *in totum*.

³ Tomini, L. *When Democracies Collapse*, London, Routledge, 2018, pp. 26 y ss.

⁴ La expresión justicia constitucional abarca todos los diferentes modos de control de la constitucionalidad: el *judicial review* o sistema difuso, la jurisdicción constitucional o sistema concentrado y cualquier variación de ambos modelos, siguiendo el concepto de Cappeletti, M. *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Co., 1971, p. 1.

tivo y supremo de la Constitución. En consecuencia, las nuevas democracias o democracias que emergieron con posterioridad han tenido como común denominador la inclusión de sistemas de justicia constitucional en sus marcos constitucionales, muy en especial mediante la adopción de cortes constitucionales inspiradas en el modelo centralizado o de control concentrado de Hans Kelsen⁵. Puede así afirmarse que la globalización de la justicia constitucional es una característica fundamental del constitucionalismo surgido en el siglo XX.

La expansión generalizada de la justicia constitucional junto con el incremento de poderes y funciones de las cortes constitucionales ha llevado al Derecho Constitucional y a la ciencia política a estudiar los riesgos asociados a las cortes o tribunales constitucionales. Riesgos tales como la carencia de carácter democrático de la selección de los jueces constitucionales, el activismo judicial, el mayor o menor alcance de las decisiones de las cortes constitucionales, la efectividad y ejecución de sus sentencias, entre otros aspectos⁶.

Ahora bien, más recientemente la relación entre la justicia constitucional y la democracia constitucional requiere ser analizada desde otro ángulo: la influencia de la justicia constitucional y en particular de las cortes constitucionales en el desmantelamiento del Estado de derecho y de la democracia desde sus propias instituciones, de modo que democracias que formalmente podían ser consideradas como constitucionales devienen en democracias iliberales al estar bajo el control de regímenes autoritarios.

2. Autoritarismos derivados de las desviaciones del control de la constitucionalidad

2.1. El rol del poder judicial en las democracias iliberales. Politización de la justicia y judicialización de la política

Aunque resulte una paradoja, la crisis global de la democracia constitucional es causada, en nuestros días, por las propias instituciones del Estado democrático de derecho. Así, décadas atrás las democracias fracasaban como consecuencia de golpes de estado e intervenciones militares que imponían a la fuerza un nuevo régimen de gobierno y deponían el anterior de manera coactiva bajo el imperio de las armas. En cambio, en la actualidad las democracias fallan y mueren en manos de gobiernos democráticamente electos, que con tinte autoritario y frecuentemente populista, doblegan los mecanismos de separación y control mutuo de poderes hasta lograr el con-

⁵ Ginsburg, T., *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*, New York, Cambridge University Press., 2003, pp. 9 y ss.

⁶ Desde una óptica general, véase las obras de Cappelletti, M. *Judicial Review in the Contemporary World*, cit.; Brewer-Carias, A. *Judicial review in Comparative Law*, Cambridge [UK], Cambridge University Press., 1989; García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982; en relación con los aspectos procesales de la justicia constitucional véase González Pérez, Jesús. *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.

trol absoluto de las instituciones⁷. En tales casos, las instituciones democráticas se convierten en efectivas armas políticas o, en términos de Tushnet, “*constitutional hardballs*”⁸, usadas y abusadas por parte de gobiernos autoritarios a fin de que éste mantenga su poder político y avance con éxito en su autoritarismo.

De esta manera, puede decirse que las democracias iliberales asumen una doble cara y mantienen una realidad política paralela⁹: *de iure* son democracias constitucionales, en las que existe un marco constitucional que incluye los principios fundamentales del Estado de derecho, la separación de poderes, el principio de legalidad, responsabilidad del Estado y reconocimiento y garantía de los derechos humanos, y *de facto*, es un gobierno autoritario que no respeta ninguno de esos principios pero cuyos actos son falazmente válidos y no pueden ser controlados porque el órgano u órganos controladores está sometido al control autoritario.

Evidentemente, cualquier institución del Estado de derecho está en riesgo de caer bajo el control de un gobierno autoritario y ser manipulada a su favor. Así, en ocasiones la institución bajo control es la Administración pública –en su totalidad o en algunos de los órganos fundamentales–, en otras es la institución militar, el sistema electoral, el banco central y demás instituciones del ámbito económico, por solo nombrar algunas como ejemplo; incluso, la Constitución misma, en ocasiones, puede ser objeto de manipulación con propósitos autoritarios mediante írritas enmiendas y reformas constitucionales¹⁰. Sin embargo, en nuestro criterio, la más peligrosa de todas las instituciones que puedan ser manipuladas es el poder judicial, porque es la última palabra dentro de los mecanismos de separación y control mutuo de poderes.

Los autores Ginsburg y Moustafa explican cómo los tribunales pueden ser una efectiva arma política para gobiernos autoritarios cuando pierden totalmente su autonomía e independencia de criterio. Es además interesante observar cómo los patrones de sometimiento autoritario del poder judicial suelen ser muy similares en la mayoría de los casos: **(i)** se promueve a través de leyes y demás regulaciones el “*self-restraint*” o auto restricción de los tribunales, a fin de evitar que controlen y limiten al gobierno autoritario, **(ii)** se establecen estructuras judiciales fragmentadas en las que no hay una sola corte suprema o máxima instancia judicial, de modo de lograr que las decisiones de algunos tribunales con competencias especialmente sensibles en términos políticos no puedan ser objeto de revisión o control por instancias judiciales superiores, **(iii)** se limita el derecho a la tutela judicial

⁷ Levitsky, S. y Ziblatt, D. ob. cit., p. 6 y ss.

⁸ Tushnet, Mark V., “Constitutional Hardball”, *J. Marshall L. Rev.* #37, Georgetown University Law Center, 2004, pp. 523 y ss.

⁹ Solomon Jr., P. “Judicial Power in Authoritarian States: The Russian experience”, Ginsburg, T. y Moustafa, T. (ed.) *Rule by law: The politics of courts in authoritarian regimes*, Cambridge [UK]; New York, Cambridge University Press., 2008, pp. 261 y ss.

¹⁰ Tushnet, M. “Authoritarian constitutionalism”, Ginsburg, T. y Simpson, A. (ed.) *Constitutions in authoritarian regimes (Comparative Constitutional Law and policy)*, Cambridge, Cambridge University Press., 2014, pp. 40 y ss.

efectiva y derecho de acceso a la justicia de los ciudadanos, a través de condiciones de admisibilidad y requisitos procesales sumamente onerosos, que impiden el control de actuaciones arbitrarias y autoritarias de los poderes públicos, **(iv)** se impide la profesionalización y estabilidad de los jueces, eliminando la carrera judicial y estableciendo un perverso sistema de jueces interinos cuyos beneficios laborales dependan directamente del poder ejecutivo y **(v)** se impide el fortalecimiento de la sociedad civil que pudiese dar apoyo a ese poder judicial, bien mediante planes de profesionalización, bien mediante su capacidad de organización, de crítica y de protesta que represente un apoyo sustancial al poder judicial frente al autoritarismo¹¹.

Tales mecanismos de debilitamiento y sometimiento de la independencia judicial son efectivos y han sido puestos en prácticas en casos tales como Rusia. Sin embargo, en recientes ejemplos del derecho comparado, como Zimbabue, Turquía y Venezuela, los métodos utilizados son aún más directos y agresivos, como la intimidación psicológica y la persecución penal de los jueces.

El control autoritario de los tribunales, según también enseñan Ginsburg y Moustafa, suele tener cinco propósitos principales: **(i)** establecer un mayor control social, evitando cualquier forma de organización de la sociedad que pretenda reaccionar contra el autoritarismo; **(ii)** evitar a toda costa la disidencia política; **(iii)** garantizar la falaz pero formal “legalidad” de los actos del gobierno autoritario, de manera que sean formalmente acordes a la Constitución y la ley, a través de la tergiversada interpretación y aplicación de éstas; **(iv)** mantener el control de los órganos y entes administrativos que sean brazo ejecutor de políticas y acciones burocráticas del régimen autoritario que le permita resolver problemas presupuestarios, financieros y, a la vez, avanzar en la represión social; **(v)** facilitar el comercio e inversiones a pesar de la falta de legalidad sustancial; y **(vi)** delegar en los jueces parcializados la resolución a su favor de controversias políticamente onerosas y claramente contrarias a derecho¹².

2.2. El autoritarismo judicial

La ausencia de independencia del poder judicial en ocasiones avanza a un estadio superior: el autoritarismo judicial. En tales casos, los tribunales no solo actúan como instituciones parcializadas, sino que se convierten en arma letal del autoritarismo.

Así, el autoritarismo judicial ocurre cuando el poder judicial es usado como arma política de manera de asegurar que los tribunales no controlarán los actos del poder ejecutivo ni sus actuaciones contrarias a derecho y, además, le brindarán el soporte jurídico necesario para su proyecto político.

¹¹ Ginsburg, T. y Moustafa, T. ob. cit., pp. 4 y ss.

¹² *Ibíd.*

El autoritarismo judicial es especialmente peligroso en el caso de tribunales cuyas decisiones son políticamente sensibles, y por ende su incidencia en la democracia constitucional es particularmente peligrosa.

Es lo que sucede, en primer lugar, con los *tribunales penales*, cuya manipulación permite al régimen autoritario criminalizar la disidencia y libre actuación de líderes políticos, y penalizar el ejercicio de la mayoría de las libertades fundamentales, como es la libertad de expresión, de asociación, de prensa y derecho a la protesta, entre otras. Es el caso de Venezuela, en el cual los tribunales penales, en complicidad con el Ministerio Público, se han prestado a seguir juicios penales y dictar penas privativas de libertad –muchas veces sin juicio previo– contra disidentes, periodistas, activistas defensores de derechos humanos, entre otros muchos, tal como lo expresó el Informe de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos y del Panel de Expertos Internacionales independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela en 2018¹³.

Asimismo, el uso de la jurisdicción penal con fines políticos ocurrió en Turquía, cuando en el año 2016, luego del fallido golpe de estado en contra del Presidente Erdogan, más de 4238 jueces y fiscales fueron removidos de sus cargos y aproximadamente 2500 de ellos fueron privados de libertad, incluidos tres Magistrados de la Corte Constitucional¹⁴.

En segundo lugar, el autoritarismo judicial consigue campo fértil en los *tribunales administrativos* o contencioso-administrativos, de manera de asegurar la falta del debido control judicial de legalidad de los actos, regulaciones y omisiones administrativas y la falta de garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos en contra de la actuación administrativa, del derecho a la responsabilidad patrimonial y a la transparencia claramente lesionadas por actuaciones arbitrarias de gobiernos autoritarios. Es el caso, como se explicará más adelante, de Bulgaria, en el que el gobierno autoritario se ha enfocado en el control de los tribunales contencioso-administrativos, pretendiendo debilitar su independencia y de ese modo el control de sus actos administrativos.

En tercer lugar, las cortes o *tribunales electorales* son, sin duda, altamente efectivos para el autoritarismo judicial, a fin de dar soporte judicial a fraudes electorales y elecciones que no cumplen los estándares de integridad electoral, a la par que permiten con gran efectividad anular elecciones justas, transparentes y que son fiel reflejo de la voluntad de los electores, limitando los derechos fundamentales de contenido político, en particular el derecho al sufragio, derecho a ser electo, derecho a conformar partidos políticos y derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos. Venezuela y Nicaragua son buenos ejemplos del autoritarismo judicial elec-

¹³ En <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Informe-Panel-Independiente-Venezuela-ES.pdf>

¹⁴ Ali Acar, *De-constitutionalism in Turkey?*, Int'l J. Const. L. Blog, May 19, 2016, <http://www.iconnectblog.com/2016/05/deconstitutionalism-in-Turkey>; *Prisoners of the Purge: The Victims of Turkey's Failing Rule of Law*. Hearing before the Commission on Security and Cooperation in Europe, One Hundred Fifteenth Congress, First Session, 2018.

toral, como hemos explicado en otra ocasión y como ahondaremos de seguidas¹⁵.

En cuarto lugar, las *cortes constitucionales*, a fin de respaldar actos inconstitucionales mediante interpretaciones constitucionales tergiversadas a favor del régimen autoritario. Sin duda, el caso más peligroso de autoritarismo judicial, por las razones que expondremos en las siguientes páginas, tal y como lo ha demostrado la reciente experiencia forense en el Derecho comparado.

2.3. El autoritarismo judicial constitucional

En las democracias constitucionales, especialmente las democracias nuevas o emergentes, es decir, aquéllas que surgen por vías transicionales luego de largos períodos de autoritarismos y dictaduras, las cortes constitucionales cumplen una doble función: **(i)** garantizar la supremacía constitucional mediante el control de la constitucionalidad de las actuaciones de esos emergentes Poderes públicos y **(ii)** servir de fuerza promotora y bastión de estabilidad a la transición al nuevo orden democrático¹⁶. En nuestra opinión, tal criterio es ciertamente válido desde una perspectiva teórica: las cortes constitucionales son instituciones muy particulares con un poder extraordinario. No obstante, *de facto*, la realidad suele ser diferente.

Así, las Cortes constitucionales son, probablemente, los tribunales más poderosos. Ellas pueden controlar y anular cualquier acto de gobierno *–lato sensu–* como última instancia judicial, sin ningún control posterior. Debido a ese poder extraordinario, cuando las cortes constitucionales pierden su independencia y están bajo control de gobiernos autoritarios, se convierten en arma política letal para la democracia constitucional, con el agravante de que esa letalidad estará justificada por sus propias decisiones e interpretaciones constitucionales que, como se dijo, son inobjetables e irrevisables. Por ende, el abuso de los tribunales o cortes constitucionales arruina la supremacía de la Constitución mediante interpretaciones de la Constitución que son, en realidad, verdaderas mutaciones constitucionales¹⁷.

Los gobiernos autoritarios suelen tomar control de las cortes constitucionales siguiendo el mismo patrón: el Presidente y el partido de gobierno adquieren ventaja de la mayoría parlamentaria obtenida en determinada elección legislativa *–usualmente en tiempos de incertidumbre política, en el que es de fácil manipulación la voluntad de los electores–*, lo que les permite controlar el proceso de selección de los jueces, a veces mediante refor-

¹⁵ Urosa, D. "Justicia Electoral y autoritarismo judicial electoral en Venezuela", *REDAV* #14, Caracas, 2019, pp. 317 y ss.

¹⁶ Issacharoff, S., *Fragile democracies: Contested power in the era of constitutional courts*, New York, Cambridge University Press., 2015, pp. 189 y ss.

¹⁷ Sobre el concepto de "mutaciones constitucionales", Brewer-Carías, A. "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)", *RAP* #180, Madrid, CEPC, 2009, pp. 387 y ss.

mas legislativas, otras mediante la destitución o remoción de los mismos –manipulando la estabilidad y carrera judicial mediante viciadas declaraciones de emergencia judicial– sustituyéndolos por jueces leales al Poder Ejecutivo. Evidentemente, la sustitución de todos los jueces que integran el poder judicial es difícil, por no decir imposible. Pero la sustitución de los jueces o Magistrados de la corte constitucional es relativamente fácil, a la vez que efectiva para el propósito perseguido: se trata del cambio de unos pocos jueces, para lo cual se tiene la mayoría parlamentaria necesaria. Una vez sustituidos todos o la mayoría calificada de los jueces de la corte constitucional, el resto de la crónica del avance autoritario es fácilmente predecible.

Ahora bien, ¿cuáles son las condiciones que incrementan el riesgo de desviación en el ejercicio de la justicia constitucional que pueden dañar y poner en riesgo la democracia constitucional? ¿Es posible adoptar medidas que permitan minimizar ese riesgo o no? ¿Sería más razonable eliminar las cortes constitucionales, de manera de evitar su degeneración en peligrosas armas políticas en contra del Estado democrático de derecho? Las respuestas a estas preguntas demuestran la complejidad del fenómeno del autoritarismo judicial constitucional.

3. Recientes experiencias de autoritarismo judicial constitucional. El rol de las Cortes Constitucionales en varias democracias iliberales contemporáneas

El análisis de la justicia constitucional comparada revela múltiples casos en los que el Ejecutivo asumió el poder mediante vías democráticas y electorales degenerando luego en democracias iliberales e incluso en autoritarismos totalitarios.

En casos de reciente data, como son los de Tailandia, Ucrania, Rusia, Moldavia, Macedonia y Egipto, así como Indonesia, Burundi, Singapur y Malasia, se han instaurado gobiernos de tendencia autoritaria o antidemocrática caracterizados por una importante debilidad del principio de separación de poderes y de la independencia judicial que ha degenerado en politización de la justicia¹⁸.

En otros casos también de tendencia autoritaria, se observa cómo hay un claro intento de avance en el control de los tribunales, particularmente de las cortes constitucionales y en ocasiones también los tribunales contencioso-administrativos, a fin de debilitar su independencia y poder utilizarlas con fines políticos. Nos referimos a los llamativos casos de Polonia, Turquía y Hungría.

¹⁸ Para un conocimiento general de la situación política y constitucional de tales países: Albert, Richard, y otros, I-CONnect-Clough Center 2017 *Global Review of Constitutional Law*, 2018 y 2019, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3215613> y <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3471638>

En efecto, en Polonia el actual partido de gobierno obtuvo la mayoría absoluta del Parlamento en 2015. Desde su llegada al poder se han acometido varias reformas legislativas dirigidas a menoscabar la independencia judicial, incluidas tres reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional durante 2016. Durante el 2017 se aprobaron nuevas leyes de reforma judicial y regulación de la Corte Suprema, lo que llevó a que la Unión Europea aplicara en diciembre de 2017 el artículo 7 del TUE y señalara su preocupación por la ruptura del Estado de derecho en Polonia. Más recientemente, en junio y en noviembre de 2019 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado sendas decisiones en las que ha declarado que el Estado polaco ha incumplido el Derecho de la Unión Europea al haber violado la independencia judicial, tanto en lo que se refiere al Tribunal Supremo de Justicia como a los jueces ordinarios. Aun así, los jueces siguen intentando conservar su independencia y evitar el control total por parte del ejecutivo¹⁹.

En Turquía la situación es parcialmente similar. La merma en la independencia del Poder Judicial data al menos de 2013, cuando a raíz de varias denuncias de corrupción contra altos funcionarios del Gobierno de Erdogan, se removieron los Fiscales competentes para la investigación de tales casos, los cuales quedaron cerrados. Posteriormente, a partir de julio de 2016, luego del fallido intento de golpe militar en contra de Erdogan, fueron removidos de sus cargos más de 4238 jueces y fiscales, de los cuales aproximadamente 2500 fueron sujetos de medidas privativas de libertad, incluyendo tres Magistrados del Tribunal Constitucional. En 2019 entró en vigencia la más reciente reforma constitucional de ese país, la cual establece un sistema afincadamente presidencialista que permite al Presidente nombrar a jueces sin necesidad de confirmación previa del Parlamento. Ello ha traído como consecuencia el debilitamiento de la autoridad de la Corte Constitucional, la cual ha evitado pronunciarse en casos controversiales y de repercusión política²⁰.

En Hungría, en 2018 el partido de gobierno logró de nuevo la mayoría absoluta de la representación parlamentaria, por lo que Víctor Orbán, su líder, fue designado Primer Ministro ese mismo año por tercera vez consecutiva. Ello permitió a su gobierno adoptar una nueva reforma constitucional que, entre otros polémicos aspectos de corte autoritario y nacionalista, estableció un mayor control de los tribunales administrativos por parte del Poder Ejecutivo y una merma general del principio de separación de poderes y de independencia judicial. Sin embargo, la opción asumida frente a la Corte Constitucional ha sido su debilitamiento y neutralización como modo de evitar el ejercicio de sus poderes de control sobre actos del legislativo y ejecutivo.

En tales países, como decíamos, el Poder Ejecutivo avanza en ese control de los jueces, no obstante éstos aún oponen resistencia y luchan por mantener su independencia judicial, de modo que el autoritarismo judicial no se ha consolidado totalmente.

¹⁹ *Ibíd.*, pp. 238 y ss.

²⁰ *Ibíd.*, pp. 314 y ss.

Pero en otros casos, el Presidente autoritario ya logró mermar la independencia judicial, designar jueces adeptos a su gobierno en las respectivas cortes constitucionales y en consecuencia la democracia iliberal o bien el autoritarismo se ha impuesto aun cuando pretende mantenerse dentro de falaces formas democráticas. En la actualidad, pueden conseguirse ejemplos en África, como es ese el caso de la República Democrática del Congo, Zambia, Gabón, Camerún, Uganda; de Asia como Camboya y de América Latina, como son Nicaragua, Bolivia y Venezuela. La situación de cada uno de estos casos se explica a continuación a fin de determinar, de ser posible, ciertas características y consecuencias comunes a todos ellos.

3.1. Autoritarismo judicial en África

3.1.1. República Democrática del Congo (DRC)

La República Democrática del Congo es una democracia iliberal que en los últimos años ha avanzado con contundencia al autoritarismo, con una grave situación de ingobernabilidad, violencia, inseguridad, fragilidad social y violación de los derechos humanos especialmente los derechos civiles y políticos, tal como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha reportado en reiteradas oportunidades²¹. Tres importantes órganos del Poder Público han dado activo soporte a la intensificación de tal autoritarismo: el Parlamento, la Comisión Electoral y la Corte Constitucional.

Desde 2001 y hasta 2019 Joseph Kabila ha sido Presidente de DRC, al cual llegó a través de elecciones. Una vez que tomó posesión del cargo comenzó a mermar la independencia judicial y tomar control sobre los jueces, en especial de la corte constitucional. El último cambio en este sentido fue en mayo de 2018, cuando logró la designación de dos nuevos jueces de la corte constitucional leales a su gobierno, pocos meses antes de las elecciones presidenciales convocadas para diciembre de 2018.

En el año 2016 el período presidencial de Kabila expiró. Sin embargo, las elecciones presidenciales fueron suspendidas indefinidamente por “razones de seguridad” de acuerdo a una polémica reforma de la ley electoral popularmente conocida como *glissement* o “resbalón electoral”. De inmediato, la corte constitucional determinó que Kabila, quien no podía ya optar por la reelección de acuerdo al marco constitucional de RDC, seguiría a cargo del gobierno hasta tanto un nuevo presidente tomase posesión. Como consecuencia de la incertidumbre y constantes protestas ciudadanas, los conflictos políticos, sociales y económicos de ese país se agravaron notablemente.

Con posterioridad, en septiembre de 2018 la corte constitucional impidió la candidatura de Jean-Pierre Bemba, líder opositor congolés. En agosto de ese mismo año Kabila anunció que no optaría por la reelección y que

²¹ Resolution 2409/2018, Security Council UN, Mission in Democratic Republic of Congo.

apoyaría la candidatura presidencial de Ramazani Shadary, quien fuese Ministro de su gabinete de gobierno.

El proceso electoral tuvo lugar en diciembre de 2018 bajo muy debilitadas condiciones electorales. En enero de 2019 la corte constitucional rechazó todas las demandas que el candidato opositor Fayulu, quien alegaba un masivo fraude electoral. No obstante las pruebas de fraude, la corte constitucional declaró ganador al candidato Tshisekedi, supuestamente aliado del Presidente Kabila y ambos –Kalina y Tshisedeki– llegaron a un “acuerdo político” de gobernanza.

Los análisis políticos, sin embargo, apuntan al intenso poder que aún mantiene Kabila y que ejerce a través de la corte constitucional, lo que se ha reflejado recientemente en la decisión de ese tribunal de descalificar y separar de sus cargos a 33 parlamentarios –23 de ellos del partido opositor– reemplazándolos por personas aliadas a Joseph Kabila²².

3.1.2. Zambia

Si bien Zambia es, *de iure*, una democracia constitucional y ha sido tradicionalmente considerado uno de los países más estables de África y con una economía emergente, el gobierno de su actual Presidente Edgar Chagwa Lungu expone claras tendencias autoritarias, como la privación de libertad de disidentes políticos, cierre de muchos medios de comunicación, limitaciones al acceso a internet y la declaratoria de estados de excepción como forma de combatir las protestas ciudadanas en su contra. El Presidente Chagwa Lungu pretende mantenerse en el poder luego de la terminación del actual período en 2021, aun cuando su segundo período presidencial consecutivo expirará en ese año²³.

En el año 2016 el Presidente Lungu impulsó una enmienda constitucional que le permitió tomar control sobre el poder judicial y particularmente sobre la corte constitucional. Ese año fue reelecto presidente en elecciones de muy dudosa legitimidad y legalidad, por lo que los candidatos opositores demandaron la nulidad de la elección alegando fraude electoral, sin embargo, la corte constitucional negó tal demanda sólo un día después de haber sido presentada.

En noviembre de 2018 la corte constitucional determinó por unanimidad que el Presidente Lungu podrá optar por la reelección en 2021 aun cuando, como se dijo, ya ha sido electo dos veces de manera consecutiva, alegando que su primer período no fue completo y en consecuencia no se cuenta. La corte constitucional también ha desestimado todas las demandas de corrupción en su contra y ha decidido a favor del gobierno en el 99% de las demandas y peticiones planteadas en contra del Presidente²⁴.

²² <https://blogs.lse.ac.uk/crp/2019/08/14/electoral-to-a-political-crisis-in-the-drc/>

²³ <http://www.africafundacion.org/spip.php?article27662>

²⁴ Las citas y los datos referidos en <https://www.zambianobserver.com/will-the-image-of-the-constitutional-court-of-zambia-ever-be-redeemed/>

3.1.3. Gabón

Gabón es considerada una de las más longevas democracias iliberales de África. Desde 1968 El Hadj Omar Bongo asumió la presidencia hasta su muerte en 2009. En ese año, su hijo, Ali Bongo fue declarado Presidente y aún está en ejercicio del cargo. Ambos Presidentes Bongo han sido electos y reelectos mediante procesos electorales en los que se ha denunciado el fraude electoral y el incumplimiento de las mínimas garantías electorales²⁵. El principal soporte de tales gobiernos autoritarios ha sido la corte constitucional.

Así, la Constitución de 1991 estableció el sistema de elección presidencial periódica y creó la corte constitucional, a requerimiento del propio Presidente Bongo. Desde la creación de dicha corte, el Presidente Bongo tomó control sobre la elección de sus jueces, de manera que su imparcialidad e independencia judicial ha estado mermada desde inicio.

Luego de las elecciones presidenciales de 1993, la corte constitucional confirmó al Presidente Bongo para un nuevo período presidencial, a pesar de las múltiples denuncias y demandas de fraude electoral. En 1998 y 2003 dos reformas constitucionales fueron aprobadas para permitir la reelección presidencial indefinida y para suprimir la segunda vuelta electoral. Ambas reformas fueron apoyadas y ratificadas mediante decisiones de la corte constitucional.

En las elecciones presidenciales de 2009, luego de la muerte del Presidente Omar Bongo, la corte constitucional volvió a negar once demandas electorales y declaró a Ali Bongo como Presidente electo, sin ninguna posibilidad de revisión de los resultados electorales. De nuevo, en las elecciones presidenciales de 2016, la corte constitucional desestimó las impugnaciones de la elección y ratificó a Ali Bongo en el cargo para un nuevo período²⁶.

En abril de 2018 la corte constitucional destituyó al Primer Ministro, disolvió el Congreso y llamó a nuevas elecciones, todo en favor de los intereses del Presidente Bongo. En octubre de 2018, dicho Presidente sufrió un accidente cerebrovascular que lo dejó inhabilitado para gobernar. En consecuencia, la corte constitucional determinó que el –recién designado– Primer Ministro ejercería la presidencia hasta tanto cesara la causal de ausencia temporal del Presidente Bongo, aun cuando de acuerdo a la Constitución de Gabón debería ser el presidente del Senado quien asumiera el cargo en ausencia temporal del presidente de la República.

3.1.4. Camerún

La democracia iliberal de Camerún, de larga data, ha devenido en un régimen autoritario, recientemente sostenido en la corte constitucional. El

²⁵ <https://democracychronicles.org/gabon-post-election-crisis/>

²⁶ http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/GABON_FICHA%20PAIS.pdf

Presidente Paul Biya gobierna ese país desde el año 1982 y ha sido reelecto siete veces de manera consecutiva.

En 2008 fue aprobada una reforma constitucional que permitió la reelección indefinida del presidente. La última reelección del presidente Biya fue en octubre de 2018. Si bien los partidos opositores denunciaron múltiples irregularidades electorales en esa última elección, así como la violación de garantías electorales básicas mediante la interposición de dieciocho demandas electorales, el Consejo Constitucional –como es llamada la corte constitucional de Camerún– las negó todas y ratificó al Presidente Biya como Presidente.

El Consejo Constitucional fue establecido en la Constitución de Camerún de 2004, pero sus once jueces fueron designados por primera vez en febrero de 2018, es decir, fue luego de catorce años cuando entró en funciones el Consejo Constitucional. Esa selección de jueces fue realizada directamente mediante Decreto Presidencial, sin ningún tipo de límite o control parlamentario. Pocos meses después de ese nombramiento, una de las primeras decisiones del Consejo Constitucional fue, como se dijo, ratificar la reelección de Biya como presidente y negar toda impugnación electoral de los comicios de 2018²⁷.

3.1.5. Uganda

El Presidente de Uganda, Yoweri Museveni, tomó el poder mediante un golpe militar en el año 1986. Diez años después, en la primera elección presidencial realizada en el país, Museveni fue proclamado ganador. La corte constitucional, incluida tempranamente en la Constitución de Uganda, intentó actuar imparcialmente en sus inicios, pero gradualmente fue perdiendo su independencia y fortaleza a causa del control ejercido por el Poder Ejecutivo sobre ella²⁸.

En el año 2005 fue aprobada una enmienda constitucional para flexibilizar los límites de la reelección presidencial. En consecuencia, Museveni fue reelecto consecutivamente en los comicios de 2006, 2011 y 2016. En todos esos procesos electorales los partidos opositores y observadores electorales denunciaron fraude electoral, desigualdades y ausencia de competitividad y recurrentes episodios de violencia electoral. No obstante, Museveni fue ratificado en el cargo de Presidente y todas las impugnaciones electorales fueron desestimadas por la corte constitucional.

En 2018 la Constitución fue nuevamente reformada, ahora para eliminar la edad límite para ser presidente. Mediante decisión de la corte constitucional de julio de 2018, fue ratificada esa enmienda constitucional, la cual

²⁷ <http://www.cjca-conf.org/blog/the-constitutional-council-of-cameroon-enters-into-operation/>

²⁸ Ellett, R., *Pathways to judicial power in transitional states : Perspectives from African courts*, New York: Routledge, 2013, pp. 47 y ss.

permitirá a Musenevi postular nuevamente su candidatura en las elecciones de 2021.

La presidencia de Musenevi ha sido caracterizada por recurrentes prácticas autoritarias, intolerancia política, privación de libertad de líderes opositores, fuertes represiones a las protestas en su contra, constantes fraudes electorales y manipuladas enmiendas constitucionales cuyo objetivo es mantenerlo en el poder²⁹.

3.2. Autoritarismo judicial en Asia

3.2.1. Camboya

Camboya ha sido considerada una democracia iliberal con clara y creciente inclinación hacia la autocracia³⁰. Actualmente, el país ocupa el rango 125/126 del Rule of Law Index 2019. Recientemente, la ONG Human Rights Watch declaró que *"la democracia murió en Camboya"*, debido a la ausencia de independencia judicial y la ausencia de elecciones libres y justas³¹.

El Primer Ministro de Camboya, Hun Sen, ha gobernado el país durante 32 años. En las últimas décadas el autoritarismo ha venido incrementándose con fuerte apoyo del Consejo Constitucional y la Corte Suprema, instituciones que comparten la competencia de control de la constitucionalidad y garantía de la supremacía constitucional.

En 2017 el Consejo Constitucional aprobó varias reformas a la legislación electoral que permitieron al árbitro electoral adjudicar al partido de gobierno los escaños del partido opositor en caso de que éste fuese ilegalizado. Pocos meses después, la Corte Suprema disolvió al principal partido opositor (Partido para el Rescate Nacional de Camboya) confirmó la inhabilitación de 118 diputados opositores y privó de libertad al líder de ese partido. Cabe tomar en cuenta que el Presidente de la Corte Suprema es, a su vez, miembro del Comité Permanente del partido de gobierno (CPP).

Pocos meses después, en febrero de 2018, el Parlamento aprobó varias enmiendas constitucionales, entre ellas la atribución al Consejo Constitucional para conocer de las impugnaciones electorales. En julio de 2018, se realizaron elecciones parlamentarias carentes de garantías electorales, en las que se denunció que no fueron justas, libres ni transparentes pues no pudo participar el partido opositor y además hubo múltiples episodios de corrupción electoral y amenazas en contra de los votantes. Sin embargo, el árbitro electoral declaró que el partido de gobierno ganó la mayoría absoluta

²⁹ <https://www.europapress.es/internacional/noticia-constitucional-uganda-valida-enmienda-constitucional-eliminar-limite-edad-presidencia-20180726210129.html>

³⁰ <http://www.eastasiaforum.org/2017/10/31/93828/>

³¹ Sreang Heng (2018) "Elections under oppression in Cambodia: a predictable outcome?", <https://macmillan.yale.edu/news/elections-under-oppression-cambodia-predictable-outcome>

de los escaños y el Primer Ministro pudo así mantenerse en el poder por cinco años más.

3.3. Autoritarismo judicial en América Latina

3.3.1. Bolivia

Establecida desde los años ochenta como una democracia constitucional, Bolivia ha sido considerada en la última década como una democracia débil con clara tendencia al autoritarismo³². En 2006 Evo Morales fue electo Presidente. De inmediato, convocó a una asamblea nacional constituyente que le permitió establecer un fuerte sistema presidencial de gobierno y el control sobre el poder judicial. También en 2006, el gobierno de Morales forzó la renuncia y salida de los jueces del Tribunal Constitucional, los cuales fueron incluso sometidos a enjuiciamiento criminal.

En 2011, el Poder Ejecutivo finalmente logró el control total sobre la corte constitucional. Una de las muchas decisiones en favor del Presidente fue la eliminación de límites constitucionales a la reelección presidencial, permitiendo a Morales ser reelecto en 2009 y 2014.

En 2016 fue sometida a referéndum una reforma constitucional que planteaba la reelección presidencial indefinida, en la cual la mayoría del electorado negó la reforma propuesta. Sin embargo, mediante decisión de diciembre de 2017, el Tribunal Constitucional determinó que el Presidente Morales podría ser reelecto indefinidamente con fundamento en que “*su derecho político al sufragio pasivo*” está por encima de la prohibición constitucional de reelecciones indefinidas³³.

En consecuencia, la candidatura de Evo Morales fue aprobada por el Tribunal Electoral en noviembre de 2018 lo que le permitió postularse a una nueva reelección en las elecciones presidenciales de 2019. En tales elecciones el árbitro electoral lo proclamó ganador, a pesar de las denuncias de fraude por parte de candidatos opositores y los señalamientos de observadores nacionales e internacionales, en especial de la OEA, lo que condujo a protestas ciudadanas que luego de varios días concluyeron con la renuncia de Evo Morales a la presidencia de la República³⁴.

³² Tomini, L., ob. cit., pp. 87 y ss.

³³ Brewer-Carias, A. *Las Nuevas “Monarquías Hereditarias” Latinoamericanas. La democracia como disfraz y La reelección indefinida de los gobernantes. El caso de la sentencia 084 del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia de 28 de Noviembre de 2017*, <http://allanbrewercarias.com>

³⁴ Informe de la Secretaría para el Fortalecimiento de la Democracia a la Secretaría General de la OEA respecto de la observación electoral efectuada en las elecciones de Bolivia de 2019 y Comunicado de la Secretaría General en relación a dicho Informe <http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Auditoria-Bolivia-2019.pdf>

3.3.2. Nicaragua

Nicaragua ha sido uno de los principales ejemplos de democracias liberales latinoamericanas desde hace varias décadas. Recientemente, en 2018, se han suscitado reiteradas protestas ciudadanas en contra del presidente Daniel Ortega, donde más de doscientas personas han muerto y miles han sido arbitrariamente reprimidas, torturadas o encarceladas por protestar o por su tendencia política. El gobierno de Ortega ha asumido una posición autoritaria al abordar el problema, en clara violación de los derechos humanos. De nuevo, el Tribunal Electoral y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia han sido el principal soporte de ese autoritarismo.

La independencia judicial en Nicaragua ha sido débil desde los años noventa y totalmente bajo control político desde comienzos del siglo XXI, cuando el partido sandinista aseguró en varias oportunidades la lealtad de la mayoría de los jueces de la Corte Suprema, mediante nombramientos realizados con criterio político. En consecuencia, *de facto*, no hay separación de poderes en ese país y la Sala Constitucional de la Corte Suprema está bajo estricto control político³⁵.

En el año 2009 la Sala Constitucional determinó que la prohibición constitucional de reelección presidencial era "*inconstitucional*" e "*inaplicable*" y en consecuencia, el Presidente Ortega fue reelecto dos veces, aun cuando la Constitución de Nicaragua lo prohíbe expresamente.

En 2016 la Sala Constitucional dejó al principal partido de oposición (PLI) sin representación legal ni líder, por lo que ese partido no tuvo una candidatura fuerte para las elecciones presidenciales de 2017. En consecuencia, tales elecciones no fueron competitivas y Ortega fue reelecto presidente por un tercer período consecutivo. También en 2017, la Sala Constitucional declaró la destitución de dieciséis congresistas del PLI, endosando tales escaños al partido de gobierno.

3.3.3. Venezuela

Puede decirse que Venezuela es ejemplo paradigmático del autoritarismo judicial. Así, el caso venezolano ilustra con meridiana claridad las complejas y devastadoras consecuencias de la manipulación de la justicia constitucional como arma política. Es además un claro ejemplo de una democracia débil que deviene en democracia iliberal y, con posterioridad, involuiona hasta convertirse en un severo autoritarismo³⁶.

En el año 1999, Hugo Chávez fue electo Presidente de la República. Su primer paso político fue convocar una Asamblea Constituyente que le permitió redactar y aprobar una nueva Constitución a su medida. Esa Constitución

³⁵ Así lo denunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe de enero de 2019 <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2019/006.asp>.

³⁶ Brewer-Carias, A. *Dismantling democracy in Venezuela: The Chávez authoritarian experiment*, New York, Cambridge University Press., 2010.

venezolana de 1999 estableció un Poder Ejecutivo fuerte, un sistema de gobierno aún más centralista y la creación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Esta Asamblea Constituyente además permitió subyugar la independencia judicial y seleccionar jueces carentes de autonomía y adeptos al Poder Ejecutivo mediante una declaratoria de emergencia judicial y la reforma y promulgación de nuevas leyes reguladoras del poder judicial y el Tribunal Supremo de Justicia.

Durante dos décadas, bajo la presidencia de Hugo Chávez (1999-2013) y luego de Nicolás Maduro (2013-2019), la Sala Constitucional ha sido pilar fundamental del avance autoritario, tergiversando la letra de la Constitución y abusando de sus competencias de jurisdicción constitucional en reiteradas ocasiones: declarando procedente una reforma constitucional propuesta por el Presidente a fin de aumentar sus poderes y afianzar su proyecto socialista en 2007; permitiendo una enmienda constitucional que asintiera la reelección presidencial indefinida en 2008; anulando *de facto* al poder legislativo nacional y endosando las facultades legislativas al poder ejecutivo y al poder judicial en 2016; rechazando cualquier posibilidad de revisión o nulidad de fraudes electorales, particularmente en elecciones presidenciales (2013, 2017, 2018); permitiendo al Presidente declarar estado de emergencia económico y social por más de cuatro años consecutivos y reduciendo inconstitucionalmente la garantía de los derechos fundamentales 2014-2019; y finalmente, permitiendo al Presidente la convocatoria de una asamblea constituyente en 2017, en contra de los parámetros constitucionales requeridos para ello y concentrando los principales poderes del Estado en un solo órgano, lo que permitió consolidar una dictadura³⁷. En todos los casos anteriores la Sala Constitucional manipuló la interpretación de la Constitución a fin de permitir cambios constitucionales a conveniencia del partido de gobierno, todos claramente contrarios a la letra de la Constitución de 1999.

En 2018, Maduro fue reelecto mediante un fraudulento proceso electoral, tal como lo reconoció la mayoría de la comunidad internacional. En consecuencia, en enero de 2019, cuando comenzó un nuevo período presidencial, el Parlamento declaró la ausencia de un presidente legítimamente electo y la usurpación de poder por parte de Nicolás Maduro, quien juró como presidente reelecto ante el Tribunal Supremo de Justicia –en vez de hacerlo ante el Poder Legislativo Nacional, como exige la Constitución venezolana– para el nuevo período presidencial. De inmediato, el Parlamento declaró al Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente interino de la República hasta tanto puedan convocarse y realizarse elecciones libres y justas, de acuerdo a los artículos 233 y 333 de la Constitución. Toda la comunidad internacional democrática apoyó esta decisión y reconoció a Juan Guaidó como Presidente interino de Venezuela. En cambio, la Sala Constitucional, una vez más, declaró que el Poder Legislativo carece de legitimidad, sus actos son nulos y que el Presidente en funciones es Nicolás Maduro.

³⁷ Brewer-Carías, Allan y García Soto, Carlos (compiladores), *Estudios sobre La Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

En mi opinión, Venezuela es un claro ejemplo de que una Corte constitucional no independiente constituye un grave peligro para el Estado de derecho, no solo porque probablemente evadirá el cumplimiento de sus funciones de control de la constitucionalidad y garantía de la supremacía constitucional, sino además porque podrá permitir el efectivo avance del autoritarismo mediante una fraudulenta “bendición constitucional” a las actuaciones del gobierno autoritario.

La Sala Constitucional de Venezuela creó un peligroso círculo vicioso que impide el retorno al Estado de derecho y a la democracia dentro del marco constitucional vigente. En otras palabras, dicha Sala ha incumplido la correcta aplicación de la justicia constitucional durante los últimos diecinueve años, apoyando el avance de un Poder ejecutivo autoritario, negando toda posibilidad de control de procesos electorales fraudulentos, y forzando en consecuencia a la comunidad internacional a declarar a Nicolás Maduro como presidente ilegítimo y a reconocer como jefe de Estado interino al Presidente de la Asamblea Nacional hasta que puedan convocarse elecciones libres y justas, en una situación constitucional totalmente *sui generis*. Es sin duda un importante precedente de autoritarismo contemporáneo, en el cual son necesarias medidas extraordinarias para restablecer el hilo constitucional.

4. Características comunes de los casos de autoritarismo judicial estudiados

Los casos de autoritarismo judicial previamente reseñados tienen, sin duda, muchas similitudes. En todos ellos existe una democracia iliberal que devino, en mayor o menor medida, en autoritarismo. Asimismo, todos poseen instituciones sumamente débiles, un bajo o muy bajo índice de Estado de derecho, y un poder ejecutivo autoritario que restringe derechos fundamentales, abusa de las instituciones democráticas y manipula las categorías constitucionales para perpetrarse en el poder.

Es además un elemento común a todos ellos que las principales armas políticas para el avance autoritario han sido el control del órgano o árbitro electoral y del poder judicial, muy particularmente la corte constitucional. En todos estos casos, la “corte constitucional autoritaria” no solo se ha abstenido de controlar los actos del poder público, sino además ha sido sumamente activa al facilitar el avance autoritario mediante sus propias sentencias, a veces incluso dictadas de oficio.

En consecuencia, en estos casos las cortes constitucionales han manipulado la justicia constitucional y han aplicado interpretaciones constitucionales manipulativas que devienen en *mutaciones constitucionales*. Entre otros, algunos ejemplos del uso y abuso de las instituciones avalados por las cortes constitucionales y ejemplo de interpretaciones constitucionales tergiversadas en los casos estudiados, son los siguientes:

4.1. Asamblea Constituyente

Los gobiernos autoritarios suelen promover o convocar asambleas constituyentes a fin de redactar nuevos textos constitucionales, no con fundamento en genuinas razones políticas y sociales que ameriten un nuevo marco constitucional, sino a fin de aprobar un “traje constitucional a la medida” del poder ejecutivo autoritario, reforzando así las funciones presidenciales en detrimento de las competencias de los demás poderes públicos, del principio de separación de poderes e independencia judicial, y en detrimento también de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Tal fue la situación que ocurrió en Venezuela en 1999 cuando el recién electo presidente Chávez convocó a una asamblea constituyente que le permitió aprobar una nueva Constitución acorde a un proyecto político y la designación de nuevos jueces y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, en su mayoría leales a él. Casi veinte años después, en 2017, fue convocada otra asamblea constituyente con propósitos políticos, esta vez no para dictar una nueva Constitución sino con la finalidad de instalar un órgano que asumiera *de facto* poderes totalitarios, anulando al poder legislativo. En ambos casos (1999 y 2017) el rol de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido crucial, interpretando tergiversadamente el texto constitucional para permitir los cambios constitucionales abusivos en favor del autoritarismo.

Siguiendo el mismo patrón, en Bolivia el Presidente Evo Morales convocó a una asamblea constituyente inmediatamente después de ganar las elecciones en 2006, lo que le permitió el control paulatino del Poder judicial y el nombramiento de jueces constitucionales leales a él, carente de independencia.

4.2. Reformas constitucionales

La figura constitucional manipulada con mayor frecuencia por los gobiernos autoritarios contemporáneos ha sido la reforma constitucional, con el fin de eliminar los límites y prohibiciones a la reelección presidencial y facilitar así al gobernante ser reelecto indefinidamente y perpetuarse en el poder. Así ha sucedido en Zambia, Gabón, Camerún, Uganda, Nicaragua, Venezuela y Bolivia³⁸.

En tales casos, las cortes constitucionales han dictado decisiones que expresamente avalan tales reformas constitucionales, con fundamento en argumentos falaces e interpretaciones contrarias a la letra de la Constitución. Por ejemplo, en Bolivia en el año 2017 la Corte Constitucional declaró que el “derecho constitucional” del presidente al ejercicio de cargos públicos justificaba su reelección indefinida aun cuando mediante referéndum vinculante la mayoría de los electores bolivianos votó en contra de la propuesta

³⁸ En Bolivia, como antes se señaló, se optó por la reforma constitucional para incluir la reelección indefinida, aunque luego de las elecciones de octubre de 2019, Evo Morales dejó el poder ante las denuncias y protestas por fraude electoral.

de reforma constitucional para la eliminación de los límites de la reelección³⁹.

4.3. Fraudes electorales

Las democracias iliberales estudiadas están apoyadas fundamentalmente en elecciones fraudulentas y carentes de garantías de integridad electoral suficientes. La ausencia de garantías electorales suele ser indispensable para que los gobernantes autoritarios logren ser “electos” o “re-electos” en sus cargos. Las cortes constitucionales han jugado un rol fundamental en tales casos, pues en muchos ordenamientos ostentan funciones de juez electoral, lo que les permite validar elecciones fraudulentas o, por el contrario, anular procesos electorales que fielmente refleja la voluntad de los electores, pero son contrarias a los intereses del gobernante autoritario.

En los casos concretos de la República Democrática del Congo, Gabón, Uganda, Camboya, Nicaragua y Venezuela, las respectivas cortes constitucionales han desestimado todas las demandas o reclamos basadas en fraudes electorales e incluso han ilegalizado partidos políticos en claro detrimento del pluralismo político.

4.4. Estado de emergencia

Los gobiernos autoritarios suelen abusar declarando injustificadas situaciones de estado de emergencia política, social y/o económica, lo que es una vía fácil para la activación o aplicación de poderes presidenciales autoritarios y la ilegítima limitación de derechos y garantías constitucionales. Pero esa declaratoria suele requerir del control previo o posterior de la corte constitucional, a fin de ratificar o desestimar su procedencia. Tanto en la República Democrática del Congo como en Zambia y Venezuela, las respectivas cortes constitucionales han aprobado no solo una sino múltiples declaratorias de estado de emergencia aun cuando no en todos los casos había razón constitucional suficiente para la aplicación de tales poderes extraordinarios.

4.5. Violación de derechos fundamentales

En casos dramáticos como Venezuela, Nicaragua y Bolivia, las decisiones de las cortes constitucionales han facilitado el control autoritario sobre los ciudadanos, limitando el derecho al voto, el derecho a la protesta, el derecho a la participación política, el derecho a la libertad de expresión, el derecho de asociación, el derecho de propiedad, entre otros, o bien reprimiendo o limitando las protestas pacíficas de los ciudadanos en contra del gobierno.

³⁹ Brewer-Carias, A. *Las Nuevas ...*, ob. cit.

4.6. Recapitulación

Es significativo ver cómo en la mayoría de los casos las cortes constitucionales han pasado de ser tribunales imparciales e independientes a armas políticas del autoritarismo: la violación de la independencia judicial en general y en particular de las cortes constitucionales se ha producido justo luego de que un presidente de tendencia autoritaria y en ocasiones populista gana las elecciones o bien luego de un drástico cambio constitucional. Cuando el mismo partido político controla al Poder Ejecutivo y al Legislativo, es fácilmente manipulable la independencia judicial mediante la selección de jueces sin autonomía y la reforma de las leyes necesarias para ello, de ser necesario.

En la mayoría de las Constituciones analizadas, las cortes constitucionales cuentan con muchas competencias jurisdiccionales y tienen la última palabra en el control de la constitucionalidad de los actos legislativos y ejecutivos. Asimismo, estas cortes suelen ser tribunales de única instancia sin ningún control jurisdiccional posterior a sus decisiones. Pero paradójicamente las cortes constitucionales son, al tiempo, instituciones sumamente vulnerables, capaces de perder su independencia con facilidad, en especial en democracias débiles. Los gobiernos autoritarios han entendido ello con suma agudeza, logrando eficazmente diezmar el principio de separación de poderes y el Estado de derecho. Al tomar control sobre los jueces constitucionales, el régimen autoritario consigue un perfecto “bypass” del control de la constitucionalidad y se asegura que ninguno de sus actos arbitrarios será objeto de control o nulidad.

5. Repensando las Cortes Constitucionales. Propuestas para evitar el autoritarismo judicial

Desafortunadamente, los países estudiados en esta oportunidad han devenido en un autoritarismo del cual es sumamente difícil salir: se trata de democracias débiles que han entrado en un círculo vicioso permitiendo al gobierno autoritario mantenerse en el poder con el apoyo de elecciones fraudulentas y violaciones constantes al marco constitucional y legal y con el aval o “bendición” de la corte constitucional. En consecuencia, la restauración de la democracia y el Estado de derecho difícilmente podría lograrse a través de las vías institucionales existentes, pues todas las soluciones institucionales conducirán a una decisión sesgada de la corte constitucional que apoyará el mantenimiento del autoritarismo.

En resumen, las democracias iliberales soportadas en cortes constitucionales son capaces de blindar a un gobierno autoritario manteniendo un falso velo de constitucionalidad formal que impide lograr los cambios institucionales necesarios para el restablecimiento del Estado de derecho. De allí la importancia de prevenir el autoritarismo judicial en los ordenamientos jurídicos donde aún no se ha verificado, para lo cual formulamos algunas propuestas concretas, no limitantes de otras que pudiesen ser acometidas en este sentido:

5.1. Reforzamiento de la capacidad estatal y mayor garantía de independencia de las Cortes Constitucionales

Tal como señalamos en páginas anteriores, las cortes constitucionales son *de iure* la máxima garantía de la supremacía constitucional. Sin embargo, las mismas solo pueden cumplir cabalmente tal función si existe un robusto sistema institucional de separación de poderes dentro del Estado de derecho. Dada la naturaleza única de las cortes constitucionales, su control por parte del Poder Ejecutivo aumenta la probabilidad de consolidación de un régimen autoritario o dictatorial. Por ende, el correcto ejercicio de la jurisdicción constitucional tiene como condición indispensable la previa institucionalización del poder judicial a fin de afianzar su independencia, imparcialidad y profesionalización⁴⁰.

En definitiva, el aspecto fundamental del problema –o de la solución, según como se mire– no es la medida del poder de la corte constitucional sino la medida de su independencia, la cual es una variable que depende de la fortaleza de la institucionalidad. Por ello, podemos afirmar que Estados débiles y cortes constitucionales son una peligrosa combinación para el Estado de derecho.

La ecuación mayor independencia judicial es igual a mejor efectividad de la corte constitucional y por ende mayor garantía de la supremacía constitucional es más fácil de alcanzar en democracias con una fuerte capacidad estatal e institucional. Sin embargo, las democracias débiles o democracias que surgen luego de transiciones políticas tienden a establecer cortes constitucionales como si fuese una fórmula mágica para el restablecimiento del Estado de derecho sin previamente reforzar su independencia. En esos casos, lejos de ser una solución, las cortes constitucionales son realmente un problema o, al menos, una espada de doble filo a riesgo de ser utilizadas por gobiernos autoritarios en su propio interés.

En consecuencia, una primera condición para evitar el autoritarismo judicial es reforzar las instituciones estatales, especialmente la independencia y autonomía judicial. Al mismo tiempo, es fundamental atender a un buen diseño constitucional que garantice el proceso de selección de jueces constitucionales determinando debidamente a quién corresponde la selección y cuáles han de ser las condiciones de elegibilidad del juez constitucional. No menos importancia tiene la reputación y nivel profesional y ético de los aspirantes a jueces constitucionales, el número de magistrados, el período por el cual son nombrados y posibilidad o no de renovación en el cargo, para neutralizar indebidas influencias políticas.

⁴⁰ Solomon Jr., P., ob. cit., pp. 261 y ss; Vanberg, G. "Constitutional Courts in comparative perspective: a theoretical assessment", *Annual Review of Political Science*, Vol. 18, 2015, pp. 167 y ss.

5.2. Redimensionando los poderes de las Cortes Constitucionales: ¿Vuelta al modelo original kelseniano de legislador negativo?

Tal como explicábamos anteriormente, aquellas cortes constitucionales que carecen de la independencia debida están en riesgo de convertirse en fácil herramienta de las democracias iliberales. Pero el riesgo es aún peor cuando la corte constitucional ostenta, además, amplísimas atribuciones de control y puede no solo anular leyes y demás actos de rango legal sino además controlar omisiones legislativas, declarar con carácter vinculante y exclusivo cuál es la correcta interpretación de las normas constitucionales, actuar como legislador positivo, conducir antejuicios de mérito o procedimientos de *impeachment*, regular partidos políticos, ejercer control previo o posterior de declaraciones de estado de emergencia y actuar como juez electoral, controlando la legalidad de procesos electorales. En otras palabras: mientras mayores sean las competencias de las cortes constitucionales institucionalmente débiles, mayor será el riesgo de incurrir en autoritarismo judicial.

En nuestro criterio, la causa del problema está en la desviación que en las últimas décadas ha sufrido el rol tradicional de las cortes constitucionales. Así, la justificación original de la creación de las cortes o tribunales constitucionales fue el establecimiento de una garantía jurisdiccional última de la supremacía constitucional en contra de los actos arbitrarios del poder público, en especial del poder legislativo. Así fue concebida en sus inicios por Hans Kelsen. En consecuencia, en su concepción original la corte constitucional tenía un rol muy concreto como órgano que ejercería el control jurisdiccional y *a posteriori* de la constitucionalidad de los actos del poder legislativo.

Sin embargo, la evolución de las cortes constitucionales ha llevado a una ampliación considerable del ámbito de sus competencias, otorgando atribuciones de protección de derechos fundamentales, de resolución de conflictos interorgánicos de rango constitucional e incluso ha pasado de ser un “legislador negativo” a un “legislador positivo”. Tal ampliación ha sido, en nuestro criterio, excesiva, al punto de desnaturalizar la esencia de las cortes constitucionales, provocar violaciones del derecho a la defensa y debido proceso de los órganos del poder público, y graves violaciones al principio de separación de poderes⁴¹.

Pero además, en aquellos países de frágil institucionalidad, donde no se ha consolidado la separación de poderes, tales cortes constitucionales poderosas o sobredimensionadas se convierten en fácil herramienta de poder ejecutivo autoritario, como antes señalamos. Una corte constitucional vulnerable y con una debilitada independencia difícilmente será garantía de la supremacía constitucional; pero si además está dotada de intensas compe-

⁴¹ Urosa, D. “Constitutional Courts as Positive Legislators: The Venezuelan experience”, *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, Brewer-Carias, A. (ed.), Cambridge; New York, Cambridge University Press., 2011, pp. 843 y ss.

tencias de control jurisdiccional que le permiten actuar como legislador positivo, la corte constitucional se convertirá en un peligro cierto para el Estado de derecho y la democracia constitucional.

Por ende, en nuestra opinión, a fin de prevenir el abuso de las cortes constitucionales, debe repensarse su rol, naturaleza y competencias, reformularse su concepción actual de corte "superpoderosa", y retomar, en cierta medida, la concepción ortodoxa kelseniana de los tribunales constitucionales como legisladores negativos, cuya función principal sea la nulidad por inconstitucionalidad de los actos del poder público de rango legal, proscribiendo cualquier posibilidad de dictar interpretaciones constitucionales *in abstracto* y cualquier facultad normativa o de legislador positivo. Asimismo, se impone la necesidad de limitar el activismo judicial, a fin de evitar la politización y el autoritarismo de los jueces. Tal como explica Tushnet, es fundamental procurar cortes menos poderosas y menos activistas⁴².

Mención particular merece el sobredimensionamiento de las cortes constitucionales como jueces electorales. Un tribunal constitucional politizado que además tenga competencia para controlar procesos electorales, probablemente anulará elecciones legítimas y avalará fraudes electorales, mediante decisiones de única o última instancia que permitirán la permanencia de un régimen autoritario, tal como ha ocurrido en prácticamente todos los casos estudiados en este trabajo. Por ende, la jurisdicción constitucional debe necesariamente estar separada de la jurisdicción electoral⁴³. Si ambos controles están diversificados, los jueces en uno y otro caso son diferentes y no hay relación de jerarquía o de revisión de las decisiones de una de esas cortes por parte de la otra, el riesgo de manipulación judicial será significativamente menor.

5.3. Un planteamiento drástico: ¿conviene eliminar las Cortes Constitucionales y migrar al sistema de control difuso de la constitucionalidad?

Durante las últimas décadas el Derecho comparado nos ha dejado algunos notables ejemplos de cortes constitucionales que han tenido un papel ejemplar bajo gobiernos de corte autoritaria o durante períodos de transición a la democracia, constituyendo pieza clave del restablecimiento del Estado de derecho. Nos referimos así a los Tribunales Constitucionales de Chile y de Egipto, ambos en la década de los noventa, la Corte Constitucional de Suráfrica en la era postapartheid, las Cortes Constitucionales de Co-

⁴² Tushnet, M. "The rise of weak-form judicial review", Ginsburg, T. y Dixon, R. (ed.) *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, [UK], Northampton, MA, Edward Elgar, 2011, pp. 321 y ss.

⁴³ Shapiro, M. "Courts in Authoritarian Regimes", Ginsburg, T., y Moustafa, T. (ed.) *Rule by law: The politics of courts in authoritarian regimes*, cit., pp. 363 y ss.

lombia y de Mongolia en la primera década del siglo XXI y la de Honduras más recientemente en 2009⁴⁴.

Sin embargo y lamentablemente, estos ejemplos son excepcionales y tal como han explicado Brown y Waller, la experiencia refleja cómo en la mayoría de los casos las cortes constitucionales no actúan correctamente en tiempos de incertidumbre política ni en democracias débiles⁴⁵. Los casos estudiados en esta oportunidad, si bien extremos en sus circunstancias, no son casos aislados sino desafortunadamente comunes en el Derecho comparado. Por ello, es drástico pero no descabellado para aquellos ordenamientos jurídicos que se encuentran en procesos de transición a la democracia o bien subsumidos en procesos constituyentes de refundación del Estado, considerar la eliminación de la corte constitucional de su estructura orgánica del Poder Público –si es que ya cuentan con una en su diseño constitucional– y migrar a otros sistemas de justicia constitucional, por ejemplo, al sistema de control difuso o *judicial review*, o bien a un sistema mixto o *tertium genus*.

En efecto, *de iure*, ambos sistemas de justicia constitucional –el sistema centralizado o de control concentrado y el descentralizado o de control difuso– tienen hoy en día más similitudes que diferencias, tal como explica con meridiana claridad Fernández Segado⁴⁶ y logran objetivos similares mediante vías formalmente diferentes. Sin embargo, *de facto*, hay una diferencia muy significativa en el desempeño de uno y otro modelo de control de la constitucionalidad.

De hecho, analizando los datos del Índice de Estado de derecho 2019 (Rule of Law Index 2019) y el Índice de libertad 2018 (Freedom Index 2018), es posible concluir que hay una clara diferencia, en término de los niveles y estándares de Estado de derecho y de libertad entre los países que tienen cortes constitucionales y los países que cuentan con control difuso o *judicial review*.

Así, de acuerdo al Índice de Estado de derecho 2019 (Rule of Law Index 2019), los quince países con mejor rango de desempeño son Dinamarca, Noruega, Finlandia, Suecia, Holanda, Alemania, Austria, Nueva Zelanda, Canadá, Estonia, Australia, el Reino Unido, Singapur, Bélgica y Japón. Todos esos países cuentan con sistema descentralizado o difuso de justicia constitucional con cuatro notables excepciones: Alemania, Austria, Estonia y Bélgica. Todos ellos, además, son considerados países “libres”, es decir, con garantías democráticas, de acuerdo al Índice de libertad 2018 (Freedom Index 2018), antes referido.

⁴⁴ Algunos de estos casos son analizados por Benítez-R., V. y González-H., G., “El rol de las Cortes y la protección de la democracia: Una aproximación desde regímenes transicionales”, *RDP 147/148*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 83 y ss.

⁴⁵ Brown, N. y Waller, J. “Constitutional courts and political uncertainty: Constitutional ruptures and the rule of judges”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14 (4), 2016, pp. 817 y ss.

⁴⁶ Fernández Segado, F. *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Mexico DF, IJ UNAM, 2004.

En cambio, los dieciocho peores rangos del mismo Índice de Estado de derecho 2019 (Rule of Law Index 2019) con un muy pobre desempeño de Estado de derecho y de democracia son, en orden descendiente, los siguientes: Turquía, Myanmar, Angola, Bangladesh, Uganda, Nicaragua, Honduras, Zimbabue, Pakistán, Etiopía, Bolivia, Camerún, Egipto, Mauritania, Afganistán, República Democrática del Congo, Camboya y –de último– Venezuela. Todos ellos son además países considerados “parcialmente libres” o “no libres” según el Índice de libertad 2018 (Freedom Index 2018) y todos tienen como común denominador el modelo de cortes constitucionales o modelo de control concentrado de la constitucionalidad, con solo dos excepciones: Bangladesh y Pakistán.

Esta data revela que desde una perspectiva comparada, las cortes constitucionales no están teniendo un buen desempeño en la garantía de la supremacía constitucional, condición esencial para la existencia del Estado de derecho y la democracia constitucional, aun cuando ellas son suficientemente poderosas y pudieran efectivamente restablecer la democracia constitucional y el correcto cumplimiento de las bases del Estado de derecho, todas recogidas en los textos constitucionales. En muchos casos, ese pobre desempeño ha sido consecuencia de la politización del poder judicial, muy en específico de la corte constitucional y la concentración del poder autoritario, como explicamos previamente.

Por el contrario, el modelo descentralizado o de *judicial review* evita la politización de la justicia constitucional porque cualquier juez puede actuar como juez constitucional, de modo que se dificulta mucho más la manipulación de la independencia judicial de cada uno de ellos.

Por ende, puede afirmarse que existe una relación directa entre el modelo de justicia constitucional y el índice de Estado de derecho. Por supuesto, no es posible concluir tajantemente que un modelo sea mejor que el otro, pues también juegan otras variables como el alcance del marco constitucional, la composición de la corte constitucional, el modo de selección de sus jueces y su ámbito de atribuciones, factores todos que deben también tomarse en consideración.

En todo caso, la solución de eliminar las cortes constitucionales y migrar al sistema de control difuso puede ser drástica y no necesariamente la mejor. De allí que insistimos en la necesidad de reforzar la capacidad estatal, la institucionalidad, la independencia judicial y el redimensionamiento de las competencias de los tribunales constitucionales a fin de garantizar el correcto ejercicio de la jurisdicción constitucional.

5.4. El control sobre las Cortes Constitucionales: una tarea pendiente

Las Cortes constitucionales, insistimos una vez más, son la última palabra en el control de la constitucionalidad. Sus decisiones son de única o bien de última instancia, sin que sea posible apelación o revisión alguna de sus sentencias. Solo quedan sometidas al control político y al régimen san-

cionatorio de sus jueces, que en caso de regímenes autoritarios suele ser un control insuficiente y que probablemente juegue también en contra de la debida separación de poderes.

Por ello, a fin de procurar el correcto desempeño de las cortes constitucionales y cabal cumplimiento de sus funciones, especialmente en democracias emergentes, es necesario establecer mayores controles sobre ellas. Ellas son la última palabra en materia constitucional, ciertamente, pero sus actuaciones no pueden quedar exentas de control, bajo pena de incumplir el principio de universalidad del control de los actos del poder público.

Una posibilidad de control sobre las cortes constitucionales y en general de cualquier tribunal nacional, es a través de jurisdicciones internacionales y órganos supranacionales expresamente reconocidos en la Constitución, menos vulnerables a la manipulación política. En tal sentido, los tribunales internacionales y regionales o cortes de derechos humanos juegan un rol importante en la protección de la democracia constitucional y del respeto al ordenamiento jurídico constitucional⁴⁷, muestra de lo cual son la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En Venezuela, por ejemplo, decisiones arbitrarias de la Sala Constitucional violatorias de derechos humanos, tales como la declaración de ilegalidad de partidos políticos opositores, privación de libertad y descalificación política en contra de líderes opositores, manipulación arbitraria de la independencia judicial, violación de la libertad de expresión, entre otros, han sido causa de decisiones de Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁸. Sin embargo, la efectividad y exigibilidad de estas decisiones jurisdiccionales internacionales son siempre limitadas por su propia naturaleza y dependen de la cooperación de la Corte nacional y del Estado demandado. De hecho, la Sala Constitucional de Venezuela en reiteradas ocasiones ha declarado la inejecutabilidad de las decisiones de la Corte Interamericana y la supremacía de sus propias sentencias, aun cuando la Constitución venezolana expresamente reconoce la jurisdicción internacional del sistema interamericano y la directa aplicación de los tratados de protección de derechos humanos incluso por parte de los tribunales domésticos⁴⁹.

Asimismo, desde una perspectiva internacional, se ha propuesto en alguna oportunidad la creación de una Corte Constitucional internacional que pudiese actuar como una entidad jurisdiccional internacional independiente, actuando como instancia superior de las cortes constitucionales nacionales, controlando cualquier decisión en contra del Estado de derecho y los derechos humanos. Fue ésta una propuesta formulada en 1999 por el entonces

⁴⁷ Ginsburg, Tom, y Huq, Aziz Z., *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago; London, University of Chicago Press. 2018.

⁴⁸ Ayala Corao, Carlos, *La "inejecución" de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2009.

⁴⁹ Ayala Corao, Carlos, "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1, Universidad de Talca, 2007, pp. 127 y ss., <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r38576.pdf>

Presidente de Túnez Mohamed Moncef Marzouki, con el objetivo de prevenir y controlar el avance de eventuales regimenes antidemocráticos y reforzar el rol de la resistencia civil en caso de que las cortes constitucionales nacionales fallaran⁵⁰.

Sin embargo, esta justicia constitucional internacional o supranacional no está exenta de limitaciones y consideraciones a ser resueltas preliminarmente para su exitosa implementación, como por ejemplo, la determinación de los estándares y reglas constitucionales comunes a ser aplicados por esa corte internacional, sus implicaciones normativas, el alcance de sus interpretaciones, la efectividad de sus decisiones y la consolidación de un constitucionalismo global⁵¹.

Conclusiones

a. Las cortes constitucionales juegan un papel determinante en el Estado democrático de Derecho, tanto en su garantía como en su desmantelamiento. Se trata de instituciones sumamente poderosas que constituyen la última palabra en la garantía de la supremacía constitucional. Sin embargo y paradójicamente, las mismas pueden ser vulnerables, especialmente en casos de democracias débiles, y perder fácilmente su independencia en favor de los intereses de un gobierno autoritario.

b. Un gobierno de tendencia autoritaria y en ocasiones populista puede diezmar la independencia de la corte constitucional si ésta carece de fortaleza institucional, logrando esquivar el control de la constitucionalidad de sus actos y obteniendo el "aval constitucional" de sus actuaciones arbitrarias y contrarias a derecho. Cuando ello sucede se verifica el autoritarismo judicial constitucional, en el cual la corte constitucional se convierte en arma política del y brazo ejecutor régimen autoritario.

c. El análisis de Derecho comparado demuestra cómo el autoritarismo judicial constitucional es un patrón común en el siglo XXI. En tales casos la justicia constitucional ha aplicado interpretaciones constitucionales manipulativas que devienen en mutaciones constitucionales y ha tergiversado instituciones constitucionales fundamentales, como la asamblea nacional constituyente, la reforma constitucional, los procesos electorales, los estados de emergencia y los derechos humanos para facilitar el avance autoritario.

d. A fin de evitar el autoritarismo judicial constitucional será necesario (i) fortalecer la capacidad estatal y la institucionalidad, en especial la independencia del poder judicial; (ii) redimensionar las funciones y competencias de las cortes constitucionales; (iii) pensar en modelos alternativos de control constitucional, desmitificando al control concentrado como la panacea de la garantía de la supremacía constitucional y (iv) determinando adi-

⁵⁰ Nasrawin, L. (2016). "An International Constitutional Court: Future Roles & Challenges". *Digest of Middle East Studies*, 25(2), 210-226.

⁵¹ Çali, B. "International Judicial Review", en Lang, A., y Wiener, A. (ed.) *Handbook on global constitutionalism*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 291 y ss.

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

cionales mecanismos de control, nacionales e internacionales, de las cortes constitucionales.

EL DERECHO A VIVIR EN DEMOCRACIA

Jesús María Casal*

Introducción

La democracia se ha consolidado como la mejor forma de gobierno en el mundo contemporáneo, al menos prescriptivamente, como deber ser, pese a que amplias regiones del planeta estén sometidas a sistemas no democráticos. Algunos de estos regímenes no democráticos son capaces incluso de mostrar resultados positivos en términos de crecimiento económico y estabilidad institucional. Sin embargo, la democracia exhibe la doble cualidad de, por un lado, sustentar el poder de gobernar en la voluntad popular como fuente de legitimación y en el reconocimiento de la igualdad política y, por otro lado, de estar normalmente en condiciones de dar respuesta a los problemas de las sociedades en que rige, considerando los intereses de todos los grupos o de la mayoría de ellos y evitando situaciones de franca exclusión o segregación¹. No se trata de que sea necesariamente y en todos los órdenes el más eficiente o eficaz, sino de que garantiza las libertades del ser humano y su proyección en el plano de la autodefinición política y puede alcanzar objetivos plausibles de gestión.

Estos progresos de la democracia se han visto reflejados en el Derecho Internacional Público, pues por distintas vías y en diversos ámbitos se han establecido principios y mecanismos que propenden a la promoción o defensa de la democracia. No puede afirmarse que este sea, de acuerdo con las fuentes jurídicas internacionales, el único sistema político aceptable a nivel universal, al menos si partimos de una definición densa, integral o completa de la democracia, pero sí hay aspectos medulares de este sistema que tienen garantía internacional en el marco de las Naciones Unidas, principalmente desde la óptica de los derechos humanos, a lo cual se suman sistemas regionales, incluyendo a los de protección internacional de los derechos humanos, así como acuerdos de integración u otros afines que resguardan contenidos democráticos fundamentales. Por su parte, el Derecho Constitucional da cuenta de la transnacionalización de las ideas demo-

* Abogado *Summa Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Ver, entre otros, Dahl, Robert, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Taurus, Madrid, 1999, pp. 55 y ss.; Sen, Amartya, *Development as freedom*, Oxford, Oxford University, 2001, pp. 146 y ss.

cráticas, ya que las Constituciones mayoritariamente han plasmado los postulados correspondientes y a menudo han sido ellas mismas, en mayor o menor medida, expresión de la soberanía popular. La democracia constitucional es por eso un concepto que trasciende a la dogmática constitucional nacional y se coloca en un plano más abstracto, que facilita el estudio y la evaluación comparativa². Tanto en una como en otra esfera se han profundizado determinadas vertientes de la democracia, la cual se ha hecho más ambiciosa en la esfera de la participación y a veces también de la deliberación.

El objeto de este trabajo es examinar lo que genéricamente denominaremos el derecho a vivir en democracia, expresión bajo la cual se pretende aludir a un sistema basado en una serie de derechos humanos directamente vinculados con el proceso democrático, reconocidos en convenciones o declaraciones internacionales y en textos constitucionales, como el derecho al sufragio activo y pasivo o al uso de otros medios de participación en los asuntos públicos, el derecho de asociación y de reunión y la libertad de expresión, junto a los demás derechos humanos. Más aún, en la esfera internacional se ha afianzado la promoción de la democracia y está germinado un derecho a la democracia, cuya autonomía como derecho y cuyo alcance son materia controvertida, el cual puede servir de fundamento al derecho a vivir en democracia al que se ha hecho mención. Bajo una u otra aproximación, lo que se quiere destacar es que con respaldo en los derechos humanos y otras fuentes, nacionales e internacionales, se perfila un derecho a vivir en democracia, concebido como categoría que puede ser útil para aglutinar los esfuerzos dirigidos a desmontar las barreras que hoy impiden ejercer una auténtica participación democrática y a erigir una genuina institucionalidad democrática.

Al hablar del derecho a vivir en democracia no se quiere adoptar una perspectiva pasiva o estática, sino una activa o dinámica. La democracia no es simplemente un componente más del entorno social en que tenemos derecho a desarrollar nuestro proyecto de vida, sino que ella depende, como sistema político o forma de gobierno, del ejercicio que hagamos de nuestros derechos de participación, lo cual le impondrá una u otra impronta. Esto presupone que sean removidos los obstáculos que nos privan del derecho a elegir periódicamente a los gobernantes en comicios libres, equitativos y transparentes, o que limitan indebidamente nuestra libertad de expresión o nuestros derechos a la información, a la asociación y a la reunión o manifestación.

Para abordar esta temática será necesario considerar los pilares conceptuales y los elementos fundamentales de la democracia, así como las bases normativas de un posible derecho a la democracia. Igualmente, habrá que destacar la conexión de la democracia con los derechos típica o directamente relacionados con el desenvolvimiento democrático y con los derechos humanos en general. Este análisis se sustenta en aportes provenientes

² Ver Correa Henao, Magdalena y Robledo Silva, Paula, *Diseño institucional del Estado democrático en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

de distintas disciplinas, aunque prevalecerá el enfoque jurídico-internacional y constitucional. También se examinará la idea de la democracia reflejada en la Constitución de 1999.

Este trabajo no responde a un interés puro ni preponderantemente teórico sino que se gesta en medio de las preocupaciones concretas de una sociedad que ha sido despojada de las condiciones básicas para una existencia digna y cuyos integrantes han asistido, desde uno u otro rol o postura política, a la demolición de las instituciones democráticas. De esa misma sociedad han surgido los principales factores y actores desencadenantes de ese naufragio, y al pensar en el futuro es importante hacer un inventario de errores y de responsables. Pero el propósito de este texto no es ese, sino más bien incorporar el derecho a vivir en democracia como una perspectiva desde la cual sea posible arrostrar los desafíos de la reconstrucción institucional y económico-social. No con la pretensión de que sea el concepto que articule las otras contribuciones o visiones que han sido o sean planteadas con ese fin, sino como un componente más de esa tarea común.

Más allá de las diferencias ideológicas y de las preferencias de partido que hay en el país, un objetivo institucional primordial para su recuperación es reinstaurar o levantar un sistema democrático en el que esas diferencias encuentren un marco adecuado para su expresión y su proyección en la acción y la organización política. Las luchas que hoy se libran contra un gobierno autoritario apuntan precisamente a restituir la vigencia de la Constitución y recuperar la democracia, junto a la garantía de los derechos humanos, y el derecho a vivir en democracia puede apuntalar los fines compartidos entre quienes profesan corrientes diversas de pensamiento y robustecer las iniciativas que se estén llevando a cabo, al vincularlas con un derecho de todos y de cada uno a la democracia. Este derecho propende además a incluir al mayor número posible de actores en el proceso de reivindicación democrática, ya que no es admisible discriminación alguna en el goce o ejercicio de derechos humanos. Cada cual asumirá las consecuencias de sus actos y las responsabilidades que correspondan deberán ser impuestas, con arreglo a un verdadero Estado de Derecho. Pero el camino común de la democratización es abierto o inclusivo por definición. La recuperación democrática es obviamente un proceso no un momento, aunque esté hecha de episodios determinantes y de logros específicos, y en ese recorrido el derecho a vivir en democracia es un reclamo y puede ser un acicate y una orientación constante para el porvenir.

Conviene apuntar que, desde una óptica global, un derecho a la democracia sería la cristalización de acontecimientos históricos, declaraciones y encuentros internacionales, tratados, sentencias, resoluciones y otros actos que han estado dirigidos a resguardar los sistemas democráticos o los derechos en que se sustentan ante agresiones o amenazas de diverso origen. La referencia a ese derecho no podría explicarse sin tener en cuenta el camino que ha debido transitarse para la aceptación general o extendida de la democracia como un arreglo o ingeniería institucional para el ejercicio legítimo del poder. Esta ruta ha estado y sigue estando llena de escollos.

En virtud de una larga evolución, la democracia moderna ha avanzado en la realización de sus propias ideas fundacionales, desde el sufragio masculino y censitario hasta el sufragio universal, y en su expansión, a causa de su adopción en los más diversos contextos nacionales. Pero estos progresos no han estado exentos de dificultades. Regímenes de diverso signo político se han calificado de democráticos, por su pretendida conexión con el pueblo y su soberanía, sin que ello implique un compromiso genuino. El afianzamiento de la democracia como modelo de ejercicio legítimo del poder desató una lucha por conquistarla o adulterarla en sus fundamentos conceptuales, de modo que al amparo de esa elástica democracia pudieran desplegarse las más heterogéneas agendas ideológicas, aun cuando desconocieran los derechos de libre, plural e igual participación política sobre los que dicho sistema gravita. La fuerza de la democracia como forma de organización política, tanto en lo interno como en lo internacional, condujo a que muchas discrepancias de fondo con sus postulados se tradujeran no en el rechazo de esa forma de gobierno sino en su reconceptualización, con el fin no solo de defender la propia visión de la democracia sino también de definirla antagónicamente respecto de otra considerada insuficiente o engañosa. De allí la alusión peyorativa a una democracia puramente formal o burguesa, a la cual se contraponía una democracia real, material o popular. La caída del muro de Berlín y el naufragio de regímenes comunistas en Europa Central y Oriental, junto a las oleadas democratizadoras o redemocratizadoras ocurridas en diversas latitudes en el último tercio del siglo XX, alimentaron la esperanza en un triunfo definitivo de la democracia, pero los hechos pondrían pronto en entredicho tal expectativa³.

Más recientemente se ha agudizado la preocupación por el socavamiento de la democracia desde adentro, en atención a la extendida irrupción de liderazgos personalistas y populistas que ignoran y a corto o mediano plazo perforan la institucionalidad democrática que les permitió llegar al poder. El "antipluralismo moral"⁴ que distingue muchos de estos fenómenos horada los pilares democráticos y propicia la captura política e ideológica de las estructuras del poder público y de instancias sociales, a partir de la exacerbación de las diferencias en las posiciones y del estímulo de la polarización política y social. Estos líderes se declaran democráticos, al ufanarse por su supuesta capacidad para interpretar y hacer valer directamente la voluntad del pueblo, mientras menoscaban la representación política y someten a los órganos constitucionales de control⁵. La propagación de pretendidas democracias populistas o iliberales ha acentuado el desplazamiento del debate sobre la democracia hacia el interior del concepto y hace más necesaria la identificación de los procesos de erosión o regresión en curso y el apuntalamiento de los principios que soportan el sistema democrático. Frente a estas adversidades el derecho a la democracia, o los derechos

³ Ver Held, David, *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza, 2012, pp. 311 y ss.

⁴ Werner-Müller, J., "What Is Populism?", Pennsylvania, University of Pennsylvania, 2016, pp. 31 y ss.

⁵ Scheppele, K., "Autocratic Legalism", *The University of Chicago Law Review* 85, 2018, pp. 557 y ss.

humanos en su especial trascendencia democrática, pueden jugar un papel capital como muros jurídicos de contención ante tendencias regresivas y bases para la articulación de esfuerzos nacionales e internacionales que dejen oportunamente al descubierto excesos cometidos y activen mecanismos internacionales de control.

En medio de estos y otros desafíos, la democracia muestra su resiliencia y la capacidad de regenerarse desde sus propios fundamentos. Hace frente a problemas tradicionales como el cuestionamiento de los partidos y de la representatividad, aunque en un contexto cambiante, y encara nuevos retos como la formación de la opinión pública y el desarrollo de la política a través de las redes sociales y de los espacios propios de la era digital, todo ello en interacción con una creciente complejidad que la democracia debe estar en condiciones de comprender⁶. Los derechos humanos son también aquí factores primordiales para la canalización de estas oportunidades de expresión y de participación.

1. La democracia y sus dimensiones fundamentales

Con la democracia ocurre que, en la misma medida en que nos parece evidente su significación, resulta difícil hallar una definición que la abarque en toda su riqueza conceptual. Los respectivos intentos están además inevitablemente marcados por la postura teórica o filosófica desde la cual es concebida. Lo que se dice y lo que se calla al hacerlo suele traslucir notoriamente las visiones de fondo, las posiciones políticas o las circunstancias históricas de la correspondiente enunciación. No es extraño que así sea, dado que tras la adhesión a la democracia se hallan postulados que entroncan bien con el relativismo como explicación de la regla de la mayoría, bien con la libertad como valor inherente a la dignidad del ser humano que se despliega en la esfera pública, bien con el protagonismo popular como vía para la emancipación social, entre otras concepciones divergentes. Desde las nociones calificadas de mínimas o descriptivas de la democracia⁷, pasando por las definiciones negativas y llegando a otras más sustantivas⁸, tras la fórmula propuesta hay raíces profundas filosóficas o políticas que sustentan las disonancias textuales, las cuales a menudo van más allá de los matices o acentos. Ello es reflejo de la variedad de teorías o modelos de la democracia⁹. Sin pretender terciar en estas discrepancias, conviene hacer una aproximación al concepto de democracia.

⁶ Innerarity, Daniel, *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020, pp. 11 y ss.

⁷ Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, 2003, pp. 250 y ss.; Bobbio, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1991, pp. 4 y ss.; Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, México, FCE/IIJ-UNAM, 2006, pp. 140 y ss. Para una definición descriptiva ver Sartori, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza, 1992, p. 43.

⁸ Como concepción sustantiva de la democracia ver Dworkin, Ronald, *Liberalismo, Constitución y Democracia*, Buenos Aires, La Isla de la Luna, 2004; entre otros de sus trabajos.

⁹ Ver, entre otros, Held, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

La célebre formulación de Lincoln, contenida en su discurso en Gettysburg, en 1863, sigue inspirando muchas elaboraciones conceptuales sobre la democracia. Ello por su capacidad para recoger el espíritu del gobierno democrático¹⁰: gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Subyace allí la noción del autogobierno, sobre la cual se erigen los sistemas democráticos. En la democracia la legitimación política proviene de la voluntad popular, dado que el pueblo participa en la toma de las decisiones colectivas y, al hacerlo, es al mismo tiempo autor y destinatario de las reglas que se fijan para atender los asuntos públicos. De este modo la democracia es el gobierno del pueblo sobre sí mismo¹¹. Pero como la distinción entre gobernantes y gobernados no desaparece, es conveniente resaltar la vertiente finalista de aquella fórmula, que se ve reflejada en esta certera aseveración: *"Habrá democracia en la medida en que exista una sociedad abierta donde la relación entre gobernantes y gobernados se base en la premisa de que el Estado está al servicio de los ciudadanos y no los ciudadanos al servicio del Estado, de que el gobierno existe para el pueblo y no viceversa"*¹².

La tesis de la identidad entre gobernantes y gobernados no se corresponde con el funcionamiento efectivo de los sistemas generalmente considerados democráticos¹³. Una mayoría del pueblo puede hacer valer sus preferencias para la formación del gobierno y el desarrollo de determinadas políticas, lo cual presupone tener en cuenta a las minorías, que también pertenecen al pueblo soberano desde el postulado de la igualdad política. Además, la democracia no consiste simplemente en la realización irrestricta de la voluntad de la mayoría, ya que la admisión y protección del pluralismo de concepciones y de la posibilidad del relevo en el ejercicio del poder se traducen en límites a esa voluntad. Aquí obviamente influyen las posiciones de fondo sobre la democracia. Si la libertad individual está en la base de la legitimación política democrática, junto con la manifestación de la voluntad colectiva, resulta claro que el autogobierno no puede serlo en detrimento de los espacios de autonomía personal que ese proceso de legitimación presupone. La defensa de la dignidad de la persona, que excluye la instrumentalización del ser humano a una dominación colectiva, y los derechos humanos como precondiciones de la democracia son otras perspectivas desde las cuales la soberanía popular, como principio de legitimación, implica que ningún órgano estatal, ni siquiera el pueblo mediante procedimientos de decisión de la democracia directa, puede ostentar una facultad realmente soberana o absoluta¹⁴. Desde otras corrientes de pensamiento se han puesto también de relieve las conexiones entre la autonomía privada y la autonomía política¹⁵.

¹⁰ Sartori, G. *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Taurus, 2007, p. 39.

¹¹ *Ibíd.*, p. 37.

¹² *Ibíd.*, p. 39.

¹³ Böckenförde, E.-W, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 136 y ss.

¹⁴ Maritain, Jaques, *Christianity and Democracy*, San Francisco, Ignatius, 2011, pp. 35 y ss.

¹⁵ Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, pp. 112 y ss.

Una enunciación ilustrativa de los contenidos democráticos básicos comprende: la idea de la autodeterminación de ciudadanos con iguales derechos; legitimación directa o indirecta del poder público por los ciudadanos; elecciones libres y periódicas; libre formación de la opinión pública, lo que presupone libertad de expresión, de reunión y de comunicación en general; libre organización de las fuerzas políticas, permitiendo una competencia abierta entre opiniones, generalmente concretada en un sistema multipartidista; la toma de decisiones después de un proceso deliberativo y, como regla, de acuerdo con el voto mayoritario, pero garantizando, al mismo tiempo, los derechos de las minorías, de modo que el proceso político se mantenga abierto y las minorías puedan convertirse en mayorías¹⁶.

La democracia conjuga la soberanía popular con el pluralismo político y el respeto a las minorías que este exige. Esto solo es posible si están amparadas las libertades para formar partidos políticos, según la ideología o doctrina que se profese, y para desplegar la acción política por medios diversos, lo cual pone nuevamente de relieve las necesarias limitaciones al poder político. Para algunos la idea de los límites a la voluntad popular es externa al concepto de democracia, pero hay buenas razones para sostener que no es así, al menos no lo es para la democracia de los modernos. La democracia moderna o liberal no puede entenderse sin apreciar los límites intrínsecos a la voluntad de la mayoría que lleva consigo.

La difundida tesis de Dahl sobre la igualdad política como premisa fundamental de la democracia sirve para explicar este planteamiento. Según este autor, un proceso que pueda calificarse como completamente democrático debe satisfacer estos criterios: participación efectiva, igualdad de voto, control de la agenda política, comprensión ilustrada acerca de las decisiones políticas e inclusión de todos los adultos en los derechos de ciudadanía¹⁷. Se trata de condiciones ideales de un proceso democrático. Esta visión demanda y no excluye la idea de los límites. Esa igualdad política está vinculada al respeto de derechos como la libertad de expresión, la libertad de asociación y de reunión, el derecho al sufragio activo y pasivo, entre otros. Reclama además estructuras y principios jurídicos que resguarden esas libertades, al configurar garantías jurisdiccionales y de otra índole y al organizar y distribuir el poder de tal forma que se evite su concentración y el despotismo. El propio Dahl ha afirmado que la democracia exige la garantía de ciertos derechos fundamentales¹⁸. Sartori ha sido categórico al sostener que la democracia consiste en “*el gobierno limitado de la mayoría*”, ya que presupone el respeto de los derechos de las minorías¹⁹. La idea de la representación política, normalmente preponderante, aunque con alcance diver-

¹⁶ Sommermann, K.-P., “Citizen Participation in Multi-Level Democracies: An Introduction”, en Fraenkel-Haeberle, C., Kropp, S., Palermo, F. y Sommermann, K.-P. (Ed.), *Citizen Participation in Multi-Level Democracies*, Leiden y Boston, Brill Nijhoff, 2015, pp. 2 y ss.

¹⁷ Dahl, Robert, *Democracy and its critics*, New Haven/London, Yale University, 1989, pp. 106 y ss.

¹⁸ Ver especialmente Dahl, *La democracia...*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

¹⁹ Sartori, G., *The theory of democracy revisited*, New Jersey, Chatham House, 1987, p. 31.

so, en las democracias contemporáneas significa también una cierta contención institucional del poder del pueblo.

Por tanto, en una democracia la fuente del ejercicio legítimo del poder estatal reside en la voluntad del pueblo, que se expresa a través de elecciones periódicas y diversos mecanismos de participación, basados en el reconocimiento de la igualdad política. Las distintas manifestaciones del poder del Estado surgen de la soberanía popular y deben tenerla como sustento último. El circuito de participación política debe ser el que en efecto fundamenta el ejercicio del poder público. Los ciudadanos gozan del derecho a tomar decisiones sobre las políticas directamente o a través de sus representantes, lo que evoca la idea del autogobierno²⁰, que no debe estar reñida con la existencia o incluso preferencia de los procedimientos deliberativos de decisión. La libertad individual es uno de los pilares de este proceso de legitimación, lo que ayuda precisamente a comprender que la realización de la voluntad de la mayoría deja de ser democrática cuando se despliega a expensas de las libertades de la persona²¹.

Pueden identificarse, en síntesis, tres dimensiones concurrentes distintivas de la democracia: las elecciones libres y justas y los derechos de participación política en general, lo que implica también la protección de las minorías y la posibilidad de alternancia; los derechos que salvaguardan la autonomía privada y resguardan la proyección de las libertades individuales en la esfera pública; y el Estado de Derecho²². En sus contenidos medulares se encuentran, además, los derechos humanos en general, y otros principios de gobierno ligados a las dimensiones señaladas. La literatura comparada sobre la democracia tiende a conferir especial importancia a la deliberación democrática y a la existencia de obligaciones de rendición de cuentas y de mecanismos de acceso a la información, así como al control social sobre la gestión estatal y, en general, a la participación ciudadana en los asuntos públicos, así como a enfatizar la conexión entre la democracia y el conjunto de los derechos humanos²³.

²⁰ Böckenförde, *op. cit.*, pp. 76 y ss.; Schultze, R.-O., "Demokratie", en Nohlen, D. y Schultze, R.-O., *Lexikon der Politikwissenschaft 1*, München, Beck, 2002, pp. 121 y ss.

²¹ Starck, C., "Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee", en Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Demokratische Willensbildung – die Staatsorgane des Bundes*, III, Heidelberg, C. F. Müller, 1989, pp. 3 y ss.

²² Con un enfoque similar ver Ginsburg, T. and Huq, A. Z., *How to save a constitutional democracy*, Chicago/London, The University of Chicago, 2018, p. 9; O' Donnell, G., "Democracy, Law, and Comparative Politics, Studies" in *Comparative International Development* 36, 2001, pp. 7 y ss.

²³ Palumbo, Antonino, *Models of deliberative democracy*, Londres-Nueva York, Routledge, Taylor & Francis Group, 2018, pp. 31 y ss.; Sergio Ortiz, Leroux/Morales Guzmán, Jesús Carlos, "República y democracia deliberativa: claves para su convergencia teórica", *Acta sociológica*, vol. 71, 2016, pp. 123 y ss.; Morales Antoniazzi, Mariela, *Protección Supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*, México, UNAM, 2015, pp. 151 y ss.; Arango, Rodolfo (Ed.), *Filosofía de la democracia*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2007, pp. 125 y ss.; Salazar Ugarte, P., *op. cit.*, pp. 140 y ss.; Gomes Canotilho, J., *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 426 y ss.

Huelga decir, por último, que la democracia puede experimentar tensiones entre las fuerzas conceptuales internas que la nutren, que se ven agudizadas o atenuadas en función del contexto histórico-político y socioeconómico, tanto nacional como internacional y, sobre todo, de las agendas y programas desarrollados por las organizaciones políticas y por los gobiernos. La plasmación concreta que reciba la democracia en un ordenamiento constitucional puede también avivar pugnas. Las diferencias entre los modelos de democracia hacen aún más patente la lucha conceptual y los combates políticos que en este terreno pueden tener lugar y que son capaces de desplazar el eje del proceso democrático en una dirección más representativa o más participativa, por ejemplo, frente a lo cual la propia democracia ha de ser el marco adecuado para la resolución de esos conflictos.

2. La democracia constitucional y la democracia en la Constitución de 1999

2.1. La democracia constitucional

La comprensión de la democracia antes bosquejada tiene afinidad con la categoría de la democracia constitucional, que combina la soberanía popular y la limitación y control del ejercicio del poder²⁴. El calificativo “constitucional” pone de relieve la existencia de esas limitaciones e indica que, por lo general, están incorporadas a una Constitución, como norma suprema que emana del pueblo en el ejercicio de su poder constituyente. Mediante la Constitución se definen la organización política fundamental y los principios cardinales que están a salvo de la lucha política ordinaria. Una vez instaurados, los órganos del poder público deben someter su actuación a este marco constitucional y el pueblo también debe respetarlo, sin perjuicio de que pueda recurrir una vez más a su poder constituyente. En una versión más sustancial, que compartimos, la Constitución se asocia al ideal rector del constitucionalismo y, por tanto, a la garantía de los derechos del ser humano y a la división de poderes como fórmula puesta al servicio de la libertad.

El principio democrático es uno de los ejes sobre los que gravita el sistema constitucional democrático, el cual se corresponde con exigencias antes expuestas. Este principio alude no solo a la fuente de la legitimación del poder público, la soberanía popular, sino también a la manera de preservar y actualizar esa legitimación y de traducirla en ejercicio de poder público y en control sobre los gobernantes. Quedan por tanto comprendidos bajo tal principio: el reconocimiento sin discriminación de la ciudadanía y del derecho al sufragio activo y pasivo, así como, en general, de la igualdad de los derechos de participación política; la organización periódica de elecciones competitivas; el principio mayoritario y el respeto a las minorías; la preservación del pluralismo político y de las libertades que le son inherentes; la vinculación de toda manifestación de poder público con el proceso de legitimación democrática, y la consideración de los espacios de configuración

²⁴ Ginsburg y Huq, *op. cit.*, pp. 9 y ss.; Salazar Ugarte, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

normativa del legislador, entre otros componentes²⁵, todo lo cual presupone ciertas garantías medulares de un Estado de Derecho.

La democracia constitucional introduce algo específico en el sistema democrático, dado que implica el establecimiento de normas, órganos y procedimientos que encauzan el despliegue de la voluntad política y que determinan los límites que esta no debe sobrepasar. Se trata de límites reflejados en la propia distribución del poder (separación de poderes), en las normas constitucionales que protegen principios y derechos fundamentales y en los mecanismos institucionales creados para garantizar su observancia. Cuando se dice que “*el complemento constitucional*” en la expresión democracia constitucional “*es más bien una invasión en el concepto guía*”²⁶, se deja traslucir por un lado una visión de la democracia pero se pone el acento también en que el arreglo sobre el ejercicio del poder recogido en la Constitución configura normativamente el marco del desenvolvimiento de la democracia. Por más que se afirme que en la democracia el pueblo hace y deshace las Constituciones, con lo que volveríamos al punto de partida de la autodeterminación irrestricta, lo cierto es que las estructuras y postulados de la democracia constitucional, más aún desde el ángulo del constitucionalismo y el Estado de Derecho, propenden conscientemente a colocar linderos al proceso político y a las mayorías, que van más allá de lo que a primera vista apreciamos. La división de poderes, la protección de los derechos fundamentales por un poder judicial independiente, la existencia de una jurisdicción constitucional que revisa la constitucionalidad de las leyes y está facultada para anularlas si contradicen la Constitución, y que en muchos países se pronuncia también sobre la licitud formal y material de las reformas constitucionales, todo esto es un tejido institucional que sirve de tamiz para la expresión de la voluntad política. La democracia constitucional genera o alberga, pues, tensiones, como la que se produce entre la voluntad de las mayorías vertida en la ley y la supremacía constitucional, las cuales admiten distintas soluciones institucionales, según los sistemas políticos, las tradiciones y la cultura jurídica y política.

Pero en una democracia constitucional no solo este último apelativo acota la democracia, sino que también el concepto base perfila la constitucionalidad. La Constitución de una democracia, como ideal, debe emanar de procesos plurales, participativos y deliberativos, en los que hayan sido seriamente consideradas las más diversas opiniones. De acuerdo con las circunstancias de su gestación, algunas propenderán a una regulación mínima, mientras que otras serán más prolíficas. Algunas serán elaboradas con respaldo en amplios y densos consensos entre las fuerzas participantes, mientras que otras serán expresión de una ruptura que repercutirá en la dinámica constituyente. Pero desde la óptica democrática es importante que se preserve la distinción entre la Constitución como marco para la convivencia, la

²⁵ Ver, entre otros, Böckenförde, *op. cit.*, pp. 47 y ss.; Starck, “Grundrechtliche...”, *op. cit.*, pp. 17 y ss.; Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Müller, Heidelberg, 1993, pp. 58 y ss.

²⁶ Hassemer, W., “Jurisdicción constitucional en una democracia”, en Hassemer y otros, *La jurisdicción constitucional, democracia y Estado de Derecho*, Caracas, UCAB, 2005, p. 30.

competencia y la alternancia política entre fueras e ideologías distintas e incluso contrarias, y los respectivos programas de gobierno o plataformas ideológicas o de partido. No se trata de que las Constituciones deban ser neutrales o deban plasmar solo disposiciones formales y omitir normas materiales, limitándose a prever ciertas reglas de juego, sino de que tengan al pluralismo como principio, también durante su elaboración, de modo que el empeño en incorporar en el texto constitucional determinadas doctrinas particulares o de asegurar las propias banderas de lucha no sobrecargue unilateralmente la Constitución hasta el punto de restarle aptitud para orientar con apertura el proceso democrático.

Las Constituciones, por otra parte, dan a la democracia una corporeidad particular y tienden a apuntalar algunas de sus posibles corrientes configuradoras. Algunas responden más al esquema clásico de la democracia representativa, mientras que otras tratan de adoptar fórmulas de la democracia directa o semidirecta o apuestan por una democracia participativa, con las diversas manifestaciones que este a su vez puede tener. Importa por ello referirse a la idea de la democracia en la Constitución de 1999.

2.2. La Constitución de 1999

La Constitución venezolana de 1999 consagra un sistema democrático, el cual es definido a partir del paradigma de la *"sociedad democrática, participativa y protagónica"* a la que se refiere el preámbulo de la Constitución. Abordar en detalle los fundamentos y el alcance del cambio constitucional de 1999 en esta materia sobrepasaría el propósito de este trabajo, pero es importante tratarlos, aunque sea someramente. Varias disposiciones de la Constitución se corresponden con ese planteamiento, que tuvo pretensiones refundacionales. Lo ponen de manifiesto, entre otros, los artículos 5 y 6 de la Constitución, ya que el primero alude al ejercicio directo e indirecto de la soberanía popular, en ese orden. El segundo suprime el carácter representativo del gobierno al que se refería el artículo 3 de la Constitución de 1961, y lo sustituye por la mención a la naturaleza electiva y participativa del gobierno y a la revocabilidad de los mandatos. Este cambio es significativo, porque el artículo 6 de la actual Constitución y el artículo 3 de la de 1961 se remontan, con modificaciones, a la Constitución de 1830, que estableció, en su artículo 6, principios inderogables por futuras revisiones constitucionales²⁷. A diferencia del Proyecto de Reforma General de la Constitución elaborado por la Comisión Bicameral de Revisión Constitucional (1992), que planteaba añadir el calificativo de participativo junto al de representativo, se optó por eliminar este último término. Adicionalmente, el artículo 70 de la Constitución enuncia un conjunto de *"medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía"*, entre los cuales se encuentra la asamblea de ciudadanos, *"cuyas decisiones serán de carácter vinculante"*, así como una serie de espacios sociales, laborales o económicos que también serían expresión de esa soberanía y de ese protagonismo. Otras normas de

²⁷ Art. 6°: El gobierno de Venezuela es y será siempre republicano, popular, representativo, responsable y alternativo.

la Constitución abonar esta politización, colectivización o estatización en algunas esferas sociales o económicas²⁸, que puesta en conexión con el paradigma de la “sociedad” participativa y protagónica tiende a adquirir una cierta organicidad.

Ello se vincula con la extendida afirmación de que la democracia participativa es un principio transversal a la Constitución. La reivindicación de una democracia (social y) participativa fue una idea central de la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente promovida en 1999. Así se expresaba en una de las preguntas formuladas al pueblo en el referendo del 25 de abril de 1999. La cuestionada Exposición de Motivos de la Constitución se refiere en este sentido al “*tránsito de la democracia representativa a una democracia participativa y protagónica*”. Más allá de su plasmación en los referendos y otros mecanismos de participación directa o semi-directa, la democracia participativa de la Constitución de 1999 se proyecta sobre la regulación de la institucionalidad del Estado, que opta por minusvalorar o preterir las instancias representativas y los partidos políticos como forma de organización para la actividad política. La opción por el unicameralismo, en una Constitución que proclama la naturaleza federal del Estado y en una tradición constitucional como la nuestra, es una manifestación clara de la minusvaloración de la representación política. Ello se refleja también en el tratamiento de ámbitos de desarrollo de la persona, que son inscritos en la realización de determinados fines públicos y, en general, en la forma en que se concibe la relación entre el Estado y la Sociedad, cuya separación propende a diluirse.

Los antecedentes de la idea de una democracia participativa para Venezuela se encuentran en debates promovidos en el país al menos desde los años setenta del siglo pasado²⁹, que se intensificaron a mediados de los ochenta, en el contexto de la crisis de los partidos como instancias mediadoras para la participación política. Los movimientos que en esos años apostaron por el reconocimiento de la sociedad civil como actor relevante en la esfera pública respondieron en parte a la aspiración a una mayor participación ciudadana, pero eran a la vez expresión de la voluntad de hacer política desde espacios distintos a los partidos, los cuales eran percibidos como elitescos o cogollocráticos, poco permeables a nuevos liderazgos y proclives al tráfico de influencias y otras formas de corrupción. Los reclamos de mayor participación surgieron, en parte, con un carácter polémico respecto de los medios tradicionales de organización para la acción política, hasta tal punto que algunos desembocaron en la propuesta de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, tesis que años después sería tomada por Hugo Chávez.

²⁸ Ver, por ejemplo, la forma en que se reconocen determinados derechos (art. 102); la imposición de ciertos deberes relacionados con la participación (art. 132); y algunos de los principios rectores del régimen socioeconómico (art. 299).

²⁹ López Maya, Margarita, *Democracia Participativa en Venezuela (1999-2010)*, Caracas, Fundación Centro Gumilla/UCAB, 2011, pp. 7 y ss.

De acuerdo con lo resuelto en la convocatoria constituyente de 1999, el texto constitucional acogió diversos elementos participativos, pero es discutible que haya adoptado un específico y coherente “modelo” de democracia participativa. Normalmente las Constituciones no reproducen modelos o sistemas teóricos puros, pero no es ocioso advertir que tampoco en este caso ha ocurrido. Más bien pareciera que detrás de la idea participativa de la Constitución hay un conjunto heterogéneo de aportes ideológicos con una inspiración y radicalidad diversas³⁰. Ello se explica porque la misma noción de democracia participativa puede tener alcances diferentes.

Está claro que la Constitución apuesta por una democracia participativa, la cual intenta superar las supuestas deficiencias de la democracia representativa. Esta decisión está presente desde la misma gestación del proceso constituyente, que fue adelantado al margen de los procedimientos de revisión de la Constitución de 1961 y eclipsando la normatividad del Estado de Derecho. La sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia del 19-01-1999, que quiso colocar un puente de normatividad entre esta Constitución y su desmoronamiento, puso la primera piedra de la actual democracia participativa, ya que se fundamentó, entre otros argumentos, en la premisa de que en una democracia participativa el pueblo debía poder ejercer el poder constituyente sin ataduras resultantes de la Constitución en vigor, transformando de esa forma la democracia representativa reflejada en el artículo 4 de aquella Constitución, al menos en su fase o momento terminal, en una de carácter participativo.

Pero la Constitución de 1999, aunque intentó ocultarlos, dejó en pie los principales pilares del sistema representativo. Algunas opiniones ilustran el afán rupturista y al mismo tiempo las líneas de continuidad presentes en esta Constitución³¹. Tanto las elecciones como el carácter no imperativo del mandato parlamentario, que es compatible con la rendición de cuentas a los electores, y los estrictos requisitos impuestos para la activación por iniciativa popular y la eficacia de los referendos de carácter decisorio, incluyendo a la revocatoria del mandato, junto a la regulación constitucional general sobre el ejercicio del poder público, se avienen con el esquema democrático-representativo. A lo anterior ha de agregarse el reconocimiento constitucional del derecho de todo ciudadano a participar “libremente” en los asuntos públicos, “directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas”. Esta aproximación desde el derecho a la participación política y los demás derechos humanos, que tienen valor preeminente según la propia Constitución (art. 2), puede ayudar a enderezar muchas formulaciones del texto constitucional, en especial al tener en cuenta y observar los estándares

³⁰ Ídem.

³¹ “La Constitución se rige por el principio de la democracia participativa y protagónica, que a diferencia de la democracia representativa, implica la concepción de un pueblo protagonizando directamente su destino, o por medio de representantes electos que deben rendir cuentas de su actuación, así como responder ante sus electores por su programa de acción comprometido en las elecciones, y cuyo mandato es revocable por decisión popular”; Combellas, Ricardo, “Bases institucionales de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela” en *Memoria Política (Universidad de Carabobo)*, 8, 2003, pp. 11 y ss.

res interamericanos. Lo dicho no obsta para que surjan tensiones con las disposiciones y el paradigma antes esbozados.

La propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha referido a la base representativa del sistema político en la Constitución vigente, en una sentencia interpretativa de su artículo 71³², que no está exenta de puntos contrastantes con posturas previas y posteriores de la misma Sala y que respondió a intereses políticos, pero que recoge una lectura posible de la Constitución. En esta ocasión la Sala Constitucional sostuvo que la Constitución *“funda las bases axiológicas e institucionales para profundizar la democracia en Venezuela, al completar las tradicionales formas e instancias representativas de los sistemas democráticos contemporáneos, con novedosos y efectivos mecanismos y medios de participación”*. Con lo cual la decisión constitucional favorable a la democracia participativa es interpretada como un esfuerzo por complementar, perfeccionar o mejorar la democracia representativa. De ahí la referencia a la necesidad de *“superar los déficits de gobernabilidad”* que habían afectado al sistema político, mediante esta ampliación de la participación. La Sala añadió, citando a Bobbio, que *“la democracia participativa no se opone a la democracia representativa, por el contrario, aquélla no implica sino el perfeccionamiento o complemento de ésta”*. Esta visión fue reforzada con la invocación de la concepción de la democracia de la Carta Democrática Interamericana (CDI)³³. El valor decisorio de algunos mecanismos de participación política habría de determinarse en función de su regulación concreta³⁴.

De acuerdo con la Constitución, el ejercicio directo de la soberanía por el pueblo no implica una negación de la normatividad constitucional, ya que dicho ejercicio solo es admisible *“en la forma prevista en esta Constitución y en la ley”* (art. 5). Es decir, ello no significa que el pueblo se coloque al margen o por encima del Estado de Derecho; solo indica que los respectivos cauces de participación están directamente a su alcance y puede hacer uso

³² Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 23/2003.

³³ *“...como lo afirma la Carta Democrática Interamericana suscrita el 11 de septiembre de 2001 en Lima, capital de la República del Perú, el carácter participativo de la democracia en Venezuela en los diferentes ámbitos de la actividad pública tiende progresivamente a la consolidación de los valores democráticos y a la libertad y la solidaridad en los distintos niveles político-territoriales en que se distribuye el Poder Público a lo largo y ancho de la República, y por ello mismo, si bien la democracia representativa es la base del Estado de derecho y de los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, ésta se refuerza y profundiza únicamente con la participación y protagonismo permanente, ético y responsable de la ciudadanía”*; idem.

³⁴ Esta sentencia estuvo precedida y fue sucedida por decisiones en mayor o menor medida contrastantes con ella en la cuestión relativa a las relaciones entre la institucionalidad representativa y la participación directa. Serias críticas merece, en sus conclusiones y en sus fundamentos, la sentencia en la cual se sostuvo que lo dicho por el pueblo en un referendo consultivo u otros referendos no solamente tiene alcance decisorio sino es manifestación del *“poder constituyente”* (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1490/2000), criterio que implicaría la completa disolución de la normatividad constitucional. También es objetable la visión de la participación subyacente a las decisiones que estimaron compatible con los principios fundamentales de la Constitución la revisión constitucional para hacer posible la reelección indefinida o sucesiva (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1488/2006).

de ellos por sí mismo, en las condiciones constitucionales y legales, mientras que en el despliegue de la soberanía mediante el sufragio se eligen representantes, que tendrán en sus manos los correspondientes mecanismos de acción y toma de decisiones. En ambos casos la soberanía está sometida o domesticada por la normatividad constitucional. Por otra parte, el mandato constitucional de respetar la dignidad de la persona y el libre desenvolvimiento de su personalidad se opone a interpretaciones que la conviertan en simple instrumento de procesos estatales (arts. 3 y 20), lo cual resulta apuntalado por la garantía constitucional de los derechos inherentes al ser humano no enumerados y la apertura del orden constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (arts. 19, 22 y 23).

Quedan por supuesto problemas sin resolver en orden a la compatibilización de la representación con la participación directa y parece en todo caso inherente al diseño constitucional la existencia de choques entre ambas vertientes de la democracia plasmada constitucionalmente. Una tarea difícil es armonizar el Estado de Derecho y la representación democrática con los factores de disolución de la distinción entre Estado y sociedad presentes en la Constitución de 1999, pero esta diferenciación sigue teniendo sustento en la Constitución. Tal distinción, que no ha de confundirse con la rígida separación característica del orden político decimonónico, es imprescindible para garantizar las libertades y la autonomía sobre las que gravita el Estado de Derecho.

Hubiera sido interesante esbozar la evolución que ha tenido en la práctica la idea participativa de la Constitución de 1999, pero nos limitaremos a advertir que el esquema participativo de esa Constitución en rigor no ha sido implementado. La participación desde la comunidad libremente organizada fue sustituida o envilecida por cauces controlados políticamente desde el Ejecutivo Nacional, que han servido como canales de distribución clientelar de recursos, ello sin perjuicio de las experiencias positivas de participación y empoderamiento comunitario que pese a la manipulación oficial hayan tenido lugar. La mejor prueba de esta afirmación se encuentra en que la ley relativa a los medios de participación política previstos en el artículo 70 de la Constitución aún no ha sido aprobada. Esta debía ser, en un orden constitucional como el de 1999, una legislación prioritaria con miras a la consolidación de la democracia participativa, pero aún no ha sido sancionada. Después de muchos años de mora del legislador en la materia, y de algunas normativas parciales, se precipitó en diciembre de 2010 la avalancha legislativa sobre el Poder Popular y el Estado comunal, pese a lo cual muchos mecanismos enunciados en el artículo 70 siguen sin desarrollo legal. En particular, no ha sido dictada la ley sobre los referendos, que están bloqueados en la práctica, con aval del Tribunal Supremo de Justicia y del Consejo Nacional Electoral, cuando pretenden ser activados por iniciativa popular.

Algunas instancias de supuesta participación en el ámbito político y socioeconómico se encuentran reguladas en las leyes del poder popular, las cuales, sin embargo, al imponer el control estatal y el socialismo, responden a una lógica extraña a la de la Constitución, ya que esta reconoce al pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico, y parte de la

libre organización de la comunidad como base de la participación (arts. 2 y 62). A lo cual se suma el socavamiento de la institucionalidad federal y de la organización político territorial que supone el Estado comunal, así como el desconocimiento del papel que los estados y municipios deben jugar en la interacción de lo público con lo asociativo y comunitario (art. 184 de la Constitución). El texto del Proyecto de Reforma Constitucional del 2007 es una prueba de que, incluso para los principales promotores de la Constitución de 1999, el proyecto supuestamente participativo que en el 2007 querían impulsar no cabía, ni cabe, en esta Constitución.

Lo cierto es que, en virtud de la adopción del denominado Estado comunal³⁵, se ha establecido legalmente al socialismo como ideología vinculante y las estructuras del llamado poder popular han minado las facultades de las entidades político-territoriales previstas en la Constitución, todo en beneficio de la concentración de poderes en el Presidente de la República. La evolución de los últimos años ha conducido a que incluso la institucionalidad representativa nacional haya sido liquidada, como lo demuestra el desconocimiento de la Asamblea Nacional tras las elecciones de diciembre de 2015. Adicionalmente, en 2017 fue implantada una pretendida asamblea nacional constituyente, sin permitir que el pueblo decidiera sobre el ejercicio de su poder constituyente³⁶, lo cual implicó lanzar al mar los últimos vestigios de la participación y de la democracia contemplados en la Constitución, para seguir a flote y navegar en una dirección francamente autoritaria.

Restaría por considerar si la Constitución de 1999 es en su contenido contraria a la democracia, tal como fue conceptualizada en el apartado II. Hay ciertamente elementos normativos en la Constitución que propenden al desequilibrio entre los poderes, en favor del Presidente de la República: se ampliaron las atribuciones del Presidente, en temas como los ascensos militares a los altos rangos, al haberse eliminado la exigencia de aprobación parlamentaria; la fijación del número, la organización y las competencias de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, que ahora puede hacerse mediante decreto, dentro de los principios y lineamientos establecidos por una ley orgánica, y la emisión de decretos con fuerza de ley, que ya no están circunscritos a la materia económico-financiera, como señalaba la Constitución de 1961. Igualmente, se debilitó al Poder Legislativo, al suprimir el bicameralismo; se previó la facultad presidencial de disolver la Asamblea Nacional, bajo ciertas condiciones; se extendió el periodo presidencial a seis años y se introdujo la reelección presidencial inmediata, por una sola vez. El federalismo y la descentralización apenas avanzaron respecto de lo que se había logrado desde 1989, con la elección popular de Gobernadores y la transferencia de competencias del

³⁵ Para una crítica del Estado comunal, ver Brewer-Carías, Allan, *Sobre la democracia*, Caracas, EJV, 2019, pp. 205 y ss. Esta organización comunal se corresponde en teoría con uno de los modelos de democracia analizados por Held, basado en el pensamiento de Marx; Held, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

³⁶ Ver Brewer-Carías, Allan y García Soto, Carlos (Coord.), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*, Caracas/Bogotá, EJV/Temis, 2017.

poder nacional a los estados, y en algunos aspectos hubo modificaciones regresivas, como la remisión de la división político-territorial a una ley orgánica y la eliminación del bicameralismo. El concepto de seguridad de la Nación fue sobredimensionado y el replanteamiento del rol de las fuerzas armadas, que incluye su participación activa en el desarrollo nacional, representaba en su contexto un riesgo. La mayor presencia del Estado en la esfera económica y social implicaba también peligros, a los que han de sumarse los antes esbozados, al referirnos a la idea de la participación reflejada en la Constitución.

Sin embargo, la Constitución no recoge de modo homogéneo una tendencia a la concentración de poderes incompatible con la democracia. La disolución presidencial de la Asamblea Nacional quedó sujeta a requisitos de difícil cumplimiento, que la propia Asamblea Nacional puede administrar; se clarificaron las potestades parlamentarias de control e investigación; se exigió una mayoría calificada para la aprobación de las leyes de habilitación o de delegación; se fijó un periodo de cinco años para la Asamblea Nacional, distinto al periodo presidencial; se consagraron principios fundamentales de un Estado de Derecho, entre ellos la independencia judicial, y controles institucionales diversos; se reconoció un extenso elenco de derechos, así como una franca apertura de la Constitución al derecho y a la protección internacional de los derechos humanos, y se estableció una regulación estricta respecto de los estados de excepción. La propia legitimidad del sistema político quedó supeditada a la adhesión a los derechos humanos y a los principios democráticos.

Si bien hay serios problemas en el diseño constitucional, a los que ha de añadirse la introducción de la posibilidad de la reelección indefinida en el 2009, que favorecen la concentración de poderes, el continuismo y orientaciones estatistas, y deben ser corregidos, no parece que el texto constitucional de 1999 haya sobrepasado las fronteras de una Constitución de contenido democrático. La clave de la degeneración autoritaria característica de este ciclo político ha estado principalmente en la dinámica política y en la praxis institucional. El propio proceso constituyente de 1999 fue responsable del naufragio de la naciente Constitución, en virtud del régimen de transición del poder público aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente, que postergó la vigencia plena de la Constitución, interinato o paréntesis constitucional durante el cual fueron capturados políticamente los órganos de control, entre los que se ha destacado la Sala Constitucional, como protagonista en el desmantelamiento de la institucionalidad democrática prevista en la Constitución. El ejercicio del poder se fue haciendo cada vez más autoritario, a expensas de la Constitución y del Estado democrático de Derecho. Algunas disposiciones constitucionales facilitaron esta degeneración, pero esta no se hubiera producido, o al menos no merced a la Constitución, si los aspectos constitucionales de garantía de derechos y de control y limitación del poder público hubieran sido respetados. El Proyecto de Reforma Constitucional del 2007, que por negar el pluralismo político y por otras razones desbordaba los moldes democráticos, es nuevamente ilustrativo de lo que la llamada revolución bolivariana quería realmente lograr y de los límites

que para ello representaba la Constitución de 1999. El reconocimiento por el Consejo Nacional Electoral del resultado negativo del referendo era también indicativo del hilo democrático que, a pesar de todos los abusos cometidos inconstitucionalmente, aún no se había roto por completo.

Desde entonces el proceso de dismantelamiento de la institucionalidad democrática se ha profundizado significativamente³⁷. Ya con la actitud asumida por Hugo Chávez ante el rechazo popular de la propuesta de reforma constitucional de 2007, que consistió en seguir adelante por otros medios en la implementación de sus postulados, incluyendo la reiteración en el 2009 de su iniciativa para la modificación constitucional destinada a hacer posible nueva e indefinidamente su reelección en la Presidencia de la República, se había abierto una grieta en la estructura democrático-constitucional que se iría ensanchando progresivamente. Ello porque a partir de allí el gobierno se sintió facultado para determinar lo que era mejor para el pueblo, esto es, el socialismo del siglo XXI, sin que fuera decisivo lo que los propios electores pudieran considerar al respecto. De allí las críticas de Chávez al resultado del referendo de 2007³⁸, en el que parte importante del electorado chavista se abstuvo de votar; en el fondo el liderazgo chavista pensaba que su derrota había sido producto de mentiras propagadas por la oposición³⁹, que habían desviado al pueblo llano de lo que realmente le convenía. Cuando Chávez insiste en el 2009 en la modificación constitucional en materia de reelección, que esta vez fue aprobada, el proceso político se hizo aún más plebiscitario e implícitamente se constitucionalizó el personalismo político. El pueblo se habría equivocado en 2007 y su líder estaba dispuesto a hacerle entrar en razón. Esta disociación entre voluntad efectiva del electorado y la voluntad popular presunta o interpretada favorecerían años después, ya con Nicolás Maduro en el poder, la franca ruptura con la voluntad democrática y el empeño de mantenerse en el poder contra la voluntad de la mayoría.

Los procesos democráticos determinarán el destino de la Constitución de 1999 y el papel que pueda jugar en una transición a la democracia. Es, en todo caso, indispensable introducir reformas importantes, sin perjuicio de que esos mismos procesos conduzcan a una construcción de nueva planta.

³⁷ Sobre los cambios producidos en la actuación de la coalición gobernante desde el 2005 ver Corrales, Javier, "Why polarize? Advantages and disadvantages of a rational-choice analysis of government-opposition relations under Hugo Chávez", en Ponniah, T/Eastwood, J. (eds.), *The Revolution in Venezuela. Social and Political Change under Chávez*, Cambridge, MA, David Rockefeller Center for Latin American Studies, pp. 70 y ss.

³⁸ Ver <https://www.elmundo.es/elmundo/2007/12/06/internacional/1196897757.html>

³⁹ Ver la explicación de Eric Toussaint, *Transformar el fracaso del 2 de diciembre de 2007 en una potente palanca para impulsar el proceso en curso en la Venezuela de Hugo Chávez*, en <https://www.cadtm.org/Transformar-el-fracaso-del-2-de>

3. El derecho a vivir en democracia

3.1. La imbricación conceptual entre democracia y derechos humanos

Se ha trabado un nexo inescindible entre la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho. Hoy no es posible entender la forma de gobierno democrática si esta no comprende la garantía de las libertades fundamentales de la persona, mediante los mecanismos y principios del Estado de Derecho, aunque los orígenes filosófico-políticos e históricos de estos conceptos sean distintos. No es este el lugar apropiado para explicar la génesis y formación de cada uno⁴⁰; basta con apuntar que son muchos los puntos de apoyo para esta imbricación. Con razón se ha afirmado que “*La autodeterminación del pueblo depende de la autodeterminación de los integrantes del pueblo*”⁴¹. En otras palabras, la autonomía política no puede alcanzarse sin autonomía individual.

Una conexión profunda entre la democracia y los derechos humanos existe cuando se entiende que la legitimación del poder estatal tiene una doble fuente: la idea democrática de la libertad y la idea de las libertades inherentes a la persona⁴². La primera se traduce en la autodeterminación política, en la negación de la obediencia a un poder estatal que no surja de la voluntad de los ciudadanos. La segunda se proyecta hacia los fines de la asociación política y los límites del poder público, pues bajo estos postulados la razón de ser del Estado es la garantía de las libertades básicas, las cuales marcan las fronteras del ejercicio lícito del gobierno. Ambas fuentes de legitimación convergen en algunas de las tesis contractualistas sobre el fundamento de la autoridad estatal, pues con base en una libertad natural u originaria se erigen, por decisión de los asociados, los lazos societarios y estatales⁴³. Esa relación es igualmente estrecha cuando se entiende que los derechos fundamentales de la persona son precondiciones para el proceso democrático.

3.2. La promoción o la defensa internacional de la democracia y la protección internacional de los derechos humanos

El Derecho Internacional ha puesto de relieve el vínculo entre la democracia y los derechos humanos. Las más sólidas contribuciones provienen de sistemas regionales de protección de los derechos humanos, en particular del sistema interamericano y del sistema europeo de derechos humanos,

⁴⁰ Ver, entre otros, Sartori, *¿Qué es...?*, op. cit., pp. 235 y ss.; Bobbio, N., *Liberalismo y democracia*, México, FCE, 2018, pp. 7 y ss.; Gomes Canotilho, J., op. cit., pp. 348 y ss.

⁴¹ Starck, C., “Grundrechtliche...”, op. cit., p. 5.

⁴² *Ibíd.*, pp. 4 y ss.

⁴³ Sobre la doble vertiente, individual y colectiva, de la autodeterminación como fuente de legitimación del poder público ver Möllers, C., *Die drei Gewalten*, Weilerswist, Velbrück Wissenschaft, 2008, pp. 57 y ss.

pero hay también organizaciones internacionales del ámbito universal o regional que han brindado aportes en esta materia. En este sentido, la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) incluye a la promoción y consolidación de la democracia representativa dentro de los propósitos esenciales de la organización (art. 2.b) y a su efectivo ejercicio dentro de los principios reafirmados por los Estados americanos (art. 3.d), prevé medidas de defensa colectiva de la democracia (art. 9) y alude a la democracia, generalmente calificada de representativa, en otras disposiciones. En la misma dirección apunta el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) hacen explícita en sus respectivos preámbulos la adhesión a la democracia, que está además presente en algunas de sus disposiciones. Por su parte, en el Consejo de Europa el Convenio Europeo de Derechos Humanos considera al régimen democrático como una condición para la preservación de las libertades fundamentales de la persona. A su vez el Consejo de Europa, dentro del cual aquel fue adoptado, tiene como fin principal realizar una unión más estrecha entre sus miembros, basada en un patrimonio común integrado por los derechos humanos, la preeminencia del Derecho y la democracia (Preámbulo y artículo 1.a del Estatuto del Consejo de Europa). En estos sistemas regionales se parte de un concepto relativamente homogéneo y en este sentido denso de la democracia. Ha de tenerse en cuenta, además, la actuación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de instancias del sistema universal de protección de derechos humanos. Conviene esbozar los términos de esta relación entre la democracia y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas, y en la OEA y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

3.2.1. En el marco de la ONU

En las Naciones Unidas la aproximación entre la democracia y los derechos humanos ha sido más lenta y de menor intensidad que la de los sistemas regionales señalados, porque no hay en la Carta de la ONU una mención a la democracia ni un compromiso explícito con su promoción⁴⁴. Se alude al principio de la “libre determinación de los pueblos” (art. 1.2 y 55), en el entendido de que corresponde a cada uno decidir sobre su condición o forma política. Pero los derechos humanos sí están reconocidos entre los propósitos de la Organización y en los cometidos de algunas de las instancias que la componen. De allí que prontamente la ONU se abocara a preparar una declaración sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales, que terminaría siendo la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948. Hoy es enorme la actividad que despliegan órganos o cuerpos diversos de las Naciones Unidas para la promoción o defensa de los derechos humanos, como también son muchos los tratados u otros instrumen-

⁴⁴ Gros Espiell, Héctor, “Naciones Unidas, derechos humanos y democracia internacional”, *Revista de la Facultad De Derecho*, (7), p. 108.

tos internacionales que, al amparo de esa Organización, han sido adoptados en materia de derechos humanos y que en ocasiones contemplan sus propias instancias y mecanismos de protección. Esta protección internacional de los derechos humanos ha repercutido en la promoción de la democracia. Los derechos humanos, junto al propósito del mantenimiento de la paz, han sido uno de los principales cimientos sobre los cuales las Naciones Unidas han impulsado el extenso elenco de programas, misiones, declaraciones y otras medidas dirigidas a la promoción de la democracia, incluyendo la asistencia en asuntos electorales⁴⁵.

En lo que respecta a la relación entre democracia y derechos humanos, esta quedó tempranamente prefigurada en algunos instrumentos, a lo que se suman desarrollos normativos e iniciativas institucionales posteriores. No es objeto de este trabajo detallar esa evolución, pero conviene comentar algunos de los pasos que han sido dados en esta dirección. La Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere solo en uno de sus artículos a la “sociedad democrática” (art. 29.2), en el contexto de las limitaciones que pueden ser establecidas mediante ley sobre los derechos humanos. En esta misma temática la sociedad democrática es mencionada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Ambos Pactos proclaman en su artículo 1 el derecho a la libre determinación o autodeterminación de los pueblos, que se corresponde con la adopción de un sistema democrático, pero en principio no lo impone, al menos no en la concepción original sobre aquel derecho⁴⁶. El Comité de Derechos Humanos contemplado en el PIDCP y en su Primer Protocolo Facultativo ha emitido dictámenes y observaciones que ponen especialmente de relieve la relación con la democracia de algunos de los derechos proclamados en dicho Pacto⁴⁷. Al mismo tiempo, tanto la Declaración Universal como el primero de los Pactos citados garantizan los derechos políticos, y otros derechos medulares para la democracia. Esta Declaración es enfática al proclamar que: “*La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto*” (art. 21.3), lo cual representa una sólida atadura entre la democracia y los derechos humanos.

En diversas esferas de acción de las Naciones Unidas ha habido un reconocimiento de la relación estrecha entre los derechos humanos y la de-

⁴⁵ Naciones Unidas, “Democracia”, en <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/democracy/index.html>

⁴⁶ Ver Wolfrum, Rüdiger, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Volume IX*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 117, párr. 17. Sin embargo, se han hecho algunas matizaciones, como se puede ver en *ibíd.*, p. 125, párr. 47.

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos, *Observación general N° 37 al artículo 21 (Derecho de asamblea pacífica)*, CCPR/C/GC/37, 23-07-2020, en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f37&Lang=en. Ver también *Observación general No. 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión*, CCPR/C/GC/34, 12-09-2011, párr. 2.

mocracia⁴⁸, de lo cual aquí solo se destacarán algunos hitos significativos. En una primera fase este lazo se estableció con base en las labores de asistencia electoral, en contextos diversos, lo cual encontraría plasmación en la Resolución de la Asamblea General 46/137 de 17-12-1991, sobre *Fortalecimiento de la eficacia del principio de la celebración de elecciones auténticas y periódicas* y en muchas resoluciones posteriores. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, de 1993⁴⁹, se proclamó la interdependencia entre la democracia, el desarrollo y los derechos humanos: *“La democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente”*⁵⁰. En 1996 el Secretario General de las Naciones Unidas presentó a la Asamblea General una *Agenda para la Democratización*⁵¹, que señalaba orientaciones para la intensificación de los esfuerzos democratizadores a nivel no solo nacional sino también global y en el seno de las propias organizaciones internacionales; ponía además de manifiesto la conexión entre la paz, el desarrollo, la democracia y los derechos humanos. En particular, se inscribió la promoción de la democracia y de los derechos humanos dentro del mandato de la Organización de procurar la paz internacional⁵². En la Cumbre de las Naciones Unidas sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio, del año 2000, la comunidad internacional reafirmó sus compromisos en el ámbito de los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia⁵³, lo cual se reiteraría en la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas de 2005 al establecer que los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia se encuentran entre los valores y principios fundamentales, universales e indivisibles de la Organización⁵⁴. En esta última Cumbre se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la Democracia⁵⁵, que *“apoya proyectos que tienen por objetivo fortalecer la voz de la sociedad civil, promover el estado de derecho y los derechos humanos y alentar la participación de todos los grupos en los procesos democráticos”*⁵⁶.

⁴⁸ Ver Naciones Unidas, IDEA Internacional, “Democracia y derechos humanos: el rol de las Naciones Unidas”, septiembre de 2013, p. 13, en <https://www.idea.int/publications/catalogue/democracy-and-human-rights-role-united-nations?lang=es>

⁴⁹ Conferencia Mundial de Derechos Humanos 1993, en https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 8.

⁵¹ En https://www.un.org/fr/events/democracyday/assets/pdf/An_agenda_for_democratization.pdf

⁵² *Ídem.*

⁵³ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 55/2 Declaración del Milenio*, A/RES/55/2; 13-09-2000, en <https://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>

⁵⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 60/1 2005 World Summit Outcome*, A/RES/60/1, 24-10-2005, párr. 119, en https://www.un.org/democracyfund/sites/www.un.org.democracyfund/files/general_assembly_world_summit_outcome_2005.pdf

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 135-137.

⁵⁶ Ver más en <https://www.un.org/ruleoflaw/es/un-and-the-rule-of-law/united-nations-democracy-fund/>

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas estaba recorriendo también esa ruta. En 1999 adoptó la Resolución sobre la *Promoción del derecho a la democracia*, la cual declaraba que “*la democracia promueve la plena realización de los derechos humanos, y viceversa*”⁵⁷. También enunciaba los derechos propios de la gobernanza democrática⁵⁸. En 2000 dicha Comisión emitió la Resolución 2000/47, sobre *La promoción y consolidación de la democracia*⁵⁹ y en 2002 dictó la Resolución 2002/46, sobre *Nuevas medidas para promover y consolidar la democracia*, en la que se reforzaron algunas de las ideas ya plasmadas en la *Declaración y Programa de Acción de Viena*⁶⁰. Esta Resolución reviste una gran importancia, pues declara qué elementos son esenciales para la democracia, como el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, las libertades de asociación, expresión y opinión, la celebración de elecciones periódicas, entre otros⁶¹.

Más tarde, en su “Nota de orientación del Secretario General sobre la democracia” de 2009, el Secretario General de las Naciones Unidas indicó que la democracia necesita “*instituciones de gobierno fuertes, transparentes, sujetas a rendición de cuentas y basadas en el Estado de derecho, en particular, un poder ejecutivo que rinda cuentas, un poder legislativo eficaz y un poder judicial independiente e imparcial*”, y además requiere “*una administración pública eficaz e incluyente y una sociedad civil y una población informadas, empoderadas y políticamente activas*”⁶². Otra nota de orientación del mismo año, esta vez sobre la asistencia de las Naciones Unidas a los procesos de elaboración de Constituciones, establece que tales procesos pueden significar para los pueblos una forma de experimentar los elementos básicos de la gobernabilidad democrática⁶³.

La Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas han dictado además sucesivas Resoluciones sobre la *Promoción de un orden internacional democrático y equitativo*, las cuales invocan, entre otros fundamentos, el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y declaran que “*toda persona tiene derecho a un orden internacional democrático y equitativo*”, lo cual comprende el “*derecho a la participación equitativa de todos, sin discriminación alguna, en el proceso de adopción de decisiones a nivel nacional y mundial*”⁶⁴. Ello ha conducido a la designación, en 2011, de un *Experto Independiente sobre la promoción de un orden*

⁵⁷ Doc. E/CN.4/RES/1999/57, 27-04-1999, en <https://www.refworld.org/docid/3b00f02e8.html>

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ En http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2000-47.doc

⁶⁰ En http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2002-46.doc

⁶¹ *Ibid.*, párr. 1.

⁶² En https://www.un.org/sites/www.un.org/files/sg_guidance_note.pdf

⁶³ En https://www.un.org/ruleoflaw/files/Guidance_Note_United_Nations_Assistance_to_Constitution-making_Processes_FINAL.pdf

⁶⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 64/157* del 18-12-2009, en https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/157&Lang=S

internacional democrático y equitativo, cuyo mandato ha sido prorrogado hasta el presente⁶⁵.

Igualmente, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en colaboración con el Departamento de Asuntos Políticos y el Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), organizó en 2011 una “Mesa Redonda sobre Democracia y Derechos Humanos”⁶⁶. Durante este evento, expertos discutieron sobre temas como los derechos humanos, las funciones y la repercusión de las Naciones Unidas y organizaciones regionales en la promoción de un “*enfoque de gobernanza basado en los derechos*”, y la creación de una gobernanza democrática y sostenible con base en el Estado de Derecho⁶⁷. El Consejo de Derechos Humanos aprobó, en 2012, la Resolución No. 19/36 sobre *Derechos humanos, democracia y Estado de derecho*⁶⁸, que destacaba nuevamente los elementos fundamentales de la democracia y exhortaba a los Estados a mantener sus esfuerzos por fortalecer el Estado de Derecho y promover la democracia. Además, alentaba a distintas instancias de las Naciones Unidas a desempeñar sus tareas con arreglo a los principios allí contemplados y solicitaba a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos elaborar un estudio sobre los “*problemas comunes a que se enfrentan los Estados en sus esfuerzos por garantizar la democracia y el estado de derecho desde una perspectiva de derechos humanos*”, en consulta con los Estados y otras entidades, así como con las organizaciones nacionales de derechos humanos y la sociedad civil. Se acordó también celebrar una mesa redonda sobre estos temas. En cumplimiento de este encargo, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos presentó, en diciembre de 2012, el “Estudio sobre los problemas comunes a que se enfrentan los Estados en sus esfuerzos por garantizar la democracia y el Estado de derecho desde una perspectiva de derechos humanos”, en el que se esboza un concepto de democracia basado en el respeto de los derechos humanos, el Estado de Derecho y la rendición de cuentas⁶⁹; se abor-

⁶⁵ Naciones Unidas, *Mandato del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo*, en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/IntOrder/Pages/mandate.aspx>

⁶⁶ Naciones Unidas, IDEA Internacional, “Democracia...”, *op. cit.*

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Doc. A/HRC/RES/19/36, 19-04-2012, en <https://daccess-ods.un.org/TMP/9145941.73431396.html>

⁶⁹ El estudio se apoya en la Resolución 19/36 del Consejo de Derechos Humanos, en la que se afirmó que: “*la democracia implica el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre otros la libertad de asociación y de reunión pacífica, la libertad de expresión y de opinión, la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de creencias, el derecho en todas partes al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, a votar en un sistema pluralista de partidos y organizaciones políticas y a ser elegido en elecciones periódicas, auténticas, libres y limpias realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, así como el respeto del estado de derecho, la separación de poderes, la independencia del poder judicial, la transparencia y la rendición de cuentas en la administración pública y los procesos de adopción de decisiones y la existencia de medios de difusión libres, independientes y pluralistas*”.

dan los problemas que enfrenta la democracia en el mundo y los procesos de transición a la democracia; se recogen buenas prácticas y se formulan recomendaciones a los Estados⁷⁰. El estudio reafirma la *"interdependencia de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho"* y se hace eco del *"reconocimiento casi universal de que el sistema democrático de gobierno es el mejor modelo para garantizar un marco de libertades"*⁷¹. Se admite que los mecanismos para hacer efectiva la democracia *"pueden revestir muchas formas, de acuerdo con las características y circunstancias de las sociedades"*, pero sobre la base de la universalidad de sus principios fundamentales⁷².

Lo anterior condujo a la creación de un Foro sobre los Derechos Humanos, la Democracia y el Estado de Derecho, como *"plataforma para promover el diálogo y la cooperación sobre cuestiones concernientes a la relación entre estos ámbitos"*⁷³, que ha tenido sucesivos periodos de sesiones, con participación de los Estados, de instancias de las Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales, instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales, expertos y otros sectores sociales. A los aportes de este Foro⁷⁴ se suman resoluciones posteriores del Consejo e iniciativas de diversos mecanismos, órganos y organismos especializados, fondos y programas de las Naciones Unidas. En este proceso ha cobrado importancia la buena gobernanza o la gobernanza democrática⁷⁵. Siguen siendo significativas, además, las tareas de promoción de elecciones auténticas y periódicas y de la democratización, las cuales parten del reconocimiento de la democracia como *"valor universal"* que entronca con la libre determinación de los pueblos, sin perjuicio de la salvedad de que *"no existe un modelo único de democracia"*⁷⁶. Otro campo de actividades se refiere al trabajo de los defensores de derechos humanos, el cual ha sido enlazado con la *"protección de la democracia, la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales y la contribución al fomento y progreso de las*

⁷⁰ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Estudio sobre los problemas comunes a que se enfrentan los Estados en sus esfuerzos por garantizar la democracia y el estado de derecho desde una perspectiva de derechos humanos, *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/22/29, 17-12-2012*, en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-29_spanish.pdf

⁷¹ *Ibíd.*, párr. 13, 17 y ss.

⁷² *Ibíd.*, párr. 14.

⁷³ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Resolución 28/14, Derechos Humanos, la democracia y el Estado de Derecho, A/HRC/RES/28/14, 09-04-2015*, en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/073/82/PDF/G1507382.pdf?OpenElement>

⁷⁴ Naciones Unidas, *Foro de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos, la Democracia y el Estado de Derecho*, Ginebra, 21 y 22-11-2016, en <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Democracy/Pages/Session1.aspx>

⁷⁵ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *A/HRC/22/29, op. cit.*, párr. 39 y ss.

⁷⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 72/164 Fortalecimiento de la función de las Naciones Unidas para mejorar las elecciones periódicas y auténticas y la promoción de la democratización, A/RES/72/164; 25-01-2018*, en <https://undocs.org/es/A/RES/72/164>.

*sociedades, instituciones y procesos democráticos*⁷⁷. En igual sentido se ha pronunciado la Corte IDH, al establecer que *"la prevalencia de los derechos humanos en un Estado democrático, se sustenta en gran medida, en el respeto y la libertad que se brinda a las personas defensoras de derechos humanos en sus labores"*⁷⁸.

3.2.2. En la OEA y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

En el ámbito interamericano la conexión entre democracia y derechos humanos es clara, porque la OEA nació con un compromiso democrático⁷⁹, en la Carta de Bogotá de 1948, lo cual estuvo precedido de importantes antecedentes⁸⁰. Ese compromiso democrático se ha reforzado en virtud de las reformas introducidas en la Carta mediante sucesivos Protocolos. Ya en 1948 se estableció que el régimen democrático debía fundarse *"en el respeto de los derechos esenciales del hombre"* (Preámbulo), se mencionó a los derechos fundamentales de la persona entre los principios de la Organización (art. 5.j) y se subrayó que el libre desenvolvimiento de los Estados en el campo político tiene como límites *"los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal"* (art. 13). Además, en la misma Conferencia de Bogotá, que fue la IX Conferencia Internacional Americana, fue aprobada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como otros instrumentos relevantes. No sería pertinente ahondar aquí en la evolución de lo que ha sido calificado como la interdependencia entre los derechos humanos y la democracia en este sistema. Bastará con señalar algunos ejemplos de ese nexo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y con aludir a la contribución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), sin perjuicio de los aportes provenientes de las instancias de la OEA que han avanzado específicamente en la promoción de la democracia y, al hacerlo, han puesto de relieve el respeto de los derechos humanos como condición para la democracia.

La Corte IDH ha sido rotunda al establecer, como doctrina reiterada, que la *"democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la*

⁷⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución 53/144. Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, A/RES/53/144, 08-03-1999, en https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declaration_sp.pdf

⁷⁸ Corte IDH, *Resolución del Presidente de la Corte, Asunto de diecisiete personas privadas de libertad de libertad respecto de Nicaragua*, 21-05-2019, párr. 33, en https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/diecisiete_personas_se_01.pdf

⁷⁹ Preámbulo y artículo 5.d de la Carta de la OEA de 1948.

⁸⁰ En relación con los antecedentes y otros aspectos de los primeros lazos entre la democracia y los derechos humanos en el sistema interamericano ver Gros Espiell, H., "La Democracia en el sistema interamericano", en *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, N° 69-71, 1997/1998, pp. 595 y ss.; Morales Antoniazzi, op. cit., pp. 155 y ss.

*Convención forma parte*⁸¹ y que en *“una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”*⁸².

A lo largo de su jurisprudencia la Corte ha enlazado la noción de sociedad democrática con los derechos humanos, a partir de las propias disposiciones de la CADH. Su artículo 32.2 erige a la sociedad democrática en parámetro para evaluar la licitud de las restricciones establecidas sobre los derechos allí reconocidos, como lo hacen también normas de la Convención que consagran derechos específicos, al referirse a la posibilidad de su limitación (arts. 15, 16 y 22). La sociedad democrática a que alude el artículo 32.2 se traduce también en canon o criterio hermenéutico que ha de tenerse en cuenta para interpretar las categorías empleadas al prever los fines de las restricciones impuestas sobre tales derechos. Así, las nociones de orden o de seguridad pública, e incluso la de bien común, por ejemplo, adquieren un cariz particular cuando son insertadas en el contexto democrático. Además, *“las justas exigencias de la democracia”* impactan de manera general en el examen de la licitud material de las pretendidas limitaciones a los derechos, aun respecto de aquellos consagrados en preceptos que no mencionan expresamente a la sociedad democrática⁸³. La sociedad democrática se ha perfilado como un canon o principio interpretativo general respecto de la Convención. Este concepto, junto al artículo 29.c de la Convención, que deja a salvo los derechos que sean inherentes al ser humano o que se deriven *“de la forma democrática representativa de gobierno”*, son fundamentales para interpretar la CADH.

Por tanto, los derechos son considerados inescindibles de la democracia o, en otras palabras, la democracia se sustenta en el respeto de estos derechos. Esta es una línea de pensamiento que atraviesa la jurisprudencia de la Corte y que se hace especialmente visible en la esfera de la libertad de expresión, los derechos de asociación y de reunión y los derechos políticos⁸⁴, pero que se manifiesta también en la proyección de los derechos humanos en la esfera de la autonomía individual como condición para la autonomía política. En tal sentido, la democracia ha sido aducida para apalancar la cristalización jurisprudencial del derecho a la identidad con carácter autó-

⁸¹ Opinión consultiva OC-6/86, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, serie A, n° 6, 09-05-1986, párr. 34.

⁸² Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie A n° 9, 06-10-1987, párr. 35.

⁸³ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-5/85, La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie A N° 5, 13-11-1985, párr. 44: *“Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”*.

⁸⁴ Corte IDH, *caso Herrera Ulloa v. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 02-07-2004, serie C N° 107, párr. 116, y *caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia del 22-06-2015, serie C N° 293, párr. 140.

nomo, ya que este constituye “un medio para el ejercicio de derechos en una sociedad democrática, comprometida con el ejercicio efectivo de la ciudadanía y los valores de la democracia representativa, facilitando así la inclusión social, la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades”⁸⁵. Asimismo, el derecho al debido proceso y en general las garantías judiciales y el derecho al recurso efectivo han sido aquilatados desde la perspectiva de su significación en una sociedad democrática⁸⁶. La Corte ha subrayado igualmente que los derechos humanos imponen límites a la voluntad de las mayorías⁸⁷. Por otro lado, la democracia es el entorno institucional en el que los derechos pueden alcanzar plena vigencia. La Comisión IDH ha llevado a cabo también varias iniciativas o programas y ha emitido informes, declaraciones o pronunciamientos que ponen de relieve la imbricación entre los derechos humanos y la democracia⁸⁸. Una de esas áreas de trabajo versa sobre la actuación de los defensores de derechos humanos, cuya labor ha considerado “fundamental para la implementación universal de estos derechos, así como también para la existencia plena de la democracia y el Estado de derecho”⁸⁹.

El compromiso de la OEA con la democracia, como se dijo, era desde el inicio inescindible de los derechos humanos, a tenor de la Carta de Bogotá. Uno de los progresos en el reconocimiento de la interdependencia entre democracia y derechos humanos tuvo lugar en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Chile en 1959, en la cual se aprobó la *Declaración de Santiago de Chile*, que enunció “algunos principios y atributos del sistema democrático en este Hemisferio”, con reiteración de los derechos fundamentales de la persona como pilares del sistema democrático, entre los cuales se hizo énfasis en la libertad de expresión e información, con alusión rotunda al Estado de Derecho y sus elementos medulares como componentes de la democracia⁹⁰. Esta Declaración fue

⁸⁵ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-24/17, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, 24-11-2017, serie A N° 94, párr. 99.

⁸⁶ Corte IDH, *caso Fermín Ramírez v. Guatemala*, serie C N° 126, 20-06-2005, párr. 78 y ss.

⁸⁷ “...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’”. Ver Corte IDH, *caso Gelman vs. Uruguay*, serie C N° 221, 24-02-2011, párr. 239.

⁸⁸ Comisión IDH, “CIDH ratifica su compromiso con la defensa y promoción de los derechos humanos y la democracia”, 17-09-2019, en <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/231.asp> Ver, por ejemplo, el informe de la Comisión: *Democracia y derechos humanos en Venezuela*, 30-12-2009, en <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm> Ver también Cantón Santiago, “La experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos políticos y democracia”, en *Revista IIDH*, Vol. 42, 2005, pp. 87 y ss.

⁸⁹ Comisión IDH, *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124, 07-03-2006, párr. 1, en <https://www.cidh.oas.org/countryrep/Defensores/defensorescap1-4.htm>

⁹⁰ Entre los “principios y atributos del sistema democrático” se mencionaban los siguientes: “1. El principio del imperio de la ley debe ser asegurado mediante la independencia de los poderes y la fiscalización de la legalidad de los actos del gobierno por órganos jurisdiccionales

dictada “interpretando el anhelo de los pueblos americanos de vivir al amparo de instituciones democráticas, ajenas a toda intervención y a toda influencia de carácter totalitario”⁹¹.

En dicha Reunión de Consulta se resolvió encomendar al Consejo Interamericano de Jurisconsultos el estudio “de la posible relación jurídica entre el respeto de los derechos humanos y el efectivo ejercicio de la democracia representativa y la facultad de poner en marcha los mecanismos del Derecho Internacional Americano vigente”. La respuesta a la primera cuestión ya estaba dada por la Carta de la OEA, que al enunciar sus principios requería de los Estados americanos “la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa” y que, como vimos, ya entonces incluía a los derechos humanos entre tales principios, así como en el Preámbulo. Pero en el contexto histórico de la Declaración de Santiago de Chile era importante reafirmarlo y profundizar esa conexión, como también abordar el segundo punto de la consulta. Al cumplir su encargo, el mismo año, se concluyó que “En realidad la relación entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio efectivo de la democracia, no sólo es posible sino evidente. Un régimen democrático debe necesariamente basarse en ciertos derechos y libertades esenciales”, a los cuales se alude en el estudio⁹². Dejando de lado otros aspectos de esa Reunión de Consulta y del estudio del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, interesa subrayar que uno de los temas tratados fue la necesidad de adoptar una convención so-

del Estado. 2. Los gobiernos de las Repúblicas Americanas deben surgir de elecciones libres. 3. La perpetuación en el poder, o el ejercicio de éste sin plazo determinado y con manifiesto propósito de perpetuación, son incompatibles con el ejercicio de la democracia. 4. Los gobiernos de los Estados Americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. 5. Los derechos humanos incorporados en la legislación de los Estados Americanos deben ser protegidos por medios judiciales eficaces. 6. El uso sistemático de la proscripción política es contrario al orden democrático americano. 7. La libertad de prensa, de la radio y la televisión, y en general la libertad de información y expresión son condiciones esenciales para la existencia de un régimen democrático. 8. Los Estados Americanos, con el fin de fortalecer las instituciones democráticas, deben cooperar entre sí en la medida de sus recursos y dentro de los términos de sus leyes para consolidar y desarrollar su estructura económica, y con el fin de conseguir justas y humanas condiciones de vida para sus pueblos”. Organización de los Estados Americanos, Acta final de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, 18-08-1959, p. 5, en <http://www.oas.org/es/CIDH/mandato/Basicos/Acta-final-Quinta-reunion-Chile-1959.pdf>

⁹¹ *Ibíd.*, p. 4.

⁹² “El primero de ellos la facultad del pueblo para escoger sus mandatarios en elecciones libres. Luego la libertad de pensamiento y de expresión que se manifiesta mediante la libertad de prensa, de la radio y de la televisión y la libertad de información; la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia; la libertad de asociación; la libertad de reunión; el derecho a no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes y no por tribunales ad-hoc; el derecho a no ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios y a no ser torturado; el habeas corpus; la libertad de conciencia y de religión; la igualdad ante la ley; y los demás que en las constituciones americanas se llaman derechos individuales y garantías sociales”. Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Estudio sobre la Relación Jurídica entre el Respeto de los Derechos Humanos y el Ejercicio de la Democracia. Preparado de Conformidad con la Resolución III de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y la Resolución XXI de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Washington, D. C., Unión Panamericana, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1960, párr. 3.

bre derechos humanos y de establecer, mediante otra convención, una Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros órganos de protección, para consolidar la garantía jurídica de los mismos. En esa Reunión de Consulta se aprobó además, mediante resolución, la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, por otra parte, se recomendó la preparación de un proyecto de convención sobre el ejercicio efectivo de la democracia representativa⁹³.

De esta forma estaban enlazados los objetivos de promoción y defensa de la democracia con los de asegurar la protección jurídico-internacional de los derechos humanos. Los primeros fueron ralentizados por factores diversos, mientras que los segundos hallaron pronta concreción, mediante el establecimiento formal y funcionamiento de la Comisión IDH y la progresiva consolidación, incluso convencional, del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Con un conjunto de antecedentes relevantes, se adoptaría la CADH, que reforzó la protección internacional de estos derechos y afianzó el vínculo existente entre estos y la democracia, lo cual se reflejaría luego en otras convenciones interamericanas sobre derechos humanos.

El compromiso de la OEA con la democracia siguió también su curso, dando lugar a declaraciones y actuaciones relevantes. Se robusteció con las reformas introducidas mediante el Protocolo de Cartagena de Indias (1985)⁹⁴, que incorporó a la promoción y consolidación de la democracia representativa entre los propósitos de la Organización, sin perjuicio del principio de no intervención, y el Protocolo de Washington (1992)⁹⁵, que introdujo un mecanismo de acción colectiva y de posible sanción en defensa de la democracia. Ello estuvo precedido, en 1991, por la declaración de la Asamblea General de la OEA sobre el *Compromiso de Santiago con la Democracia y la Renovación del Sistema Interamericano*⁹⁶, que acentuaba el lazo indisoluble que se ha puesto de relieve, y por la Resolución 1080⁹⁷, que estableció un procedimiento de respuesta colectiva para la salvaguarda de la democracia, anticipando lo que previó el Protocolo de Washington y la posterior adopción de la CDI (2001). Desde 1994 se han celebrado las Cumbres de las Américas, que allanaron igualmente el camino a la CDI y han abordado otros temas de la agenda democrática. A lo largo de este proceso, la OEA ha con-

⁹³ *Ibíd.*, párr. 3 y ss.; Organización de los Estados Americanos, *Acta final de la Quinta...*, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

⁹⁴ OEA, *Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Protocolo de Cartagena de Indias)*, A/50, 05-12-1985, en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-50_Protocolo_de_Cartagena_de_Indias.htm

⁹⁵ OEA, *Protocolo de reforma a la Carta de la OEA (Protocolo de Washington)*, 14-12-1992, en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-56_Protocolo_de_Washington.htm

⁹⁶ OEA, *Compromiso de Santiago con la Democracia y la Renovación del Sistema Interamericano*, 04-06-1991, en <https://biblioteca.iidh-jurisprudencia.ac.cr/index.php/documentos-en-espanol/legislacion-internacional/sistema-interamericano/instrumentos-declarativos/2115-compromiso-de-santiago-con-la-democracia-y-la-renovacion-del-sistema-interamericano-santiago-1991/file>

⁹⁷ OEA, *Resolución 1080 (XXI-O/91)*, 05-06-1991, en <https://www.oas.org/juridico/spanish/res-1080.htm>

tribuido con la promoción de la democracia en la región, por ejemplo, con la creación de la Unidad para la Promoción de la Democracia en 1990⁹⁸, más tarde en 2006 de la Secretaría de Asuntos Públicos (SAP) y, dentro de la misma, del Departamento para la Cooperación y Observación Electoral⁹⁹, y, en 2015, con la creación de la Secretaría de Fortalecimiento de la Democracia, que sustituyó a la SAP y comprende el anterior Departamento, así como el Departamento de Sustentabilidad Democrática y Misiones Especiales.

La CDI reforzó la vinculación entre esas dos corrientes que venían gestándose incluso antes de la IX Conferencia Internacional Americana, la de la democracia y la de los derechos humanos. Al respecto, los aspectos más relevantes de la CDI radican en que explicitó los elementos esenciales de la democracia representativa:

...el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos (art. 3).

No puede haber democracia en el ámbito interamericano sin respeto a los derechos humanos. El Estado de Derecho, por su parte, es una garantía tanto de la democracia como de los derechos humanos. La ausencia de alguno de estos elementos implicaría la inexistencia de una democracia¹⁰⁰. Además, la CDI enuncia los componentes fundamentales del ejercicio de la democracia, que abarcan la transparencia, probidad y responsabilidad en la gestión pública y el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa (art. 4). Otra contribución digna de mención es que la CDI aborda la significación de la participación de la ciudadanía en la democracia representativa (arts. 2 y 6), así como las interrelaciones entre la democracia y los derechos humanos (arts. 7 y ss.) y entre esta y el desarrollo integral y el combate a la pobreza (arts. 11 y ss.). La CDI establece además un procedimiento de defensa colectiva de la democracia (art. 19 y ss.) y se refiere a las misiones de observación electoral (arts. 23 y ss.) y a la cultura democrática (arts. 26 y ss.)¹⁰¹.

⁹⁸ Secretario General de las Naciones Unidas, *Orden Ejecutiva 90-3*, 15-10-1990, en <http://www.oas.org/legal/spanish/gensec/EX-OR-90-3s.htm>

⁹⁹ Ver al respecto Saltalamacchia, Natalia y Urzúa, María José, *Los derechos humanos y la democracia en el sistema interamericano, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática 37*, México, Instituto Nacional Electoral, 2019, p. 39. Además, ver información sobre el mencionado Departamento en <https://www.oas.org/es/sap/deco/cooperacion.asp>

¹⁰⁰ Como ha sostenido Asdrúbal Aguiar, "...en su defecto, la democracia deja de ser lo que es ipso iure". Aguiar, Asdrúbal, *El derecho a la Democracia*, Caracas, EJV, 2008, p. 57.

¹⁰¹ Ver Nikken, Pedro, "Análisis de las definiciones conceptuales básicas para la aplicación de los mecanismos de defensa colectiva de la democracia previstos en la Carta Democrática Interamericana", en *Revista IIDH*, Vol. 43., 2006, pp. 13 y ss.; Morales Antoniazzi, *op. cit.*, pp. 168 y ss.

3.3. Un derecho a la democracia

Es posible hallar bases normativas constitucionales e internacionales para sustentar el reclamo o la expectativa de vivir en democracia. Hay derechos directamente vinculados con el desenvolvimiento democrático que están garantizados en el plano constitucional e internacional. Se trata primeramente de los derechos políticos, consagrados en el artículo 23 de la CADH, en el artículo 25 del PIDCP y en el artículo 62 y siguientes de la Constitución, los cuales están íntimamente ligados con la libertad de expresión, la libertad de asociación y el derecho de reunión (arts. 15 de la CADH y 21 del PIDCP). Estos derechos están plasmados igualmente en la Constitución (arts. 52, 53, 57 y 58). A lo cual ha de añadirse el conjunto de los derechos humanos. Existen además obligaciones internacionales referidas a la preservación y respeto de la democracia, como ya fue expuesto, que siguen rigiendo respecto de Venezuela¹⁰².

Adicionalmente, la evolución de la comunidad internacional y del Derecho Internacional está evidenciando un reconocimiento cada vez más extenso e intenso de la democracia como el sistema de gobierno que mejor se aviene con la plena vigencia de los derechos humanos, que tienen a su vez validez universal. Junto a lo antes relatado en relación con las Naciones Unidas, merece ser citada la *Declaración Universal sobre la Democracia* aprobada en 1997 por la Unión Interparlamentaria¹⁰³, que profundiza en los elementos o dimensiones y condiciones de la democracia, en su significación en el ámbito tanto nacional como internacional. Asimismo, a los instrumentos y actividades inscritas en las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la OEA y el sistema interamericano hay que sumar una serie de convenios de integración económica o procesos de gobernanza supranacional que contemplan al respeto de la democracia, al igual que de los derechos humanos, como condición para la incorporación o permanencia de los Estados miembros¹⁰⁴. Esto se ha traducido en la inclusión de la denominada cláusula democrática en varios instrumentos internacionales referidos a esas materias u otras afines.

¹⁰² El gobierno venezolano presentó ante la Secretaría General de la OEA, en abril de 2017, la denuncia de la Carta de la OEA, lo cual abría un lapso de dos años para que se hiciera efectiva. En febrero de 2019 el Presidente de la Asamblea Nacional y Presidente encargado de la República, Juan Guaidó, dejó sin efecto dicha denuncia. El Consejo Permanente de la OEA aceptó en abril de 2019 el nombramiento del representante permanente designado por la Asamblea Nacional, lo cual sería ratificado después por la Asamblea General de la Organización; ver "Consejo Permanente acepta nombramiento de Representante Permanente Designado de la Asamblea Nacional de Venezuela ante la OEA", 09-04-2019, en https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-019/19 Por otro lado, consideramos inconstitucional la pretendida denuncia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; al respecto ver Ayala Corao, Carlos, "Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano año XIX*, Bogotá, 2013, pp. 43-79.

¹⁰³ Unión Interparlamentaria, *Declaración Universal sobre la Democracia*, 16-09-1997, en https://www.ipu.org/sites/default/files/documents/es_-_ddeclaration-web1.pdf

¹⁰⁴ Aguiar, *op. cit.*, pp. 89 y ss.

¿Implica todo esto que ha cristalizado un derecho autónomo a la democracia? No necesariamente. Pero antes de tratar con mayor detalle este interrogante, conviene, en todo caso, aclarar que la protección de los derechos humanos, como sustento de la democracia, aunada al marco internacional de promoción y, en el ámbito interamericano, de garantía colectiva de la democracia, se traducen en la expectativa o pretensión legítima, si no en el derecho, a la democracia. Además, la salvaguarda nacional e internacional de los contenidos medulares de la democracia reflejados en derechos humanos supone también resguardar la democracia. En otras palabras, el amparo de los derechos humanos en general, y de los derechos directamente vinculados con el desenvolvimiento democrático, comprende a la democracia.

En relación con la pregunta formulada, algunos autores defienden la existencia del derecho a la democracia, a partir del marco jurídico universal bosquejado o de los instrumentos interamericanos¹⁰⁵. Se ha hecho mención también a la emergencia de un derecho a la gobernanza democrática, el cual estaría sustentado, entre otros asideros normativos, en el derecho a la autodeterminación de los pueblos¹⁰⁶. Sin embargo, este derecho, si bien se relaciona con los derechos políticos y, por esta vía, con la democracia, no debe ser confundido con los segundos. El Comité de Derechos Humanos admite la relación existente entre ellos, pero ha hecho mención a sus diferencias¹⁰⁷. El derecho a la autodeterminación ha ido entrelazándose con elementos de la gobernabilidad democrática, sobre todo en lo relativo a la libre expresión de la voluntad del pueblo mediante elecciones. La expansión internacional de los procedimientos de promoción de las elecciones libres y de asistencia en la materia tiende a decantar la libre determinación en un sentido democrático, pero ello no significa que el artículo 1 tanto del PIDCP como del PIDESC consagren, junto a otros contenidos específicos, un derecho a la democracia. Es importante, con todo, observar esa evolución, que adopta aspectos formales de la democracia para evaluar si ha habido una manifestación genuina de la voluntad del pueblo en ejercicio de su derecho de libre determinación. En favor de un derecho a la democracia pudiera invocarse igualmente el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual: *“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”*. Esta disposición no implicaba, en el contexto de la Declaración Universal, una implícita adhesión a la democracia, asunto que hubiera sido controvertido al momento de elaborarse la declaración, pues se dejaba abierta la configuración específica de ese orden social e internacional, pero la dinámica internacional ha conducido a

¹⁰⁵ Aguiar, *op. cit.*, pp. 142 y ss.; ver también el análisis de Alfhadel, Khalifa, *The right to democracy in International law. Between procedure, Substance and the Philosophy of John Rawls*, Londres y Nueva York, Routledge Focus, 2017, pp. 13 y ss.

¹⁰⁶ Franck, Thomas M., “The emerging right to democratic governance”, *The American Journal of International Law*, vol. 86, pp. 46 y ss.

¹⁰⁷ Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 25, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto*, HRI/GEN/1/Rev.7, 1996, párr. 2, en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom25.html>

un acercamiento o convergencia cada vez mayor entre las exigencias de los derechos humanos y las que dimanaban de la democracia, de modo que ese orden, si es visto como orden nacional, debe ser, al menos en aspectos fundamentales, democrático. En esta dirección apuntan las citadas Resoluciones de las Naciones Unidas sobre la *Promoción de un orden internacional democrático y equitativo*.

El asunto se plantea bajo otras coordenadas en el marco de la OEA, ya que desde la Carta de Bogotá, con antecedentes relevantes como apuntamos, hay un compromiso directo con la democracia, que se ha ido intensificando. De allí que exista un conjunto de obligaciones internacionales de los Estados miembros respecto de la preservación y consolidación de la democracia en sus respectivos países, con mecanismos de garantía colectiva que propenden a asegurar su observancia. La CDI dio pasos adicionales en aspectos conceptuales y procedimentales y proclamó en su artículo 1 un derecho a la democracia: "*Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla*". El Comité Jurídico Interamericano, al emitir su opinión sobre el Proyecto de CDI, dejó explícitamente de lado la cuestión sobre la "naturalaleza" del "derecho" que se menciona, por considerar que "*esta disposición quiere reflejar el compromiso político de los Estados Americanos con la democracia*"¹⁰⁸. De esta forma, se estaría confiriendo a este precepto de la Carta una trascendencia más política que jurídica. Visto en una perspectiva histórica, este artículo viene a reflejar los empeños por robustecer la promoción y defensa interamericana de la democracia y en especial por instaurar mecanismos efectivos de garantía colectiva de la democracia ante golpes de Estado u otras rupturas del orden constitucional y democrático. Dado que gracias a la CDI esos propósitos alcanzaban en buena medida realización, un modo de apuntalarlos era vincular toda la estructura sustantiva y adjetiva de la CDI con un derecho de los pueblos americanos a la democracia¹⁰⁹.

El artículo 1 de la CDI se perfila en principio más como una formulación de valor político o como un concepto globalizante de los derechos humanos en su dimensión democrática. Ello no porque la CDI carezca de fuerza jurídica, pues por distintas vías argumentativas se ha sostenido con buenas razones que sí la tiene¹¹⁰, sino por el alcance de la disposición. Sin embargo, puede terminar cristalizando un derecho autónomo a la democracia. La jurisprudencia de la Corte IDH ha invocado más de una vez a la CDI al fundamentar sus sentencias y ha llegado a señalar que la CDI "*hace entonces referencia al derecho de los pueblos a la democracia*"¹¹¹, aunque esto último como simple reproducción del texto del artículo y sin realizar un análisis al

¹⁰⁸ Comité Jurídico Interamericano, *Observaciones y Comentarios del Comité Jurídico Interamericano sobre el Proyecto de Carta Democrática Interamericana*, CJI/doc.76/01, 16-08-2001, párr. 7, en http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_76-01.pdf

¹⁰⁹ Ver Muñoz V., Herald, "El derecho a la democracia en las Américas" en, *Estudios Internacionales* Año 28, N° 109, 1995, pp. 58-82, en https://www.jstor.org/stable/41391504?seq=1#metadata_info_tab_contents

¹¹⁰ Aguiar, *op. cit.*, pp. 137 y ss.; Morales Antoniazzi, *op. cit.*, pp.178 y ss.

¹¹¹ Corte IDH, caso *López Lone y otros v. Honduras*, serie C N° 302, 05-10-2015, párr. 151.

respecto. Sí ha reconocido un derecho a la defensa de la democracia, como concretización del derecho a participar en los asuntos públicos, garantizado en el artículo 23.1.a de la CADH, lo cual implica que la Corte IDH adscribió un contenido específico novedoso a un derecho ya consagrado en la Convención. En el caso *Yatama v. Nicaragua* el juez García-Sayán formuló un voto concurrente en el que, después de destacar la interdependencia entre la democracia y los derechos humanos, alude a la identificación de “*lo que algunos han denominado el ‘derecho humano a la democraci’a*”, lo cual sería una manifestación del sentido evolutivo de los derechos humanos¹¹². Pero no ha habido un pronunciamiento de la Corte que admita la existencia de un derecho autónomo a la democracia con carácter autónomo o diferenciado.

La Corte IDH se inclina más bien por enriquecer la significación de los derechos garantizados en el artículo 23 de la CADH, para lo cual la CDI puede ser una fuente primordial. En el actual estado de su jurisprudencia, y particularmente a la luz de los casos citados, cabe aseverar que la CDI, y en especial su artículo 1, propician una interpretación abierta y evolutiva del artículo 23 de la CADH, que tenga en cuenta las obligaciones de los Estados respecto de la democracia derivadas de la CADH, de la Carta de la OEA y de la CDI. Ello puede traducirse en la identificación de vertientes específicas del derecho hasta ahora no reconocidas, lo cual es extensible a los demás derechos proclamados en la CADH u otras convenciones interamericanas sobre la materia.

4. Los derechos humanos y su marco político-institucional democrático

Lo hasta ahora expuesto permite concluir que, aun sin admitir un derecho autónomo de los pueblos a la democracia, hay puntos indiscutibles de conexión, interdependencia o mutuo reforzamiento entre los derechos humanos y la democracia, de los cuales importa subrayar los siguientes: **(i)** los derechos humanos requieren de la democracia como el orden político en el que tales derechos pueden estar plenamente garantizados; **(ii)** el proceso político democrático depende de los derechos humanos para su vigencia y cabal desenvolvimiento; **(iii)** existe un marco jurídico internacional de promoción o salvaguarda de la democracia, que ha sido especialmente desarrollado en el ámbito interamericano y que gravita fundamentalmente sobre el respeto de los derechos políticos y de los demás derechos humanos; **(iv)** la garantía del derecho al sufragio activo y pasivo en elecciones auténticas y periódicas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, ha llevado la vanguardia en la expansión universal de los contenidos esenciales de la democracia, como valor universal; **(v)** la interdependencia entre la democracia y los derechos humanos se refuerza desde la perspectiva de la promoción de la paz y del desarrollo económico y social de los pueblos; **(vi)** los derechos políticos y los demás derechos humanos han de ser interpretados

¹¹² Ver Corte IDH, caso *Yatama v. Nicaragua*, serie C N° 127, 23-07-2005; y el voto concurrente del Juez Diego García-Sayán, párr. 7.

teniendo en cuenta el sistema democrático en que su efectivo disfrute puede ser asegurado, de tal modo que resulta vedada cualquier restricción de su ejercicio que atente contra la democracia; y (vii) los derechos humanos imponen límites infranqueables a la regla de la mayoría.

Los derechos humanos exigen, pues, un orden institucional democrático y la democracia presupone la garantía de esos derechos. La CDI refleja bien esas dimensiones de los derechos humanos y de la democracia, al igual que la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta se ha referido en varias sentencias a *“la relación existente entre los derechos políticos, la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación”*, y ha destacado que *“estos derechos, en conjunto, hacen posible el juego democrático”*¹¹³. Estos derechos son precondiciones o requisitos para un proceso político democrático. Los derechos políticos *“propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político”*¹¹⁴. Pero no solo estos derechos son esenciales desde la perspectiva de la democracia, sino todos los derechos humanos, como ya se indicó. A su vez la Corte ha sostenido que *“la democracia representativa es uno de los pilares de todo el sistema del que la Convención Americana forma parte”*¹¹⁵, y la CDI asevera que: *“La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos”*¹¹⁶.

Bajo estas premisas, tenemos derecho a vivir en democracia, sin perjuicio de que hay otros factores, de índole diversa, que pueden favorecer o dificultar la vigencia o funcionamiento de la democracia en un contexto determinado. Por otra parte, la democracia no es un orden social que recibimos o que el Estado debe establecer, sino es un sistema político que se basa en la legitimación individual y colectiva del poder público por los ciudadanos y por la ciudadanía y que presupone procedimientos de participación y deliberación pública en la toma de decisiones. Todo ello termina de perfilar o configurar la democracia, bajo las garantías y oportunidades que el Estado debe salvaguardar.

No es objeto de este trabajo examinar de manera particular el alcance de los derechos políticos y demás derechos directamente vinculados con el juego democrático, pero sí interesa ilustrar algunos aspectos de su proyección sobre el proceso democrático. Los derechos políticos están reconocidos en el artículo 23 de la CADH y en el artículo 25 del PIDCP, entre otros instrumentos de alcance universal o regional americano¹¹⁷. Tales derechos

¹¹³ Corte IDH, caso *López Lone y otros v Honduras*, op. cit., párr. 160.; ha afirmado también que los derechos políticos *“son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático”*, Corte IDH, caso *Castañeda Gutman v. México*, serie C N° 184, 06-08-2008, párr. 140.

¹¹⁴ Corte IDH, caso *Yatama v. Nicaragua*, op. cit., párr.192.

¹¹⁵ Corte IDH, caso *López Lone y otros v. Honduras*, op. cit., párr. 149.

¹¹⁶ *Ibíd.*, párr. 154.

¹¹⁷ Ver, entre otros, Carta Democrática Interamericana (artículos 2, 3 y 6); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XX); Declaración Universal de Dere-

son medulares para la democracia, ya que comprenden el derecho de todo ciudadano a *“participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”*, el derecho a votar y a ser elegido en elecciones auténticas y periódicas, celebradas mediante sufragio universal e igual; y el derecho a tener acceso a las funciones públicas de su país, en condiciones generales de igualdad. Según la jurisprudencia interamericana el derecho a participar en los asuntos públicos no se circunscribe a mecanismos formales electorales como el sufragio o los referendos, u otras vías similares, sino que abarca el derecho a la defensa de la democracia, que puede ejercerse mediante actuaciones diversas. Se extiende también a procedimientos de consulta a la ciudadanía y de rendición de cuentas y control social. Además, las correspondientes obligaciones de los Estados no se reducen a fijar reglas que en abstracto permitan la participación política, sin discriminación, sino que debe prestarse atención a las oportunidades concretas de participación, siendo en ocasiones necesario asegurar *“con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos”*.

Los derechos políticos y otros derechos humanos resguardan el pluralismo político, esencial a la democracia. Esto se relaciona con las posibilidades de acción política de la oposición. En tal sentido la Corte IDH ha destacado, desde la óptica de los derechos políticos y de las libertades de asociación y de expresión, que: *“las voces de oposición”* son *“imprescindibles en una sociedad democrática”* y ha indicado que:

...la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales¹¹⁸.

Todo esto se corresponde, como acota la Corte, con uno de los elementos esenciales de la democracia previstos en la CDI: *“el régimen plural de partidos y organizaciones políticas”*¹¹⁹.

chos Humanos (artículo 21); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.c); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 42); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 7); Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (artículos I, II y III); Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 6); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2 y 3); Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales (artículo 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13-05-1968 (párr. 5); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993 (I.8, I.18, I.20, II.B.2.27).

¹¹⁸ Corte IDH, caso *Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, serie C N° 213, 26-05-2010, párr. 173.

¹¹⁹ *Ibíd.*, párr. 172-173.

Las elecciones libres y el proceso democrático presuponen la protección del derecho a constituir partidos u otras organizaciones políticas, como una de las modalidades de incidencia en la vida política, para lo cual es indispensable la vigencia efectiva de la libertad de asociación (art. 16 CADH y 22 PIDCP), así como del derecho de reunión o manifestación y de la libertad de expresión (arts.13 y 15 CADH y 19 y 21 PIDCP). En lo que respecta a la libertad de expresión, esta ha sido calificada certeramente por la Corte IDH como "*piedra angular de la democracia*"¹²⁰. En su jurisprudencia ha puesto de relieve además las dos dimensiones de la libertad de expresión: una individual, que comprende la manifestación de las propias ideas y opiniones; y una colectiva, que se despliega cuando se exige el acceso a la información, para garantizar la transparencia y hacer contraloría sobre la gestión pública¹²¹. Ambas dimensiones son fundamentales para la democracia, ya que favorecen la formación de la opinión pública y el control social sobre el gobierno. La libertad de expresión es indispensable para nutrir la esfera pública en que se produce la deliberación sobre temas de interés social o político. El acceso a la información pública es una de las herramientas fundamentales para garantizar el ejercicio de la democracia a través de la participación ciudadana. Permite que la intervención e incidencia en los asuntos públicos se haga de manera informada, que las personas tengan conocimiento de los temas de que se trate; también hace posible que la ciudadanía demande la rendición de cuentas y logre mejoras efectivas en el funcionamiento de la administración pública, frenando el desvío de recursos. Al respecto, la Comisión IDH ha reiterado que el acceso a la información en poder del Estado contribuye a aumentar la transparencia en la actuación del gobierno, con la consecuente disminución de la corrupción en la gestión estatal¹²². El Comité de Derechos Humanos ha destacado también la significación de estos derechos para la democracia¹²³. Al mismo tiempo, los organismos internacionales han insistido en la indivisibilidad de los derechos humanos y en la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales culturales y ambientales¹²⁴. De estas y otras muchas formas los derechos humanos son esenciales para la democracia.

¹²⁰ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-5/85*, op. cit., párr. 70.

¹²¹ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-5/85*, op. cit., párr. 30; caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela*, op. cit., párr. 136.

¹²² Comisión IDH, *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*, en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>.

¹²³ En tal sentido el Comité ha sostenido que las libertades de opinión y de expresión "constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas"; Comité de Derechos Humanos, *Observación general N.º 34*, op. cit., párr. 2. Ver también su *Observación General N.º 37*, op. cit., párr. 1.

¹²⁴ Naciones Unidas, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos 1993, en https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf

5. Una reflexión final sobre los desafíos democráticos de Venezuela

No es posible abordar aquí los distintos retos que enfrenta el país desde los parámetros democráticos, pero sí es importante concluir con una reflexión sobre lo que salta a la vista como lo más apremiante: construir una institucionalidad democrática. La devastación que ha sufrido la nación en estos años lo ha sido en todos los órdenes y de manera interrelacionada, por lo que podría decirse que el deterioro ha sido sistemático. La destrucción del aparato productivo nacional no podría explicarse sin aludir a la ausencia de seguridad jurídica y de los demás componentes de un Estado de Derecho; así como la debacle educativa no podría entenderse sin la ocupación ideológica, y el hundimiento de los servicios públicos, sin considerar el clientelismo político y la corrupción. La negación del pluralismo político y de la libertad de conciencia se ha traducido en la violación generalizada de la libertad de expresión e información y en el establecimiento de una hegemonía comunicacional gubernamental, así como en la supresión o usurpación de los partidos políticos de oposición y en la persecución política, que ha llevado consigo graves vulneraciones a los derechos humanos. El afán de mantenerse en el poder aun en contra de la voluntad mayoritaria del pueblo ha sustituido al principio de alternabilidad democrática, lo que no hubiera sido posible sin la captura política y envilecimiento de las fuerzas armadas. La participación libre de la ciudadanía ha sido cercenada por el Estado comunal, que adicionalmente desplaza a las estructuras democráticas de gobierno del Estado federal previsto en la Constitución. El debilitamiento del sector privado y el estrechamiento de los espacios para la organización social en libertad reducen la capacidad de respuesta ante los abusos del gobierno. Todo esto, junto a la inseguridad personal y otras calamidades, ha conducido a la pérdida de esperanza en el futuro, que junto a la crisis económica y humanitaria ha impulsado una emigración de enormes proporciones.

¿Por dónde empezar para superar esa funesta realidad? Desde la perspectiva de este trabajo, hay que reivindicar y en los hechos colocar las bases fundamentales de la democracia venezolana¹²⁵. A partir de las enseñanzas de nuestra historia y del legado de los esfuerzos previos de consolidación democrática. Tenemos derecho a vivir en democracia, en el sentido antes expuesto y, como ha ocurrido normalmente con los derechos a lo largo de la historia, hay que luchar denodadamente para alcanzar aquello que nos corresponde pero que nos es negado arbitrariamente. Después de una desolación como la que aún experimentamos, hay que empezar por lo más elemental e indiscutible: recuperar el valor del voto, afirmar el pluralismo político como cimiento de los sistemas democráticos, asegurar la independencia judicial y de los órganos de control y garantizar los derechos humanos; ello presupone el respeto de las libertades fundamentales de la persona. Esto ha de plasmarse en una agenda concreta para la democratización de Venezue-

¹²⁵ Al respecto ver Alarcón Deza, Benigno y Ramírez, Sócrates, *El Desafío Venezolano III: La consolidación de una transición democrática*, Caracas, UCAB, 2018.

la, respecto de la cual hay propuestas e iniciativas diversas que deben ser inventariadas y articuladas. La propia CDI puede ofrecer luces sobre los temas que deben ser tratados, lo cual comprende también la reinserción plena de Venezuela en el marco internacional de protección de los derechos humanos y el cumplimiento de decisiones pendientes de ejecución o implementación, muchas de las cuales se relacionan directamente con el proceso democrático. Con apoyo en esos cimientos democráticos han de atenderse los problemas más urgentes que aquejan a la población, en lo relativo a la pobreza extrema, la vulnerabilidad a la pandemia, y la falta de protección sanitaria, así como han de establecerse las bases de la recuperación económica.

Es fácil decirlo, lo difícil y lo importante es hacerlo. Solo mediante un trabajo mancomunado de todos los sectores nacionales, en coordinación con la cooperación internacional, puede acometerse esa empresa tan ardua, a la vista del autoritarismo imperante, como indispensable. El cambio político es necesario para despejar la senda democrática, pero mientras ese objetivo se alcanza, y para facilitar su consecución, es preciso solidificar las redes de organizaciones sociales, académicas, corporativas, sindicales, empresariales y de otra índole que puedan hacer frente a la embestida dictatorial y que generen, con enfoque inclusivo, las respuestas adecuadas para la superación de la crisis nacional, que es económica, social, institucional y moral. Un renovado espíritu democrático, que promueva la participación desde la autonomía y el pluralismo, puede absorber o mitigar muchas de las adversidades que hoy parecen invencibles. Esperamos que la aproximación que hemos realizado a los fundamentos conceptuales de la democracia y de sus relaciones con los derechos humanos, así como al marco jurídico internacional correspondiente, ofrezca elementos para la identificación de puntos de encuentro que allanen el camino de la democratización. Queda además pendiente, como compromiso y tarea ineludibles, la construcción de una cultura democrática, con apoyo en las lecciones que dejan estos años de adhesión emocional a una oferta personalista y mesiánica, tan popular y populista como distanciada de los fundamentos democráticos. Tras la exacerbación interesada de las diferencias y la exclusión de los adversarios, es imprescindible sentar las bases del respeto al pluralismo como cimiento de la recuperación democrática. Tras la expansión incontenible de la voluntad política plebiscitaria y la demolición de las estructuras constitucionales de control, ha de erigirse un Estado de Derecho ante el cual naufraguen las aventuras autoritarias de cualquier signo ideológico.

BASES CONSTITUCIONALES DEL ESTATUTO QUE RIGE LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA

José Ignacio Hernández G.*

1. El fundamento constitucional de la transición: la ausencia del presidente electo para el 10-01-2019

1.1. La inexistencia jurídica de la elección del 20-05-2018 y sus implicaciones jurídicas

La “elección presidencial” del 20 de mayo fue resultado de la usurpación de los poderes públicos por la asamblea nacional constituyente, con lo cual, todo el proceso debe reputarse como inexistente en lo jurídico, de conformidad con el artículo 138 constitucional¹. Según esa norma, *“toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”*. Lo relevante de esa norma es la sanción de ineficacia: los actos derivados de la usurpación de autoridad son ineficaces, o sea, no generan efectos en el ámbito jurídico, aun cuando sí pueden producir efectos de hecho. Es decir, que la asamblea nacional constituyente solo produce actos *de facto* y no actos con relevancia jurídica. Consecuentemente, los actos de la elección presidencial de 20 de mayo son solo actos de hecho, no de Derecho.

Pero, además, esta usurpación se plasmó en la destrucción de las condiciones de integridad electoral, antes, durante y después del evento del 20 de mayo, lo que igualmente afectó la validez de esa elección. De acuerdo con el artículo 25 constitucional, el desconocimiento de las condiciones de integridad electoral, al violar los derechos fundamentales electorales, produce la nulidad absoluta de los actos electorales de esa elección. Más en concreto, toda esa elección es nula e inexistente de acuerdo con el artículo 215.2 de la Constitución, al ser resultado de *“fraude, cohecho, soborno o violencia, en la formación del Registro Electoral, en las votaciones o en los escrutinios y dichos vicios afecten el resultado de la elección de que se trate”*. Ello, insistimos, como argumento subsidiario, pues lo cierto es que la elección es nula e inexistente desde el inicio al ser resultado de la usurpación de poderes.

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Investigador de la Escuela Kennedy de la Universidad de Harvard.

¹ Se sigue aquí lo señalado en Urosa, Daniela y Hernández G., José Ignacio, *Informe sobre la violación de las condiciones de integridad electoral en las “elecciones presidenciales de 2018”*, Boston, 2018.

La inexistencia de estas elecciones llevó a las principales organizaciones políticas a decidir no participar en el evento político del 20 de mayo. Esta decisión de no participar en ese evento respondió al desconocimiento jurídico de ese evento amparado en el artículo 138 constitucional, y no en una estrategia política de “abstención”. Así lo advirtió la Asamblea Nacional en el Acuerdo de 27-02-2018, poco después de la convocatoria de la “elección”, pautada inicialmente para abril. En tal Acuerdo la Asamblea declaró:

...que la elección prevista para el próximo 22 de abril constituye un simulacro electoral con la intención de aparentar una legitimidad por parte del gobierno, en medio del sufrimiento y la agonía del pueblo venezolano que exige con toda razón soluciones a sus necesidades básicas y de todo tipo, mientras el oficialismo pretende por esta vía ilegítima, reelegir las causas de la tragedia que vive el país.

Luego, el Acuerdo de 27 de marzo, la Asamblea recapituló las reformas electorales mínimas necesarias para rescatar las condiciones de integridad electoral:

Que esta Asamblea Nacional ha señalado en múltiples oportunidades las condiciones necesarias para considerar legítimo un proceso electoral, tales como la designación de un Consejo Nacional Electoral (CNE) equilibrado, la efectiva observación internacional, el derecho al votar para venezolanos en el exterior, el retiro de puntos rojos en colegios de votación, la reversión de inhabilitaciones políticas, la liberación de los presos políticos y reglas equitativas sobre la propaganda electoral.

Por ello, en ese Acuerdo la Asamblea Nacional declaró *“su rechazo a la elección prevista para el próximo 20 de mayo, ya que la misma constituye un simulacro electoral que pretende darle apariencia de legitimidad al régimen de Nicolás Maduro Moros, mientras el pueblo venezolano sufre la peor crisis económica y social de su historia”*. Así lo ratificó en Acuerdo de 15-05-2018, que resume las críticas legales al evento de 20 de mayo:

...esta Asamblea Nacional, en estricto cumplimiento de sus funciones consagradas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha rechazado el evento fraudulentamente convocado para este 20 de mayo, declarándolo como “simulacro electoral”, según se desprende de los Acuerdos aprobados en los días 27 de febrero y 20 de marzo del año en curso; toda vez que dicho proceso adolece de legitimidad de origen, pues fue convocado por la espuria Asamblea Nacional Constituyente, contrariando los preceptos constitucionales, transgrediendo las normas electorales y violando flagrantemente el derecho al sufragio del pueblo venezolano.

En ese Acuerdo la Asamblea Nacional exigió al Consejo Nacional Electoral *“a que cumpla con la Constitución, y, en estricto apego a ella, suspenda el acto convocado para el 20 de mayo, pues el mismo fue impulsado en contravención con el ordenamiento jurídico venezolano, violando el derecho al sufragio del pueblo y vulnerando las normativas constitucionales y de ley en materia electoral y de Derechos Humanos”*. Además, el Acuerdo expresó, en términos jurídicos, la decisión política de no participar en ese evento:

Hacer un llamado al pueblo de Venezuela para que, en defensa de nuestra Constitución y bajo el amparo de los artículos 333 y 350 que la misma consagra, se rechace, se desconozca y no se convalide el proceso fraudulento convocado para este 20 de mayo, y, en ese sentido, se asuma con convicción la de-

fensa de la democracia en aras de lograr la restitución del Hilo Constitucional en el breve porvenir.

El desconocimiento del evento del 20 de mayo no implicó, por ello, el rechazo absoluto a una solución electoral de la crisis venezolana. Por el contrario, como se afirmó en el *Acuerdo para impulsar una solución política a la crisis nacional*, de 13-11-2018, es necesario:

Procurar, junto a la comunidad internacional, una solución política que conlleve a:

La atención urgente de necesidades sociales y económicas del pueblo de Venezuela de manera eficaz, práctica y demostrable.

La liberación de todos los presos políticos y el retorno de los exiliados y levantar inhabilitaciones, excluyendo a delincuentes financieros.

El restablecimiento del Estado de Derecho sobre la base de la Constitución vigente, en particular el restablecimiento de competencias de la Asamblea Nacional, y la renovación de los poderes públicos.

La disolución de la espuria Asamblea Nacional Constituyente.

Condiciones electorales democráticas, de modo que sean posibles unas elecciones generales, en las que puedan participar libremente y con acceso igualitario a los medios de comunicación todos los partidos y candidatos, incluidos aquellos actualmente ilegalizados e inhabilitados por el régimen, organizadas por un nuevo Consejo Nacional Electoral y equilibrado, en fecha y condiciones que garanticen el derecho a elegir de los venezolanos, bajo observación nacional e internacional calificada e independiente.

Luego del evento del 20 de mayo, y tras la supuesta proclamación y juramentación de Nicolás Maduro como Presidente electo², estas conclusiones fueron ratificadas, ahora, para desconocer ese resultado electoral. En efecto, en Acuerdo de 22 de mayo, la Asamblea Nacional reiteró:

Que la farsa realizada el 20 de mayo incumplió todas las garantías electorales reconocidas en Tratados y Acuerdos de Derechos Humanos, así como en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica de Procesos Electorales, tomando en cuenta la ausencia efectiva del Estado de Derecho; la parcialidad del árbitro electoral; la violación de las garantías efectivas para el ejercicio del derecho al sufragio y para el ejercicio del derecho a optar a cargos de elección popular; la inexistencia de controles efectivos en contra de los actos de corrupción electoral perpetrados por el Gobierno; la sistemática violación a la libertad de expresión, aunada a la parcialidad de los medios de comunicación social controlados por el Gobierno, y la ausencia de mecanismos efectivos y transparentes de observación electoral.

² Maduro fue “proclamado” como presidente de la República por el Consejo Nacional Electoral el 22 de mayo. Con el apoyo del Tribunal Supremo de Justicia, Maduro prestó un supuesto juramento ante la ilegítima asamblea nacional constituyente el 24-05-2018, y luego, otro supuesto juramento ante el propio Tribunal, el 10-01-2019. Vid.: José Ignacio Hernández, “¿Qué fue lo que pasó con la ‘juramentación’ de Nicolás Maduro ante la ANC?”, 24-05-2018, en: <https://prodavinci.com/que-fue-lo-que-paso-con-la-juramentacion-de-nicolas-maduro-ante-la-anc> Vid. Brewer-Carías, *El juez constitucional en Venezuela y la juramentación de Nicolás Maduro como Presidente de la República ante el Tribunal Supremo de Justicia el 10 de enero de 2019*, Caracas, 2019.

El 12-06-2018 la Asamblea Nacional ratificó todas estas decisiones en el *“Acuerdo sobre la ratificación por parte de la Organización de Estados Americanos de la posición fijada por la Asamblea Nacional, rechazando la farsa del 20 de mayo”*. Allí se recordó que: *“esta Asamblea Nacional, cumpliendo con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha declarado que lo ocurrido el 20 de mayo fue una farsa convocada por la ilegítima e ilegal Asamblea Nacional Constituyente, según se desprende de los Acuerdos aprobados en los días 27 de febrero, 27 de marzo, 15 de mayo y 22 de mayo”*.

La comunidad internacional igualmente expresó su rechazo al evento del 20 de mayo, al contradecir las condiciones de integridad electoral admitidas en el Derecho Internacional. Cerca de 46 países desconocieron esa elección, lo que expresó el compromiso de la comunidad internacional de acompañar la solución política a la crisis venezolana³. Como lo resumió la Organización de Estados Americanos en Resolución N° AG/RES. 2929 (XLVIII-O/18), aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 05-06-2018, *“el proceso electoral desarrollado en Venezuela, que concluyó el 20 de mayo de 2018, carece de legitimidad por no cumplir con los estándares internacionales, por no haber contado con la participación de todos los actores políticos venezolanos y haberse desarrollado sin las garantías necesarias para un proceso libre, justo, transparente y democrático”*.

Como se observa, el evento del 20 de mayo no fue reconocido como una elección legítima ni por la Asamblea Nacional ni por la Organización de Estados Americanos. Todas esas posiciones se basaron no solo en la ilegitimidad de origen del proceso electoral del 20 de mayo –al ser producto de la fraudulenta asamblea nacional constituyente– sino, además, en el desconocimiento de todas las condiciones de integridad electoral, que evidenciaron que el régimen autoritario no era competitivo.

1.2. La ausencia de Presidente electo para el 10-01-2019 y los artículos 233 y 333 de la Constitución

El desconocimiento nacional e internacional del evento del 20 de mayo dejó un tema abierto: la necesidad de definir quién sería reconocido como Presidente legítimo a partir del 10-01-2019, cuando comenzaba un nuevo período presidencial. Se trataba –conviene insistir en ello– de dos cuestiones interrelacionadas como causa y efecto: en tanto el evento del 20 de mayo no fue un proceso electoral válido, la proclamación de Nicolás Maduro no fue, tampoco, una decisión jurídica eficaz, con lo cual, no había Presidente electo que pudiese asumir la Presidencia a partir del 10-01-2019. Ese fue, precisamente, el problema cuya solución constitucional fue procurada entre finales de 2018 e inicios de 2019.

³ *Prodavinci*, 21 de mayo de 2019, “La reacción de la comunidad internacional a los comicios del 20 de mayo”, en: <https://prodavinci.com/mapa-interactivo-la-reaccion-de-la-comunidad-internacional-a-los-comicios-del-20-de-mayo-3/> Consulta: 20.7.19].

De esa manera, a fines de 2018, y en medio de un colapso político, económico y humanitario sin precedentes, Venezuela avanzaba hacia una nueva crisis: el 10-01-2019 iniciaría un nuevo período presidencial en Venezuela y, sin embargo, no había Presidente electo que pudiese asumir la Presidencia ese día⁴.

Para analizar esta crisis, tres aspectos debían ser explicados. En primer lugar, por qué un nuevo mandato presidencial comenzaba el 10-01-2019. En segundo lugar, por qué no había un Presidente electo que pudiera asumir la Presidencia ese día. En tercer lugar, debía tenerse en cuenta las consecuencias constitucionales de la ausencia de un Presidente electo ese día.

Así, según los artículos 230 y 231 de la Constitución, el Presidente es electo para un mandato de seis años que comienza el 10 de enero de cada término (el día del inicio del período presidencial). El período presidencial que inició en 2013, por ello, culminaba el 10-01-2019⁵.

Como ya explicamos, en 2013 Nicolás Maduro fue “proclamado” como Presidente electo por el Consejo Nacional Electoral, en una elección cuestionada celebrada el 14-04-2013, tras el anuncio de la muerte del Presidente Hugo Chávez. A pesar de los fraudes que se cometieron, lo cierto es que el período iniciado en 2013 terminaba el 10-01-2019. En consecuencia, ese mismo día el nuevo término presidencial comenzaría (2019-2025).

Según el artículo 231 de la Constitución, el Presidente electo debe asumir la Presidencia el 10-01-2019 a través del juramento realizado ante la Asamblea Nacional. Sin embargo, *no había Presidente electo capaz de cumplir con esa formalidad*, pues como fue explicado, el proceso que se llevó a cabo el 20-05-2018 no podía ser considerado como una elección legítima.

⁴ Este análisis resume nuestra intervención en el Center for Strategic and International Studies (CSIS) el 28-11-2018, a los fines de explicar el fundamento constitucional por el cual el Presidente de la Asamblea Nacional debía asumir la Presidencia de la República el 10-01-2019. Cfr.: Hernández, G., José Ignacio, “El 10 de enero de 2019, Venezuela no tendrá un Presidente electo. Algunas notas basadas en un análisis de Derecho Constitucional”. En: https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/event/181206_Venezuela.PDF?GUOS9y9UNqVxgrR4oodiejEJhmMegQUY

⁵ De conformidad con los artículos 230 y 231 de la Constitución, el 10-01-2019 comenzó el nuevo período presidencial, con lo cual ese día el Presidente electo debía tomar posesión mediante juramento prestado ante la Asamblea Nacional. Sin embargo, Nicolás Maduro no era Presidente electo, pues el evento político del 20-05-2018 no podía ser considerado como una elección libre y transparente. Como resultado de lo anterior, no existía un Presidente electo que pudiese asumir el cargo a partir del 10 de enero. Era irrelevante, en este sentido, el modo a través del cual Nicolás Maduro debía “juramentarse” como Presidente, pues al no ser Presidente electo, no podía asumir la Presidencia de la República mediante juramento. Como vimos, demostrado el fraude constitucional perpetrado por el régimen de Nicolás Maduro, especialmente desde la elección de la Asamblea Nacional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decidió que Maduro debía prestar juramento ante el Tribunal, debido al supuesto –y negado– “desacato” de la Asamblea Nacional. Frente a lo anterior se observa que: (i) al no ser Maduro Presidente electo no podía juramentarse y, en todo caso, (ii) de haber habido Presidente electo, éste debía asumir la Presidencia mediante juramento ante la Asamblea Nacional, en tanto ésta ya habría iniciado el nuevo período de sesiones el 05-01-2019.

En efecto, el 20-05-2018 se llevó a cabo un acontecimiento político para supuestamente elegir al nuevo Presidente, proceso conducido por la fraudulenta e ilegítima asamblea nacional constituyente. Sin embargo, este acontecimiento político no podía ser considerado como una elección legítima, al menos, por cuatro razones. En primer lugar, porque ese evento fue convocado y organizado por la asamblea nacional constituyente, que es un órgano ilegítimo sin ninguna autoridad para convocar y organizar elecciones. En segundo lugar, porque ese proceso se organizó en violación de varios derechos políticos, básicamente, debido a las inconstitucionales inhabilitaciones declaradas en contra de los principales partidos y líderes políticos, muchos de ellos en la cárcel o en el exilio. Tercero, porque ese evento violó el principio de transparencia durante todo el ciclo electoral. Y finalmente, porque el régimen de Maduro utilizó la emergencia humanitaria compleja como una herramienta política para ejercer coacción sobre los votantes. Por esta razón la Asamblea Nacional declaró esas elecciones como inexistentes. Además, más de cincuenta países decidieron no reconocer esa elección, según ya vimos. En resumen, *el evento de 20-05-2018 fue una elección no-competitiva realizada por el régimen de Maduro para tratar de justificar su permanencia en el poder*. Esto es, una elección al servicio del régimen autoritario de Nicolás Maduro.

Por lo tanto, en el plano jurídico, el evento celebrado el 20-05-2018 no fue más que un ilegítimo acontecimiento político que derivó de la autoridad usurpada de la asamblea nacional constituyente, y por ello, no podía considerarse siquiera como una elección competitiva. De allí que de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución, tal evento no produjo ningún efecto jurídico. Por esta razón Nicolás Maduro no podía ser considerado como Presidente electo, y por lo tanto, no había un Presidente electo que pudiese asumir la Presidencia el 10-01-2019. Esto es que Maduro sería, a partir del 10-01-2019, el usurpador de la Presidencia de la República⁶.

Algunos consideraron que la situación jurídica a partir del 10 de enero debía ser catalogada como “vacío de poder”, por la ausencia de Presidente electo. El término “vacío de poder” no es propio de nuestro Derecho Constitucional y, en todo caso, alude a aquellos casos en los cuales no hay nadie ejerciendo determinado cargo (en este caso, la Presidencia de la República). Sin embargo, a partir del 10 de enero Maduro seguiría ejerciendo la Presidencia, en el sentido que él y los funcionarios designados ejercerían las competencias del Poder Ejecutivo Nacional, eventualmente, mediante decisiones que serían acatadas y cumplidas por la vía de los hechos. Luego, en sentido estricto, el problema a partir del 10 de enero no era la ausencia de quien ejerce la Presidencia sino el ejercicio de la Presidencia por quien no tiene cualidad para ello.

⁶ La continuación de Nicolás Maduro en el ejercicio de la Presidencia es, por lo tanto, un caso de usurpación de autoridad, a resultas de lo cual todas las actuaciones del Poder Ejecutivo Nacional, a partir de ese día, debían tenerse por inexistentes, de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución.

Aunque no existe una disposición específica en la Constitución aplicable a esa situación poco común, se podía concluir que el 10 de enero el Presidente de la Asamblea Nacional debía asumir la Presidencia de la República en condición de encargado, hasta que una elección libre y transparente sea convocada.

Así, el artículo 233 de la Constitución regula la línea presidencial de la sucesión. Entre los distintos supuestos regulados por ese artículo encontramos el caso en el cual el Presidente electo no puede asumir la Presidencia en el día del inicio del período presidencial. En efecto, la norma más parecida es el segundo párrafo del artículo 233, conforme al cual, en caso de falta absoluta del Presidente electo antes del inicio del período presidencial, asumirá la Presidencia de la República el Presidente de la Asamblea Nacional, debiendo convocarse elecciones en un lapso de treinta días:

...Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y 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.

Precisamente, esta solución debía aplicarse al presente caso, pues no había un Presidente electo el 10-01-2019. Así, en tanto Nicolás Maduro no era Presidente electo, para el 10 de enero no era posible cumplir con la formalidades de toma de posesión de la Presidencia de la República. Luego, el citado artículo 233 permitía que el Presidente de la Asamblea Nacional asumiese la Presidencia de la República, en condición de encargado, hasta tanto se celebrase una elección presidencial válida. Ciertamente, no se trataba de un caso de falta absoluta, pues ésta requiere la previa elección válida de quién, sin embargo, no puede asumir la Presidencia por una falta absoluta antes del inicio del período presidencial. Pero lo cierto es que el supuesto de hecho es similar al previsto en la norma: al no haber presidente electo, el Presidente de la Asamblea Nacional debe asumir el cargo, en condición de encargado, a partir del 10 de enero.

Sin embargo, también debía considerarse que el artículo 233 de la Constitución fue diseñado para aplicar a condiciones de normalidad institucional, en las cuales el Estado de Derecho garantiza la ejecución de las decisiones de la Asamblea Nacional. Pero este no era el caso. Como vimos, desde la instalación de la fraudulenta asamblea nacional constituyente, el Estado de Derecho fue totalmente desmantelado en Venezuela y la Asamblea Nacional no tenía poderes reales para hacer cumplir sus decisiones en Venezuela por mecanismos jurídicos. En consecuencia, la Asamblea Nacional debía implementar la estrategia política orientada a garantizar el ejercicio del Gobierno por parte del Presidente encargado, de conformidad con el artículo 333 de la Constitución, que otorga los poderes necesarios para restablecer el Estado de Derecho.

En efecto, la inobservancia de la Constitución por la vía de los hechos es el supuesto previsto en el artículo 333 constitucional:

Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

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

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

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

⁷ Cfr.: Brewer-Carías, Allan, *La Constitución de 1999: el Estado Democrático y Social de Derecho*. Colección *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VII*, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, p. 150.

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

⁹ Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2004, pp. 23 y ss. A pesar de ser un tema de gran complejidad, puede resumirse el planteamiento señalando que en el estado de excepción hay una situación de hecho que

Por ello, *solo podía suplirse efectivamente la inexistencia de Presidente electo si se lograba restaurar la vigencia de la Constitución, y esa vigencia sería restaurada cuando en los hechos se asegure el cumplimiento –incluso coactivo– de la Constitución, conforme al artículo 333.* Por ello la importancia de acotar que el único problema a resolver el 10 de enero no era la inexistencia del Presidente electo, sino la inobservancia de la Constitución en el medio de una emergencia compleja que debilitó la capacidad del Estado de ejercer el monopolio legítimo de la violencia.

Con lo cual, el fundamento constitucional bajo el cual el Presidente de la Asamblea Nacional debía asumir la Presidencia de la República en condición de encargado son los artículos 233 y 333 de la Constitución. El primero otorga la base constitucional para revestir de legitimidad el ejercicio de la Presidencia de la República por el Presidente de la Asamblea Nacional; el segundo, otorga la base constitucional de la estrategia política orientada a cesar la situación *de facto* de la Presidencia de la República.

Este último objetivo debía alcanzarse, entre otros mecanismos, *a través del apoyo de la comunidad internacional, basado en el reconocimiento internacional del Presidente de la Asamblea Nacional como encargado de la Presidencia de la República*, tomando en la cuenta la arista internacional de la transición en Venezuela a la cual antes nos referimos. Con lo cual, la discusión no versó solo sobre la interpretación de la Constitución en el ámbito doméstico, sino, además, sobre la interpretación de la Constitución por la comunidad internacional.

Una de las dudas que se planteó fue la pertinencia de esta discusión, tomando en cuenta la ilegitimidad de Nicolás Maduro debido a las sistemáticas violaciones constitucionales cometidas desde el 2013. A pesar de ello, sin embargo, lo cierto es que Nicolás Maduro había sido reconocido internacionalmente como Presidente de Venezuela desde 2013, reconocimiento atado al fin del mandato presidencial. Con lo cual, en el Derecho Internacional, el reconocimiento de Maduro como Presidente de Venezuela expiraba el 10-01-2019.

Para ello, era fundamental recordar que la ausencia de un Presidente electo respondía a causas imputables a Maduro, quien, a través del Tribunal Supremo de Justicia, el Consejo Nacional Electoral y la fraudulenta asamblea nacional constituyente, obstaculizó la realización de elecciones justas, libres y transparentes. Luego, el fin del mandato constitucional implicaba el fin de la legitimidad de origen de Nicolás Maduro como Presidente de la República.

compele a la adopción de medidas no previstas en el ordenamiento jurídico-constitucional, que permitan el cese de esa situación de hecho y el restablecimiento pleno del ordenamiento jurídico. En ocasiones se ha relacionado con el derecho de resistencia, en tanto ese derecho permite adoptar decisiones políticas –jurídicamente amparadas en el estado de excepción– para retornar a la normalidad institucional. Por ello, esas decisiones políticas, incluso cuando se traduzcan en actos jurídicos, deben incidir en los hechos. El estado de excepción del artículo 333 no se cumple con actos jurídicos inaplicables en los hechos, sino con hechos que permitan restablecer la vigencia de la Constitución.

Es por ello mismo que tampoco podía esbozarse como solución que el Vicepresidente ejecutivo de la República asumiera la Presidencia. Así, el final del término presidencial afectaba también la designación de quien ocupaba la Vicepresidencia ejecutiva. Por esta razón, según el artículo 233 de la Constitución, si no hay un Presidente electo el día del inicio del período presidencial, el Presidente de la Asamblea –y no el Vicepresidente– debe convertirse en Presidente encargado.

Ahora bien, es importante insistir que esta solución no se planteó con el propósito de procurar de manera automática el fin del régimen de Nicolás Maduro. En tanto ese régimen era ya un Gobierno *de facto*, las decisiones que en el plano jurídico podían adoptarse no tendrían sin embargo efecto práctico inmediato en Venezuela. En otras palabras, la solución constitucional basada en el artículo 233 constitucional tomaba en cuenta que el Presidente de la Asamblea Nacional no podría ejercer de inmediato y de manera plena las funciones de la Presidencia de la República debido al régimen *de facto* que imperaba.

Por lo anterior, quienes a fines de 2018 promovimos esta solución constitucional, sabíamos que el ejercicio de la Presidencia de la República por el Presidente de la Asamblea Nacional no necesariamente promovería de manera automática un proceso de transición a la democracia. Tampoco el propósito era crear un “Gobierno en el exilio”, o un Gobierno puramente simbólico, que dictase decisiones sin trascendencia, ni en Venezuela ni en la comunidad internacional.

El desafío, por lo tanto, era diseñar e implementar un proceso de transición a la democracia orientado al cese del Gobierno *de facto* de Nicolás Maduro, apalancado no solo en la legitimidad de la Asamblea Nacional sino en especial, en el progresivo reconocimiento del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado de la República, tanto en Venezuela como en la comunidad internacional. En Venezuela, el progresivo reconocimiento del Presidente de la Asamblea Nacional implicaría el cambio del deber de obediencia, del ilegítimo régimen de Maduro al legítimo Gobierno del Presidente de la Asamblea Nacional. Ese era, a no dudarlo, el elemento determinante de la transición, pues el cese del deber de obediencia al régimen de Maduro es el desencadenante de la transición democrática, como se explicó previamente.

A los fines de lograr ese objetivo –cese del deber de obediencia al régimen de Maduro– era fundamental alcanzar el reconocimiento internacional del Presidente de la Asamblea Nacional actuando como Presidente encargado de la República. Ese reconocimiento podía lograrse en el corto plazo y, a partir de allí, implementar los incentivos adecuados desde la comunidad internacional para promover el fin del deber de obediencia al régimen de Maduro y, en suma, el colapso de ese régimen para avanzar en el proceso de transición democrática.

En conclusión, debido a la ausencia de elecciones legítimas, Maduro no podía asumir constitucionalmente la Presidencia de la República el 10-01-2019 ni ser reconocido como un Presidente electo. Como resultado, el Pre-

sidente de la Asamblea Nacional debía asumir la Presidencia en condición de encargado hasta que una nueva elección libre y transparente fuese organizada. Esta decisión respondía no solo a la aplicación de la Constitución, sino a la intención de apalancar la transición democrática en el reconocimiento del Presidente de la Asamblea Nacional actuando como Presidente encargado de la República. Para ello, el reconocimiento internacional del legítimo Gobierno que iniciaría a partir del 10-01-2019 era un paso fundamental.

1.3. Los eventos constitucionales desarrollados entre el 5 y 23-01-2019

Entre el 5 y el 23-01-2019 sucedieron diversos acontecimientos con relevancia para el proceso de transición democrática venezolano. Así, el punto de inicio fue la elección de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional el 5 de enero, y en específico, la designación de Juan Guaidó como Presidente de la Asamblea Nacional¹⁰. Esta designación fue rápidamente “anulada” por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, institución que, bajo el control del régimen de Maduro, insistió en la falsa tesis del “desacato” para justificar la supuesta nulidad de tal designación¹¹.

Posteriormente, el 10 de enero Nicolás Maduro simuló un acto de juramentación por el inicio del período presidencial. Así, como fue explicado, poco después del fraude del 20 de mayo, Maduro prestó supuesto juramento ante la ilegítima constituyente. El 10 de enero intentó otro fraude similar, ahora, pretendiendo juramentarse ante el Tribunal Supremo de Justicia, nuevamente, debido a la tesis del “desacato”. Apartando la inexistencia jurídica de la elección del 20 de mayo, lo cierto es que la juramentación del Presidente de la República mal puede efectuarse ante el Tribunal Supremo de Justicia, en tanto no es éste un órgano que representa al pueblo. Todo ello no solo demostró el desprecio de Maduro hacia la Asamblea Nacional y el Estado de Derecho, sino, además, evidenció su intención de mantenerse en el poder más allá del 10 de enero¹².

Por ello, al día siguiente, 11 de enero, el Presidente de la Asamblea Nacional ratificó su voluntad de aplicar el artículo 233 de la Constitución, o sea,

¹⁰ Vid. Acta Juramentación de la nueva Junta Directiva de la Asamblea Nacional Sesión 5 de enero de 2019-2012, publicada en la Gaceta Legislativa N° 1 de 09-01-2019, siendo designado para ejercer el cargo de Presidente el Diputado Juan Guaidó, Primer Vicepresidente Edgar Zambrano, Segundo Vicepresidente Iván Stalin González, Secretario Edinson Ferrer y Subsecretario José Luis Cartaya.

¹¹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 3 de 21-01-2019 y Brewer-Carías, Allan, R. *“El Régimen en su laberinto y la Asamblea Nacional al rescate de la democracia (Enero 2019)”*, en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/02/188.-Brewer.-El-régimen-en-su-laberinto-y-la-AN-al-rescate-de-la-democracia-enero-2019.pdf>

¹² Brewer-Carías, Allan, *“El juez constitucional en Venezuela y la juramentación de Nicolás Maduro como Presidente de la República ante el Tribunal Supremo de Justicia el 10 de enero de 2019”*, en: <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/01/187.-El-Juez-Constitucional-y-el-juramento-de-N.-Maduro-el-10-1-2019..pdf>

de asumir el cargo de Presidente de la República en condición de encargado, ante la inexistencia de un Presidente electo¹³. En la práctica, sin embargo, la aplicación de esa norma se enfrentaba al obstáculo ya visto, esto es, la permanencia en el poder de Nicolás Maduro, como Presidente *de facto*. Por ello, la sola aplicación del artículo 233 era insuficiente, pues era necesario lograr que la aplicación de esa norma permitiese iniciar una transición democrática mediante la salida del poder de Nicolás Maduro y sus colaboradores inmediatos, neutralizando el poder de coacción y represión de ese régimen.

Ya para ese momento era claro que una condición necesaria para lograr ese objetivo era el reconocimiento internacional del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado. Ese reconocimiento, desde el Derecho Internacional, daría fundamento a las acciones orientadas a procurar la salida del régimen de Maduro y promover elecciones libres, transparentes y justas, como ya lo había delineado el Grupo de Lima en su comunicado de 4 de enero.

Con este propósito, la Asamblea Nacional aprobó el 15-01-2019 el *Acuerdo sobre la declaratoria de usurpación de la Presidencia de la República por parte de Nicolás Maduro Moros y el restablecimiento de la vigencia de la Constitución*. Así, como resultado de los cambios políticos que comenzaron a plantearse a partir del 5 de enero, la Asamblea Nacional ratificó el *Acuerdo para impulsar una solución política a la crisis nacional*, de 13-11-2018, indicando que *“a partir del 10 de enero de 2019 Nicolás Maduro continúa la usurpación de la Presidencia de la República, pues a pesar de no ser Presidente electo, ocupa de hecho la Presidencia de la República, con lo cual todas las decisiones del Poder Ejecutivo Nacional son ineficaces a partir de ese día, en los términos del artículo 138 de la Constitución”*. Asimismo, la Asamblea Nacional indicó que la situación de usurpación, como una situación *de facto*, no encuentra una solución expresa en la Constitución: *“Que la anterior situación de usurpación no encuentra una solución expresa en la Constitución, a consecuencia de lo cual la Asamblea Nacional, como única autoridad legítima del Estado y representante del pueblo venezolano, debe adoptar decisiones para proceder a restablecer la vigencia del orden constitucional, con fundamento en los artículos 5, 187, 233, 333 y 350 de la Constitución”*.

En efecto, la Constitución fue diseñada para situaciones de normalidad institucional, y no así para situaciones de anormalidad institucional, como resultado del desmantelamiento del Estado de Derecho promovida por los regímenes de Chávez y Maduro. Por ello la Asamblea Nacional no solo invocó los artículos constitucionales sobre la soberanía popular (5), competencias del Poder Legislativo (183) y cualidad del Presidente de la Asamblea Nacional para actuar como presidente encargado (233), sino que, además, aludió a las normas que regulan el estado de excepción derivado de la derogación *de facto* de la Constitución (333 y 350). Un punto clave en este sentido, realzado por el Acuerdo, fue el fundamento constitucional para el desco-

¹³ Véase <http://www.noticierovenevision.net/noticias/politica/juan-guaido-ratifico-apego-a-los-articulos-233-330-y-350-de-la-constitucion>

nocimiento el ilegítimo régimen de Nicolás Maduro¹⁴, al justificar constitucionalmente la inaplicación del deber de obediencia¹⁵.

Interesa destacar el siguiente considerando, pues él delineó la ruta constitucional para la transición democrática en Venezuela:

Que ante la ausencia de una norma constitucional que regule la situación actual, es necesario aplicar analógicamente el artículo 233 de la Constitución, a los fines de suplir la inexistencia de Presidente electo al mismo tiempo que se emprendan las acciones para restablecer el orden constitucional con base en los artículos 333 y 350 de la Constitución, y así hacer cesar la usurpación, conformar efectivamente el Gobierno de Transición y proceder a la organización de elecciones libres y transparentes.

Ese considerando delineó la ruta constitucional para lograr el fin de la usurpación de la Presidencia de la República, a partir de la aplicación del artículo 233 constitucional, esto es, de la cualidad del Presidente de la Asamblea Nacional de asumir, en condición de encargado, la Presidencia de la República. Por ello, se invocó el artículo 233 con el deliberado propósito de lograr el cese de la usurpación del régimen de Maduro, como momento inicial de la transición democrática, cuya consolidación se lograría a través de la elección presidencial efectuada conforme a las condiciones internacionales de integridad electoral.

Para concretar esa ruta, la Asamblea Nacional asumió el compromiso de legislar sobre la transición democrática, un objetivo que sería alcanzado poco después, con la promulgación del *Estatuto que Rige la Transición a la Democracia para Restablecer la Vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, que será luego estudiado¹⁶. Esa legislación cumplía un rol especial, pues en el marco del artículo 333 constitucional, debían establecerse las reglas especiales a través de la cual se podría alcanzar el restablecimiento del orden constitucional, para lo cual, como primer paso,

¹⁴ Según decidió el Acuerdo, se declaró “*formalmente la usurpación de la Presidencia de la República por parte de Nicolás Maduro Moros y, por lo tanto, asumir como jurídicamente ineficaz la situación de facto de Nicolás Maduro y reputar como nulos todos los supuestos actos emanados del Poder Ejecutivo, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución*”.

¹⁵ De conformidad con el Acuerdo, el “*artículo 333 obliga a los ciudadanos, incluyendo a los funcionarios al servicio del Estado, a realizar todas las acciones necesarias para restablecer la vigencia efectiva de la Constitución, mientras que el artículo 350 de la Constitución reconoce el derecho a la desobediencia civil frente a la usurpación de Nicolás Maduro*”. Asimismo, “*los artículos 333 y 350 de la Constitución aplican de manera especial a los funcionarios policiales y componentes de la Fuerza Armada Nacional, correspondiendo a la Asamblea Nacional otorgar las garantías y beneficios que les permitan desobedecer las órdenes de Nicolás Maduro y obedecer las órdenes de la Asamblea Nacional, todo a los fines de restablecer la vigencia efectiva de la Constitución*”.

¹⁶ Así, el Acuerdo aprobó dictar el “*marco legislativo para la transición política y económica, fijando las condiciones jurídicas que permita iniciar un proceso progresivo y temporal de transferencia de las competencias del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo, con especial atención en aquellas que permitan adoptar las medidas necesarias para restablecer el orden constitucional y atender la emergencia humanitaria compleja, incluida la crisis de refugiados y migrantes. El presidente de la Asamblea Nacional se encargará de velar por el cumplimiento de la normativa legal aprobada hasta tanto se restituya el orden democrático y el Estado de Derecho en el país*”.

era necesario lograr el fin de la usurpación de la Presidencia de la República por Nicolás Maduro.

La aplicación del artículo 233 constitucional generó un debate sobre si el Presidente de la Asamblea Nacional debía prestar juramento como condición para asumir el cargo de Presidente encargado. Ese debate podía tener fundamento en un entorno de normalidad institucional, pero no así en el régimen *de facto* imperante en Venezuela. Es preciso por ello insistir en que la aplicación del citado artículo 233 fue siempre concebido de manera instrumental, a los fines de crear las condiciones necesarias para lograr el cese de la usurpación de Nicolás Maduro. Por ello, en realidad, un elemento clave era lograr el debido apoyo de la comunidad internacional, lo que desde el Derecho Internacional requería el reconocimiento del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado de la República. Asumir formalmente el cargo de Presidente encargado sin que ello fuese eficaz en el Derecho Internacional, carecía de sentido práctico, pues el objetivo central era procurar el fin de la usurpación de la Presidencia de la República por Nicolás Maduro a través del acompañamiento internacional del proceso de transición en Venezuela, como parte de la dimensión internacional de la transición.

En todo caso, desde un punto de vista constitucional, y de manera automática, el Presidente de la Asamblea Nacional electo el 5 de enero asumió el cargo de Presidente encargado de la República desde el mismo 10 de enero, sin necesidad de formalidad adicional alguna, como condición para asegurar la continuidad jurídica de la Presidencia de la República. El juramento que prestó el Diputado Juan Guaidó al asumir el cargo de Presidente de la Asamblea Nacional, por ello, implicaba el juramento para actuar como Presidente encargado, de pleno Derecho, desde el 10-01-2019¹⁷.

El reconocimiento internacional del Presidente encargado fue alcanzándose de manera gradual, cuando diversos Gobiernos comenzaron a reconocer al Presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado. El 23-01-2019 ese reconocimiento internacional alcanzó un hito importante, cuando el Gobierno de Estados Unidos y otros Gobiernos de Latinoamérica, de manera formal, dieron ese reconocimiento. En ese momento, y con ocasión a los actos políticos en conmemoración del 23 de enero, el Presidente de la Asamblea Nacional ratificó su voluntad de invocar el artículo 233 constitucional a los fines de actuar como Presidente encargado, como paso necesario para lograr la ruta definida en el citado Acuerdo del 15 de enero¹⁸.

¹⁷ Véase en este sentido la opinión de Allan R. Brewer-Carías, “*Juan Guaidó no se ‘autoproclamó’*. En su carácter de Presidente de la Asamblea Nacional, ante la ausencia de un Presidente Legítimamente electo para el período 2019-2025, Juan Guaidó quedó constitucionalmente encargado de la Presidencia de la República a partir del 10 de enero de 2019”, en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/03/190.-Brewer.-Sobre-porqué-Juan-Guaidó-asumió-como-Presidente-encargado-de-Venezuela.-marzo-2019..pdf>

¹⁸ Véase <https://www.infobae.com/america/venezuela/2019/01/23/juan-guaido-hoy-23-de-enero-de-2019-juro-asumir-formalmente-las-competencias-del-ejecutivo-nacional-como-presidente-encargado-de-venezuela/> Hernández, G. José Ignacio: “*De juramentos y procla-*

Algunos medios de comunicación señalaron que el Presidente de la Asamblea Nacional se había “auto-proclamado”, en tanto en el citado evento político del 23 de enero, juró cumplir con el cargo de Presidente encargado¹⁹. Se trató de una errada interpretación de un hecho exclusivamente político, que sin embargo tuvo relevancia constitucional. En efecto, el acto del 23-01-2019 no fue más que un evento político, sin duda realizado por el reconocimiento internacional del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado. Fue en el contexto de ese evento político que el Presidente de la Asamblea Nacional emitió un pronunciamiento político, al jurar cumplir el cargo de Presidente encargado, en ese momento, con el apoyo de los Estados que decidieron reconocerlo.

2. El estatuto que rige la transición como ley y pacto político y los actos constitucionales dictados desde el 10-01-2019

La particularidad del proceso constitucional iniciado en Venezuela a partir del 10-01-2019 exigía implementar soluciones especiales que considerasen la diferencia entre la situación *de iure* y la situación *de facto*. Así, desde una estricta perspectiva constitucional, el Presidente de la Asamblea Nacional ejercía la Presidencia de la República en condición de encargado desde el 10 de enero, pero en los hechos, la Presidencia era ocupada por el régimen de Nicolás Maduro. Ante este *gap* constitucional, el objetivo central planteado por la Asamblea Nacional –como quedó resumido en el Acuerdo de 15 de enero ya comentado– fue procurar el fin de la usurpación de la Presidencia de la República, para promover el progresivo cese del régimen *de facto* de Maduro. Ello se concibió como parte de un objetivo más ambicioso, a saber, restablecer el orden constitucional demolido desde la instalación de la asamblea nacional constituyente. Con lo cual, el ejercicio de la Presidencia de la República por el Presidente de la Asamblea Nacional fue asumida como condición necesaria para procurar el cese de la usurpación y el progresivo restablecimiento del orden constitucional.

Fue con este propósito que desde diciembre de 2018 comenzó a trabajarse en la Ley llamada a regular los aspectos básicos de esta transición, en especial, para llenar las lagunas derivadas del señalado *gap* constitucional, con fundamento en el citado artículo 333. Tal fue el objetivo del *Estatuto que Rige la Transición a la Democracia para Restablecer la Vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* aprobado por la Asamblea Nacional el 05-02-2019²⁰.

mas: una explicación” En: <https://prodavinci.com/de-juramentos-y-proclamas-una-explicacion/>

¹⁹ Véase <https://cnnespanol.cnn.com/2019/01/23/el-presidente-de-la-asamblea-nacional-juan-guaido-jura-asumir-las-competencias-del-poder-ejecutivo/>
<https://www.eitb.eus/es/noticias/internacional/detalle/6149038/el-opositor-juan-guaido-se-autoproclama-presidente-venezuela-23-enero-2019>

²⁰ Sobre el Estatuto, en general, 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

Tal y como se explica en esta sección, el *Estatuto* no fue dictado con el propósito de impulsar de manera instantánea la transición democrática en Venezuela a partir de su fuerza normativa²¹. Como resultado del paulatino desmantelamiento de la democracia en Venezuela –signo del autoritarismo populista analizado previamente– la Asamblea Nacional ha perdido el poder de implementación coactiva de sus decisiones. Así, como resultado del golpe de Estado permanente perpetrado por la Sala Constitucional, el *Estatuto* fue “anulado” bajo la falsa tesis del desacato²². Tal supuesta sentencia no tiene sin embargo relevancia jurídica pues es parte del régimen *de facto* de Nicolás Maduro.

Luego, el objetivo del *Estatuto* fue más bien otro: dictar las reglas que, mediante un pacto político, regirían el proceso de transición democrática en Venezuela a partir de la fase iniciada el 10 de enero. Asimismo, es importante recordar que las transiciones políticas no pueden decretarse, ni son resultado único de decisiones jurídicas. La transición democrática no fue, por ello, decretada por el *Estatuto*, cuyo rol más bien fue servir de pacto político para la transición con la legitimidad derivada del ejercicio del Poder Legislativo.

2.1. Naturaleza jurídica y política del Estatuto: pacto político para la transición. Su finalidad y sus objetivos. La divulgación de los documentos fundamentales de la transición en la Gaceta Legislativa

El *Estatuto que Rige la Transición a la Democracia para Restablecer la Vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*²³ es, jurídicamente, una Ley dictada por la Asamblea Nacional en ejercicio de su función legislativa. La denominación de “Estatuto” se asumió con el propósito de realzar el carácter especial de esa Ley, pues ella está llamada a regular las lagunas derivadas del *gap* constitucional surgido el 10 de enero, con base en el artículo 333 de la Constitución. Esto es, que esta Ley es una de las medidas adoptadas por la Asamblea Nacional para el restablecimiento del orden constitucional.

constitucionalidad”, en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2019/04/193.-Brewer.-doc.-Estatuto-de-transición.-marzo-2019.pdf>

²¹ Las transiciones democráticas responden a procesos, más que a actos. En el caso de Venezuela, a partir del 10-01-2019 inició una nueva etapa de la transición, apalancada en el reconocimiento nacional e internacional del Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado, con base en los artículos 233 y 333 de la Constitución. En general, en cuanto a la transición como proceso, vid. Linz, Juan J. “Transiciones a la democracia”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* N° 51, 1990, pp. 9 y ss. Para el presente caso, vid. Brewer-Carías, Allan, *Transición a la democracia en Venezuela. Bases Constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2019, pp. 41 y ss.

²² Véase sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 6 de 08-02-2019, en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/303636-0006-8219-2019-17-0001.HTML>

²³ Gaceta Legislativa N° 1 extraordinario de 06-02-2019.

Esto no quiere decir que el Estatuto tenga rango constitucional, o que sea contrario a la Constitución. En realidad, no hay contradicción alguna entre el texto de la Constitución y el Estatuto, aun cuando éste suple lagunas que derivan de la señalada diferencia entre la situación de *iure* y la situación de hecho²⁴. Este *gap* quiso llenarse desde la propia Constitución y no fuera de ésta, con lo cual, no se quiso regular el funcionamiento de un Gobierno *de facto* surgido del quiebre del régimen de Maduro, sino de un Gobierno *de iure*, basado en la norma del artículo 233 constitucional. En cierto modo, se quiso asumir un modelo similar a la transición española, esto es, una transición dentro del ordenamiento jurídico en vigor basado en las decisiones del Poder Legislativo.

Debido a la existencia de un régimen autoritario *de facto*, el *Estatuto* no produciría efectos jurídicos inmediatos en Venezuela, aun cuando sí generó efectos inmediatos en los Estados que reconocieron al Presidente de la Asamblea Nacional como Presidente encargado de la República en Venezuela, todo lo cual demuestra la relevancia jurídica de esta Ley.

Pero además de ello, el *Estatuto* debe ser interpretado como el pacto político para ordenar la transición y reducir así la incertidumbre de este proceso. La existencia de estos pactos es un elemento común en ciertos procesos de democratización. Lo distintivo del *Estatuto* es que no es un pacto dictado por grupos u organizaciones políticas, sino un pacto que, revestido de forma de Ley, fue dictado por el legítimo titular del Poder Legislativo²⁵.

En tal sentido, el Estatuto asume como cometido básico regular la transición democrática en Venezuela (artículo 1), definida en el artículo 2 de la siguiente manera: "*A efectos del presente Estatuto se entiende por transición el itinerario de democratización y reinstitucionalización que incluye las siguientes etapas: liberación del régimen autocrático que oprime a Venezuela, conformación de un Gobierno provisional de unidad nacional y celebración de elecciones libres*".

En sintonía con el concepto tradicional de transición democrática ya estudiado y como ya había sido definido en el Acuerdo de 15 de enero, el Estatuto asumió la transición en tres fases, cuyo orden y pertinencia es expuesto en el punto siguiente. Basta con señalar que estas fases partieron de la ineficacia jurídica de la elección del 20 de mayo²⁶ y, por ende, en la necesidad

²⁴ Así se expresa en la exposición de motivos del *Estatuto*, de acuerdo con la cual éste "es un acto en ejecución directa e inmediata del artículo 333 de la Carta Magna. Su propósito es volver a la Constitución desde la propia Constitución para ofrecer un cauce ordenado y racional al inédito e inminente proceso de cambio político que ha comenzado en el país. Se trata de una iniciativa normativa de la Asamblea Nacional que aspira a preservar la Constitución de 1999 como pacto de convivencia para la vida cívica de los venezolanos y como fundamento de la transición democrática". El artículo 4 del *Estatuto* ratifica su naturaleza de Ley.

²⁵ Sobre la relevancia de los pactos políticos en los procesos de democratización, vid. O'Donnell, Guillermo y Schmitter, Phillipe, *Transitions from authoritarian rule. Tentative conclusions about uncertain democracies*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1986, pp. 37 y ss.

²⁶ Según el artículo 8, "el evento político celebrado el 20 de mayo de 2018 no fue una legítima elección presidencial. En consecuencia, no existe presidente electo legitimado para asumir la

de aplicar el artículo 233 de la Constitución a los fines de lograr el cese de la usurpación, o sea, la liberación del régimen *de facto* de Nicolás Maduro. Para ello, el Estatuto ratificó la constitucionalidad de la desobediencia al régimen de Maduro, en especial, por parte de los funcionarios e integrantes de las Fuerzas Armadas²⁷.

Ahora bien, los artículos 3 y 6 diferenciaron los *fines de la transición democrática de los objetivos del Estatuto*. Así, los fines de la transición son *“el pleno restablecimiento del orden constitucional, el rescate de la soberanía popular a través de elecciones libres y la reversión de la emergencia humanitaria compleja, con el propósito de rescatar el sistema de libertades, garantías constitucionales y los derechos humanos”*. Nótese que, en sintonía con lo ya expuesto, la transición fue asumida no solo en función a la reinstauración de la democracia, sino, además, en función a la atención de la emergencia humanitaria compleja.

Por ello, los objetivos del Estatuto, definidos en el artículo 6, comprenden objetivos *constitucionales, democráticos y humanitarios*.

En efecto, desde un *punto de vista constitucional*, el Estatuto se orienta a *“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, permitiendo a la Asamblea Nacional iniciar el proceso de restablecimiento del orden constitucional y democrático”* (numeral 1). Esta norma colocó a la Asamblea Nacional en el centro del proceso de transición en el ámbito doméstico, con el propósito de promover el restablecimiento efectivo del orden constitucional, comenzando por la designación constitucional de las autoridades del Poder Público que han sido cooptadas por el régimen de Maduro y su fraudulenta constituyente²⁸, muy en especial, en relación con la Fuerza Armada²⁹. Además, la Asamblea Nacional asumió un rol central en el ámbito internacional, como quedó reflejado en numeral 2, conforme al cual el Estatuto establece *“los lineamientos conforme a los cua-*

Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela para el período 2019-2025”. Como resultado de ello, el artículo 9 dispuso que *“el ejercicio de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela por parte de Nicolás Maduro Moros o por cualesquiera otros funcionarios o personeros del régimen de facto constituye usurpación de autoridad en los términos del artículo 138 de la Constitución”*.

²⁷ De acuerdo con el artículo 10, la *“usurpación de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela deriva del ejercicio de ese cargo por quien no es presidente electo ni tiene la cualidad constitucional para ejercerlo. Todos los actos del poder usurpado a partir del 10 de enero de 2019 se consideran nulos e ineficaces, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”*. Como corolario de ello, el artículo 11 dispuso que *“ningún ciudadano, investido o no de autoridad, obedecerá los mandatos de la autoridad usurpada. Los funcionarios públicos que contribuyan con la usurpación comprometerán su responsabilidad”*.

²⁸ Por ello, a través del Estatuto, la Asamblea Nacional definió *“los criterios de oportunidad y celeridad para designar o ratificar a los titulares del Poder Ciudadano, el Poder Electoral y el Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución y las leyes”* (numeral 5).

²⁹ De acuerdo con el numeral 6, el Estatuto fija *“los lineamientos para garantizar la integración constitucional de la Fuerza Armada Nacional en el proceso de transición democrática, de conformidad con las directrices del artículo 328 de la Constitución”*.

les 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". Este objetivo se concretó en la ratificación de la competencia de la Asamblea Nacional para autorizar la celebración de los Tratados necesarios para reinsertar a Venezuela en la comunidad internacional democrática, especialmente, para la promoción y defensa de los derechos humanos³⁰.

Este objetivo constitucional tomó en cuenta la fragilidad del Estado venezolano y el deterioro del monopolio legítimo de la violencia en todo el territorio. Por lo anterior, el artículo 16.5 alude a la necesidad de "adoptar medidas que permitan el rescate de la soberanía estatal en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela".

En cuanto a los objetivos democráticos, el Estatuto no solo se orienta a fijar el marco para la celebración de elecciones presidenciales de conformidad con los estándares internacionales y nacionales de integridad electoral³¹, sino que además define los lineamientos para la restauración de la democracia constitucional a través del pluralismo y la reconciliación³², lo que se tradujo en el concepto de "Gobierno de unidad nacional"³³. Con ello, el Estatuto reconoció que la transición democrática en Venezuela se desenvolvía en una sociedad sumida en un conflicto político, social y económico, caracterizado por las políticas predatorias de los regímenes de Chávez y Maduro.

Asimismo, y desde el punto de vista económico, el Estatuto define "las bases para la transición económica en los términos del artículo 299 de la Constitución y para revertir la emergencia humanitaria compleja" (numeral 7). Esto es, la transición del sistema económico anárquico al sistema de economía de mercado, con el fin inmediato de atender la emergencia humanitaria completa.

Por ello, el Estatuto es la Ley básica que regula la compleja transición en Venezuela, tomando en cuenta sus aristas políticas (la liberación del régimen de Nicolás Maduro a los fines de poder celebrar elecciones libres, justas y transparentes), económicas (la reconstrucción de los mecanismos de mercado) y estatales (el fortalecimiento de la capacidad estatal y la erra-

³⁰ El Estatuto tiene como propósito "reinsertar plenamente al Estado venezolano en los organismos internacionales de protección de derechos humanos dejando sin efecto la denuncia de la Carta de la OEA, ratificando de nuevo la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisdicción contenciosa obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; así como ratificar los demás tratados sobre derechos humanos en el sistema interamericano y en el sistema de Naciones Unidas".

³¹ El Estatuto establece "el marco general para implementar las reformas orientadas a rescatar la soberanía popular a través de elecciones libres, competitivas y transparentes" (numeral 8).

³² Según el numeral 3, el Estatuto se orienta a "sentar las bases para iniciar el proceso ciudadano de reconciliación nacional".

³³ El Estatuto establece "los lineamientos políticos que guiarán las acciones de la Asamblea Nacional para la conformación de un Gobierno de unidad nacional que supla la ausencia de Presidente electo hasta tanto se celebren elecciones libres y transparentes en el menor tiempo posible" (numeral 4).

dicación de organizaciones criminales). El *Estatuto* no pretende agotar todas las Leyes que deberán ser dictadas para lograr sus objetivos. Por el contrario, y siempre de acuerdo con la dinámica política, corresponderá a la Asamblea Nacional dictar otras Leyes y medidas de aplicación de la Constitución (artículos 31 y 39).

La publicación de todas esas decisiones, y también, de los actos administrativos dictados en ejecución del *Estatuto* no era posible debido a la usurpación de la Presidencia y con ello, de la Gaceta Oficial. Esta situación fue regulada en el artículo 38 del *Estatuto*, conforme al cual y en “*virtud de la imposibilidad de acceder a la Gaceta Oficial debido al régimen de facto y a la usurpación que imperan en Venezuela, el presente Estatuto y las decisiones que se implementen serán publicados en los medios de divulgación que a tales efectos determine la Asamblea Nacional*”. Además, según esa norma:

...mientras persiste la situación señalada en este artículo, las Leyes y Acuerdos dictados por la Asamblea Nacional, así como las decisiones dictadas por el Presidente encargado de la República, serán publicadas en la Gaceta Legislativa, de conformidad a lo dispuesto en el Reglamento Interior y de Debates. Las Leyes, Acuerdos y demás decisiones entrarán en vigencia a su publicación en la Gaceta Legislativa, incluso en formato digital. La Ley de Publicaciones Oficiales aplicará de manera supletoria.

Por ello, se procedió a crear a la Gaceta Legislativa, órgano de divulgación de la Asamblea Nacional con el requisito de divulgación necesario para la debida publicidad de los documentos jurídicos fundamentales de la transición, con base en lo dispuesto en el artículo 216 de la Constitución.

2.2. Justificación de la ruta para la transición democrática: cese de la usurpación, Gobierno de transición y elecciones libres

El artículo 7 del *Estatuto* puede considerarse la norma central de esa Ley, pues en sintonía con el concepto tradicional de transición, y siguiendo lo dispuesto en el Acuerdo de 15 de enero, definió la transición democrática en tres etapas.

2.2.1. El cese de la usurpación

La *primera* etapa es la liberación del régimen dictatorial, que ocurrirá con el cese de los poderes *de facto* que ejerce Nicolás Maduro Moros. Este es el “cese de la usurpación”, esto es, el fin de la usurpación de la Presidencia de la República por Nicolás Maduro bajo poderes *de facto*, derivados de la inexistencia jurídica del evento electoral del 20-05-2018.

Ahora bien, el cese de la usurpación es un concepto deliberadamente amplio, que alude al progresivo desmantelamiento del Estado de Derecho en Venezuela, proceso que como explicamos, se aceleró luego de la instalación de la fraudulenta e ilegítima asamblea nacional constituyente, lo que llevó al fraude del 20 de mayo. Ciertamente Maduro usurpa la Presidencia de la República desde el 10 de enero, pero esa no es la única usurpación existente

en Venezuela. Por el contrario, todo el Gobierno puede considerarse *de facto*, al derivar de la usurpación de la soberanía popular por la fraudulenta asamblea nacional constituyente, bajo el control de Nicolás Maduro, e incluso, al derivar del golpe de Estado permanente en contra de la Asamblea Nacional iniciado en diciembre de 2015.

Por ello, el sentido exacto del “cese de la usurpación” no es únicamente la salida física de Nicolás Maduro de la Presidencia de la República, pues la usurpación de autoridad en Venezuela no inició el 10-01-2019. Tampoco puede interpretarse que ese cese debe lograrse de manera automática: más preciso es aludir al *inicio del cese progresivo de la usurpación*, o si se quiere, *al inicio del proceso progresivo de restablecimiento del orden constitucional*. De allí que, en su adecuada interpretación constitucional, el cese de la usurpación describe el proceso progresivo de restaurar el orden constitucional, a partir de la liberación del régimen autoritario de Nicolás Maduro.

Que el cese de la usurpación no pueda limitarse solo a la salida del régimen de Nicolás Maduro, recuerda la complejidad del proceso de transición en Venezuela. Así, la salida de ese régimen sin que ello de paso a la conformación efectiva del Gobierno provisional de unidad nacional, podría agravar más todavía la gobernanza en Venezuela y acelerar así el proceso de colapso del Estado venezolano, de manera similar a como ha sucedido en ciertos países africanos. En efecto, el régimen de Maduro puede ser desplazado por otro régimen autoritario con una capacidad incluso más limitada de actuación, todo lo cual acelerará el colapso de Venezuela. El cese de la usurpación es, por ende, una condición que debe dar paso a una transición de poder ordenada y efectiva, que asegure la sostenibilidad del proceso de transición en el tiempo.

Lo fundamental es, así, el cese de los poderes *de facto* que ejerce Maduro con base en la fraudulenta elección presidencial y el funcionamiento de la ilegítima asamblea nacional constituyente. La liberación de esos poderes, que pasa por el fin del deber de obediencia, permite el tránsito progresivo hacia el ejercicio *de iure* de los poderes públicos como parte del restablecimiento del orden constitucional amparado en el artículo 333 constitucional.

Con lo cual, el cese de la usurpación alude al tránsito del autoritarismo no-competitivo hacia la democracia constitucional, todo lo cual debe iniciarse con el fin de los poderes *de facto* del régimen de Maduro que impiden avanzar en ese proceso de democratización a través de elecciones libres, justas y competitivas. Esto pasa, por ende, por producir el quiebre en los pilares de soporte del régimen de Maduro, que como vimos, no se limitan solo a la debilitada burocracia militar y civil, sino también a las organizaciones informales asociadas al crimen organizado.

2.2.2. La conformación del Gobierno provisional de unidad nacional

La *segunda* etapa es la “*la conformación de un Gobierno provisional de unidad nacional que asegure restablecer el sistema democrático y convocar*”

elecciones libres". No basta con el cese de los poderes *de facto*. Además, es necesario procurar progresivamente el restablecimiento del orden constitucional y la gobernanza pública, lo que se hará a través del "Gobierno provisional de unidad nacional". Se trata, así, de un Gobierno provisional, pues se mantendrá hasta tanto se logre la realización de elecciones presidenciales justas, libres y transparentes. Además, es de "unidad nacional" en el sentido que el Gobierno debe procurar la integración de las diferentes fuerzas políticas comprometidas con el restablecimiento de la Constitución en el marco del pluralismo político y la reconciliación nacional.

A pesar de que ese Gobierno surge de una situación *de facto*, no se trata de un Gobierno *de facto* sino de un Gobierno *de iure*, amparado en el artículo 233 de la Constitución, como lo precisan los artículos 25 y 26 del *Estatuto*. Así, cesada las funciones *de facto* del régimen de Maduro, la Asamblea Nacional proveerá el cargo de Presidente encargado a través del Presidente de la Asamblea Nacional, quien deberá conformar un Gobierno plural, y en general, cualquier otra decisión encaminada a cumplir con el artículo 333 constitucional. Una figura clave al respecto es el Consejo de Estado previsto en el artículo 251 constitucional, y que puede cumplir un rol esencial en la conciliación de decisiones para la adopción de políticas públicas orientadas a atender la emergencia humanitaria compleja, como primera prioridad del Gobierno provisional de unidad nacional. De igual manera, puede ser de utilidad el fortalecimiento del rol de la Vicepresidencia Ejecutiva de la República. Tal cargo, marginado por la exacerbación del presidencialismo instaurado por el régimen de Chávez, puede permitir la separación entre las funciones políticas del Gobierno presidido por el Presidente encargado de la República designado por la Asamblea Nacional, y las funciones técnicas de la Administración Pública, directamente dirigidas por el vicepresidente ejecutivo.

La existencia del Gobierno provisional de unidad nacional se justifica por diversas razones. Así, el *Estatuto* comprendió que la salida del régimen de Maduro no es una condición suficiente, sino necesaria. Sin las condiciones adecuadas, la salida de Nicolás Maduro puede agravar el proceso de colapso de Venezuela alejando la posibilidad de una transición democrática exitosa. Por ello, la salida de Nicolás Maduro debe ir acompañada de la inmediata conformación del Gobierno de unidad nacional que pueda tomar las decisiones políticas esenciales para afrontar el colapso de Venezuela, mientras se organizan elecciones presidenciales libres, justas y transparentes³⁴.

Por ello, el rol principal de ese Gobierno provisional de unidad nacional es atender la emergencia humanitaria compleja, de acuerdo con el programa de gobierno definido bajo el control de la Asamblea Nacional. Ese plan de gobierno, además, irá acompañado de las Leyes que deberá dictar la Asam-

³⁴ Según el artículo 12, "el cese de la autoridad usurpada por parte de Nicolás Maduro Moros y la conformación de un Gobierno provisional de unidad nacional constituyen los elementos concurrentes que configuran la liberación del régimen autocrático establecida en el artículo 2 del presente Estatuto".

blea Nacional. Ello permitirá asegurar que, más allá del resultado de la elección presidencial, se asegure la continuidad de las políticas orientadas a atender la transición económica y la transición del Estado venezolano³⁵.

La instalación de ese Gobierno no implica, por ello, la consolidación del proceso de democratización en Venezuela ni mucho menos el fin del régimen *de facto*. Aun cuando tal Gobierno sea instalado de conformidad con las legitimidad y legalidad derivadas del *Estatuto*, lo cierto es que se mantendrán las condiciones que impiden el funcionamiento adecuado del Estado de Derecho, en especial, para rescatar las condiciones electorales que permitirían realizar elecciones presidenciales competitivas.

2.2.3. Elecciones presidenciales

Finalmente, la transición democrática supone *"el restablecimiento del Estado democrático con la celebración de elecciones libres, transparentes y competitivas en el menor tiempo posible"*. Tal restablecimiento es progresivo, y alcanza en esta etapa a las reformas mínimas para restaurar las condiciones de integridad electoral, necesarias para asegurar elecciones presidenciales razonablemente libres, transparentes y justas *"en el menor tiempo posible"*. Con ello, el *Estatuto* reconoció que no era posible la inmediata celebración de elecciones, visto el grado de destrucción de las condiciones de integridad electoral, como se explica en detalle luego.

Es importante destacar que el propósito del *Estatuto* no fue condicionar esas elecciones al restablecimiento pleno y efectivo de todas las condiciones de integridad electoral, pues ello exigirá reformas asociadas al restablecimiento del Estado de Derecho que no pueden alcanzarse en el lapso máximo de doce meses previsto en el *Estatuto*. El objetivo es más modesto: lograr las reformas mínimas que permitan realizar elecciones competitivas, aun cuando el Estado de Derecho todavía no haya sido restablecimiento de manera integral. En otras palabras, el tránsito del autoritarismo no-competitividad a la democracia constitucional exige una etapa intermedia de competitividad electora funcional, o sea, las reformas que permitan al pueblo venezolano, razonablemente, elegir al presidente de la República más allá de las imperfecciones remanentes.

De esa manera, la opción del *Estatuto* es lograr el cese de la usurpación por mecanismos no-electorales. Así, el restablecimiento gradual de la democracia constitucional no puede iniciar por las elecciones presidenciales, pues no existen condiciones adecuadas para ello. Es preciso lograr, primero,

³⁵ De acuerdo con el artículo 27 del *Estatuto*, *"la Asamblea Nacional, previa consulta con la sociedad civil y con las organizaciones con fines políticos, aprobará mediante acuerdo parlamentario las reglas de gobernabilidad y las directrices del programa mínimo que, dentro de los principios de la economía social de mercado, ejecutará el Gobierno provisional. A tal efecto se tendrán en consideración los lineamientos para la transición política y los lineamientos para la transición económica derivados de lo establecidos en los artículos 17 y 18 del presente Estatuto. El mencionado programa mínimo respetará los principios del régimen socioeconómico y de la función del Estado en la economía que están establecidos en el artículo 299 de la Constitución"*.

el restablecimiento progresivo de la democracia constitucional para permitir introducir las reformas básicas que, ahora sí, permitan la celebración de elecciones razonablemente libres, justas y transparentes.

De ello se deriva que estas elecciones no marcan –necesariamente– la consolidación democrática de la transición venezolana, pues la compleja transición deberá seguir avanzando. Con lo cual, las elecciones competitivas son un paso más hacia la consolidación de la compleja transición en Venezuela.

2.2.4. La interpretación dinámica de las fases de la transición

Estas fases no pueden ser interpretadas de manera rígida, como si se tratase de un ejercicio puramente académico. Toda transición política es por definición dinámica. Por ello, más que fases cerradas y consecutivas, el *Estatuto* quiso delinear cuáles son las condiciones que debían cumplirse para lograr la transición democrática. Para ello, se consideró que no era posible celebrar elecciones presidenciales libres, transparentes y justas si antes no se logra la liberación del régimen de Maduro mediante el cese de la usurpación. La forma en la cual esos objetivos se cumplen queda condicionada por la dinámica política, como quedó en evidencia durante el 2019.

Luego, estas tres fases que define el *Estatuto* no son una receta cerrada para la transición democrática, pues ninguna transición se construye sobre recetas prefabricadas. El rol del *Estatuto* aquí es otro, a saber, definir los principios por medio de los cuales la transición democrática podrá alcanzarse, siempre atendiendo a la dinámica política y a la naturaleza cambiante del régimen de Nicolás Maduro.

A su vez, el *Estatuto* tuvo presente la naturaleza compleja del proceso de transición en Venezuela, que como hemos explicado, alcanza tres dimensiones. En cierto modo, estas dimensiones condicionan el alcance que la transición podrá tener. Así, frente a la necesidad de tomar el tiempo necesario para asegurar las reformas electorales básicas, se contraponen la urgencia requerida para atender la emergencia humanitaria; frente a la necesidad de implementar efectivamente las decisiones políticas amparadas en el *Estatuto*, se contraponen la ausencia de un Estado capaz de asumir ese proceso de implementación.

De allí, se insiste, el error de valorar el *Estatuto* como una norma que simplemente regula una transición política ordenada rígidamente, pues ese no es el caso de Venezuela. Junto a la transición democrática, es necesario asegurar el éxito de la transición económica y de la transición del Estado: el fracaso de cualquiera de esas facetas de la transición implicará el fracaso del resto de esas facetas y, por ello, la aceleración del colapso del Estado venezolano.

En resumen, las tres fases indicadas no responden a un orden rígido y secuencial sino a la naturaleza del problema que debe solucionarse. Así, el elemento central es lograr elecciones presidenciales libres, transparentes y

justas en condiciones razonables de integridad electoral, lo cual no es posible si antes no se rescatan esas condiciones. Para ello, es necesario liberar el régimen autoritario de Maduro, pues mientras éste se mantenga, no será posible realizar elecciones competitivas, pero sí elecciones que favorezcan al régimen de Maduro. Como sea que entre esa liberación y la celebración de elecciones debe mediar un lapso, entonces, es preciso asegurar reglas de gobernanza que permitan atender la emergencia humanitaria compleja y la reconstrucción del Estado para ejercer el monopolio legítimo de la violencia en todo el territorio.

JUSTICIA TRANSICIONAL EN LA ESPECIFICIDAD DEL CONFLICTO VENEZOLANO: ¿QUIÉN ES EL ENEMIGO?

Tulio Alberto Álvarez*

A manera de introducción

Confundir la entidad de un proyecto de reconciliación nacional como política de Estado con los actos y procesos de ejecución de tal decisión constituiría un desatino en la configuración de las políticas públicas que deben ser diseñadas para lograr el objetivo planteado. Ese es el riesgo que detecto al denominar como “Justicia Transicional” a ese plan que puede ser acompañado de las mejores intenciones; o, al contrario, ser concebido como elemento estratégico para tomar ventajas alguno o todos los factores en conflicto.

Pero ese es un término aceptado, casi en el sentido de una moda, a pesar de expresar un contrasentido por varias razones: (i) La Justicia es un valor y, como tal, se desfigura al mediatizarlo; (ii) Lo transitorio denota elementos de conveniencia y arbitrariedad que se alejan de la propia concepción de Justicia; y (iii) Constituye, en la práctica, el presagio de un revés ya que refleja cierta voluntad de moldear un principio de acuerdo a las coyunturas que se presenten, preanunciando a la impunidad como uno de los grandes peligros de ese esquema. Pero parece que las modas se imponen contra toda racionalidad y este podría ser un buen ejemplo.

La decisión de ejecutar el proceso implica concertación de factores contrapuestos o colaterales, generalmente la revisión del Texto Constitucional para adecuar el proceso y su resultado al orden normativo del Estado y el entendimiento de las partes enfrentadas. Además, supone precisar anticipadamente las acciones que deben derivar del acuerdo al que se pretende llegar como garantía de cumplimiento del mismo. Si no se detallan previa-

* Tulio Álvarez (tulioalvarez17@gmail.com) es actualmente Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello y profesor de Derecho Procesal y Derecho Constitucional en la misma universidad (Desde 1983 y Titular desde 2008). También es Jefe de Cátedra de Derecho Constitucional (Designado en 2012) de la Universidad Central de Venezuela en la cual es profesor en dicha materia, en derecho procesal y romano desde 1989, con escalafón de Titular desde 2010. También se desempeña como profesor en los doctorados de Ciencias Sociales, Historia y Derecho; además de las maestrías de Filosofía, Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Es egresado del Programa de Estudios Avanzados en Teología y de la Maestría en Teología Fundamental, Magister en Historia y Doctor en Derecho.

mente los instrumentos a ejecutar, cualquiera de las partes podría encontrar justificaciones o alegar la maquinación de la otra para incumplir los acuerdos. Por otra parte, el que se trate de un proceso temporal no implica que sea controlable en su duración, impacto y efectos inmediatos.

Complejo será este esfuerzo de acoplar el trámite de ejecución y contener los excesos, aunque una nimiedad comparado con el costo humano y material por la continuación de un conflicto. De manera que no puedo descartar estos instrumentos de antemano, así como tampoco pueden presentarse como la panacea de los males que aquejan a una sociedad victimizada por la violencia de sus actores.

Pero enfocándonos en el mayor de los peligros, la impunidad, hay que partir de la *“particular organización y las características”* del Poder Judicial y sus órganos, expresión que utilizo para atenuar un poco el tono al referir el sistema de antivalores vigente en la administración de Justicia venezolana, contraponiéndolos a la propia naturaleza de una Justicia integral y la forma en que se debería administrar. Por una parte, la declarada tendencia garantista, tan solemnemente consagrada en los textos constitucionales y legales, ha sido reinterpretada discrecionalmente y a conveniencia por una Sala Constitucional que se asume el constituyente legítimo; en otra dirección, la bochornosa parcialidad de jueces politizados y corruptos que desvirtúan las reglas más elementales del debido proceso.

¿Es a ellos a quienes les brindaremos el poder superior de adaptar el orden jurídico, aún más de lo que lo han desfigurado, a las coyunturas políticas y a fórmulas de conveniencia? ¿Confiamos tanto en la prudencia de quienes son responsables directos del conflicto? ¿Les daremos la oportunidad de continuar disponiendo de los derechos ciudadanos, los de los eventuales procesados y la vigencia de las garantías judiciales que tanto han violado durante dos décadas?

Dramático también será constatar que un requisito del proceso estará en orden de una adecuada flexibilidad en los criterios para decidir, la definición de las fórmulas interpretativas, la metodología y el alcance de las *“normas garantistas”* que servirán de guía a la ejecución de los instrumentos que se acuerden. Riesgo magno ya que si un país ha sufrido los excesos del liberalismo judicial ese es Venezuela. Lo que quiero trasmitir desde el inicio mismo de estas reflexiones es que no existe un modelo único y definido de resolución de conflictos bajo la definición de Justicia Transicional. Esto implica que serán tan variados como la coyuntura de cada país propicie y, lo más relevante, deben adaptarse al tipo de conflicto que se pretende neutralizar.

1. De la Venezuela utópica a la Venezuela anómica

Comencemos por entender la perplejidad de una sociedad y la comunidad internacional que han constatado una absurda involución política, económica, social y cultural, a pesar de los ingentes recursos y la consolidación de un paradigma democrático en el país; en su origen, una conceptualiza-

ción utópica de pluralismo bajo la vigencia de la Constitución de 1961. La bonanza produjo, al tiempo, un apetito popular voraz que exigía al sistema político aquello que no podía dar sin una adecuación estructural y funcional. Los partidos no se acompañaron, en su vida interna, a la evolución de ese esquema plural; tampoco se mantuvo la práctica de una ética gubernamental que protegiera la administración de los recursos públicos, más allá de lo adjetivo de los sistemas institucionales de control de ejecución presupuestaria.

Después de tres décadas ininterrumpidas de logros, en lugar de un futuro esperanzador, la sociedad venezolana manifestó una crítica feroz a una configuración de hacer política que era tomada en otros países como modelo. En esta estrategia de desgaste jugó un papel determinante la preponderante manipulación de algunos medios de comunicación social que pretendían controlar la toma de decisiones políticas fundamentales en función de sus propios intereses. La deformación de la opinión pública fue aprovechada por factores económicos parasitarios que se refugiaban en la sombra estatal para cubrir su improductividad y por los factores políticos, derrotados en la insurgencia revolucionaria de los años sesenta, para posicionarse y atacar de nuevo.

Tremenda ironía, mientras mayores fueron los avances en materia educativa, asistencial, infraestructura y en todos los órdenes del desarrollo social, mayor el desencanto y las exigencias de la población ante un Estado hidrocéfalo. El congelamiento de la forma de hacer política, la campaña de prestigio institucional y la incapacidad para transmitir la entidad de los logros democráticos crearon un ambiente propicio para cualquier aventura; y los aventureros se manifestaron, algunos tenían un plan y lo ejecutaron. Y ese esquema era la destrucción institucional bajo la promesa de un orden nuevo maquillado con promesas populistas. Los logros de la República se nublaron en la memoria colectiva, la institucionalidad democrática se devalló abruptamente y la obra levantada, bajo el consenso constitucional del arquitecto de 1961, se manifestó vetusta a pesar de que algunos de sus postulados ni siquiera fueron inaugurados u operativos.

Pero insistamos en la ineficacia sobrevenida del sistema diseñado por la Constitución de 1961 y la obstaculización de los procesos de cambio institucional por los factores predominantes en la última década del siglo pasado. Se ve todo tan lejano. Provocó un cortocircuito funcional que sirvió de terreno fértil para movimientos militares y desórdenes sociales que culminaron en los golpes de Estado de 1992. La concepción utilitarista de la carga prestacional de un Estado, basada en la satisfacción de clientela partidista, desvió los fines de la organización política y provocó la propuesta de revisión constitucional; bloqueada por el *status quo* conformado por las élites dominantes, en la última década del siglo XX. Al producirse la sustitución de los detentadores del poder, en las elecciones de 1998, el primer paso de la élite insurgente fue convocar el proceso constituyente que no se había dado en su momento.

Una de las paradojas del activismo concentrado en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 fue que, calificándose como participativo y legitimador, produjo un instrumento sin un verdadero debate. Así se perdió una oportunidad única y se desacreditó toda propuesta de revisión posterior. La discusión, tal como se presentó, fue el mecanismo para eludir una cita con la historia. Se desaprovechó la oportunidad de revisar el fundamento de un orden constitucional, inclusive un orden social, con vigencia dudosa. En lugar de integrar al país, se ejecutó una estrategia de enfrentamientos.

El proceso fue un fracaso desde una valoración de cultura política y constitucional. La vocación por el control absoluto del poder era tal que se aplastó la institucionalidad a pesar de que el fin del camino constituyente supuestamente permitiría un régimen de transición que adecuaría la vida política del país a una nueva dimensión democrática. El objetivo estaba muy alejado de una adecuada y paulatina revisión de la Carta Fundamental. Era destruir el sistema político diseñado en 1961 y con él la dogmática garantista de libertades. Se desfigura la Venezuela democrática y sus restos se utilizan como abono en la siembra del odio. Nació una Venezuela en la que se instauró un Estado Forajido que devino en fallido. Nos convertimos en la *Venezuela anómica* del siglo XXI.

2. Componentes del conflicto venezolano

Mi exposición asumirá entonces la definición del conflicto como el aspecto neurálgico para evaluar la factibilidad de ejecución de instrumentos de Justicia Transicional, sea en Venezuela o en cualquier otro escenario. Solo así se podrán delinear conjeturas sobre las posibles consecuencias que derivarán de tal ensayo. Será en la concreción de la exacta dimensión de la confrontación el punto en que se encontrará la base inicial de los acuerdos de paz y reconciliación.

Por la misma naturaleza de estos procesos, alejados de la normalidad constitucional, los instrumentos tradicionales del sistema político se muestran insuficientes para afrontar una resolución pacífica. A tal situación extraordinaria corresponderán entonces las medidas y acciones excepcionales. De manera que el diseño planteado y ejecutado exitosamente, en una determinada situación, podría resultar un remedo catastrófico al intentar su materialización en circunstancias disimiles. Precisamente, ese es el peligro de las modas, más si están politizadas.

2.1. La naturaleza del conflicto

El caso venezolano no encuadra en los típicos escenarios de conflicto ni por sus motivaciones, ni por sus modalidades, tampoco por sus actores. No se trata de un "*conflicto bélico convencional*" que se resuelva con mecanismos de mediación e intervención de la comunidad internacional. No entra en la categorización de "*conflicto foquista o local*" que se desarrolla en un ámbito territorial limitado, en el que se enfrentan movimientos insurgentes con las fuerzas armadas convencionales; o, un "*conflicto intercomunitario*",

producto de contradicciones étnicas, tribales o religiosas. Error inaceptable sería asumir que en Venezuela existe un conflicto político simple que se enmarca como "*conflicto intra societario*" producto de enfrentamientos originados en la contradicción de intereses peculiares; específicamente, la lucha por el poder político. Nuestro conflicto es de una complejidad pasmosa que irradia sus efectos más allá de nuestras fronteras porque algunos de sus actores son Estados, corporaciones u organizaciones criminales transnacionales.

En estos tiempos, los conflictos por el poder en el marco de una sociedad determinada han adquirido una especial connotación por la violencia que manifiestan y los métodos que ejecutan. Así se ha manifestado un tipo de "*conflicto generado por el terrorismo de Estado*", los cuales nos incumben a los países latinoamericanos con especial sugestión. En general, los regímenes políticos latinoamericanos se revelaron sumamente frágiles en el siglo XX. La explicación puede encontrarse en el hecho de que la utilización de los métodos violentos pretende suplir los procesos válidos para cambiar a los gobernantes o reformar las instituciones, a veces impracticables por ser demasiados rígidos o por la obstaculización fraudulenta de los mismos.

Fijémonos en la consumación de golpes de Estado, facilitados por coyunturas sociales y económicas que crean malestar en la población, como mecanismo tradicional del militarismo latinoamericano. Los gobiernos militaristas que han sido detentadores del poder han ejecutado un proceso sistemático de contención social desviando su misión institucional bajo las más disimiles justificaciones. La comunidad internacional reaccionó, siempre a destiempo, bajo la premisa de que estos regímenes autoritarios se mantenían bajo un esquema de violación de derechos humanos. Y hasta este punto se produjo una intervención que pretendía aislar a estas dictaduras.

Pero las enfermedades de la democracia mutan y el bajo nivel de conciencia política en los integrantes de la sociedad evita que se creen los anticuerpos necesarios para enfrentar los renovados embates del autoritarismo. El ensayo antidemocrático asume otro estilo, utilizar los mecanismos de la misma democracia para asaltar la organización estatal, modificar unilateralmente las reglas del juego político y concentrar el poder bajo la amenaza de la fuerza pública y el perfeccionamiento de los mecanismos de represión, dificultando en grado sumo la reacción, movilización y protesta del mundo civil.

La estrategia ha sido básicamente inmoral pero no deja de tener cierta lógica. Con el control sin límites del poder político también se dominan los recursos del Estado y se crea una estructura paralela de poder económico que retroalimenta a ese poder forajido. Simultáneamente, se forman bloques de poder internacional con la donación de los recursos nacionales, se amparan procesos de insurgencia en otros países y hasta se facilitan las actividades de grupos transnacionales del crimen organizado. En este sentido, Venezuela ha sido el modelo a seguir y los siguientes son los principales elementos que le dan especificidad al conflicto.

2.2. Democracia humillada, el fraude constitucional

La clave del asalto al poder político en Venezuela estuvo en desechar la insurgencia revolucionaria a cuenta de la escogencia del camino electoral, aprovechando las debilidades y vicios de la democracia. A partir del año 1999 se produjo el desmontaje y sucesivo empoderamiento institucional utilizando a la Asamblea Nacional Constituyente como instrumento de concentración del poder. No fue propiamente por el contenido de la Constitución de 1999; al contrario, esa Carta que debía ser fundamental y que sigue en fórmula de continuidad a su precedente, fue desconocida desde el mismo momento de su aprobación.

Se utilizó la figura del Poder Constituyente para anular el funcionamiento constitucional del Estado y eliminar todo control o separación funcional del poder. Entramos así a un proceso de deterioro que retó todos los principios y valores que fundaban la sociedad venezolana, fomentando la violencia, manifestando la más flagrante corrupción y depredando los recursos de la Nación. Así nos adentramos en el proceso de desintegración nacional.

Después del referendo revocatorio de 2004 y su secuela de ensayos electorales, el interés fundamental del Régimen ha sido consolidar su estructura de poder a través de eventos electorales signados por el fraude y el ventajismo. Para ello ha utilizado los recursos del Estado con la cómplice validación de organizaciones e individualidades que legitiman al Consejo Nacional Electoral en su intento de disfrazar el control absoluto sobre las condiciones del proceso.

El proceso electoral de 2006 constituye un franco ejemplo del por qué el sistema electoral no puede calificarse como democrático. Fueron cuatro las circunstancias fraudulentas que derivaron en la degeneración política: Un Consejo Nacional Electoral ilegítimo y parcializado designado en contra de la norma constitucional, un sistema electoral que pervierte la voluntad de los ciudadanos a través de un mecanismo automatizado que vale *per se* y que no admite la verificación manual del resultado, un Registro Electoral absolutamente viciado y el ventajismo en la utilización de los recursos del Estado. Y está situación pervivió en el 2013 e, inclusive, se agravó por el desconocimiento evidente de la voluntad popular en los años posteriores.

Constituye una demostración aberrante de la manipulación del sistema el hecho de que no exista totalización final en los últimos procesos electorales que se han adelantado en Venezuela, a pesar de que una de las supuestas bondades del sistema automatizado, justificación esgrimida para la adquisición sin licitar la adquisición de las máquinas electorales, haya sido la celeridad en los cómputos. Resulta absurdo que mientras en los procesos más recientes que se adelantan en América, aun con el conteo manual, se emiten los resultados en forma inmediata, aquí se manipula la emisión de boletines parciales y se eterniza el cómputo final. Cabe resaltar la impúdica participación de los individuos que han integrado la Sala Electoral y la Sala

Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, órganos actuantes en la consolidación de este estado de cosas¹.

No se puede expresar la magnitud de los elementos fraudulentos del sistema electoral venezolano en el ámbito del presente trabajo. Lo que sí se puede manifestar es que son de tal entidad que no basta un simple cambio de los rectores de la máxima autoridad electoral. El patronato militar sobre el proceso y el control institucional en un régimen absolutamente cerrado hace nugatorio cualquier elemento negociador que lleve a una salida electoral. Ejemplo evidente de la prevalencia del régimen forajido ha sido el desconocimiento de la voluntad popular que se manifestó en el rechazo de la reforma constitucional propuesta en el año 2007 y la anulación del funcionamiento de la Asamblea Nacional a pesar de haber estado controlada, en sus dos terceras partes, por factores opositores a raíz del resultado de las parlamentarias de 2015². De manera que el componente fraudulento propio

¹ Puedo ejemplificar con la Sentencia N° 82 de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 16-05-2006, con ponencia de Juan José Núñez Calderón, la cual anuló la posibilidad de verificación de las actas emanadas del sistema automatizado con las boletas que traducen la voluntad del elector; razón por la cual se eliminó la constatación de la veracidad del proceso y se transformó el acto de votación en un ensayo virtual sin control alguno. La decisión constituye un modelo de manipulación de la normativa que garantiza la conservación del acto electoral y el respeto de la voluntad de los electores. El objetivo político de la Sentencia N° 82 fue validar el criterio del Consejo Nacional Electoral sobre la invulnerabilidad de las Actas de Escrutinio automatizadas. El supuesto árbitro electoral, actuando como brazo político del Régimen, insistió en la imposibilidad de aplicar el mecanismo de verificación de resultados, relativo al rescate del valor contenido en los instrumentos de votación, *por tratarse de Actas de Escrutinio producidas en un proceso automatizado conforme a lo cual no es susceptible de convalidar mediante la revisión de otros instrumentos dado que no existen boletas de votación que contengan los votos emitidos por los electores (...) la manifestación o intención del voto se efectúa de manera electrónica y la misma queda debidamente registrada en los sistemas internos de memoria de la máquina de votación*". El voto no vale: Se impone lo que dice una máquina de votación manipulable por cualquier operador y un sistema automatizado al que los factores que participan en las elecciones no tienen acceso. Tal criterio ha sido confirmado por la Jurisprudencia de la Sala Constitucional, en el año 2013, en la ocasión de la impugnación del proceso electoral presidencial organizado a raíz del deceso de Hugo Chávez Frías.

² La Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela ha venido advirtiendo sobre la sistemática violación de la Constitución que se ha magnificado por los actos de usurpación que socavan al Estado de Derecho y al Régimen de Libertades Públicas, lo que ha implicado la derogatoria material del Texto Fundamental. Y en la relación de antecedentes, previos al definitivo acto de usurpación que se concretó el 10-01-2019, hizo un diagnóstico de la coyuntura en comunicado del 31-12-2018 destacando: a) La práctica de manipulación y desconocimiento de la voluntad popular mediante un fraude continuado, selectivo y masivo que afecta todos los procesos electorales convocados bajo la vigencia de la Constitución de 1999; b) La obstaculización del ejercicio de la soberanía popular y los procesos electorales por parte del Consejo Nacional Electoral, órgano en el que la mayoría de los rectores tienen el período vencido, tal como quedó evidenciado con la no realización del referendo revocatorio del mandato de Nicolás Maduro, la obstrucción a la consulta del 16 de julio de 2017 y en el simulacro de elecciones regionales inmediatamente efectuadas. Una estrategia dirigida a desestimular la participación y manchar al sufragio como instrumento básico de todo régimen democrático, un efecto verificable en el repudio ciudadano al otro simulacro electoral del 9 de diciembre de este mismo año, esta vez en el ámbito municipal; c) La Subrogación ilegítima que deriva de la existencia de condiciones de inelegibilidad de Nicolás Maduro Moros para ejercer el cargo de Presidente de la República y la consecencial nulidad de la elección presidencial del 14-04-2013 y del Acta de Juramenta-

del régimen dificulta la salida electoral que se inscriba en un esquema factible de negociación.

2.3. La corrupción como elemento sustantivo del proceso

El componente corrupción es clave para comprender el conflicto venezolano y el basamento de un régimen que se muestra como ejemplo perfecto de la sincronía entre un gobierno permeable, en forma absoluta, a la comisión de actos de corrupción y la ejecución de una política económica de estrangulamiento de los sectores productivos y la iniciativa privada. Pero no se trata solamente de un fenómeno implícito en este tipo de economías, en las que todas las energías de los poderes públicos operan para asfixiar las libertades económicas y desfigurar los objetivos de desarrollo. Estamos en presencia de una estrategia de apoderamiento de los recursos nacionales y de la propiedad privada en la que operan intereses transnacionales³.

ción de Nicolás Maduro Moros, publicada en la Gaceta Oficial N° 40151 del 22-04-2013; d) Las decisiones dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia anulando el ámbito de atribuciones de la Asamblea Nacional y asumiendo el ejercicio de las mismas contenidas principalmente en las sentencias 155-17 y 156-17 de la Sala Constitucional como actos arbitrarios que instauran una tiranía judicial y la ruptura del orden constitucional; e) El control y consecución anulación funcional que ha ejecutado el régimen autoritario sobre la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Supremo de Justicia; f) La brutal y sangrienta represión desatada contra el pueblo por los cuerpos de seguridad del Estado y los grupos paramilitares determinados, organizados, financiados y patrocinados por el Gobierno, la desaparición forzada de personas, las detenciones arbitrarias e ilegítimas y la práctica de someter a los ciudadanos a la jurisdicción militar, en abierta contradicción con la garantía a un debido proceso consagrada en el artículo 49 constitucional; g) La censura a los medios de comunicación social y la aniquilación de una prensa libre que se constituya en control vertical y mecanismo que limite el omnímodo poder ejercido contra los ciudadanos; h) La convocatoria de la espuria Asamblea Comunal Constituyente mediante los Decretos N° 2830 y 2831 del 01-05-2017, publicados en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6295, por cuanto: a) Nicolás Maduro usurpa la soberanía nacional y comete fraude constitucional al convocar la Asamblea Comunal Constituyente para desconocer a la Asamblea Nacional; b) Además, fue designada por el propio usurpador una comisión que convirtió un informe en las bases de convocatoria del proceso sin consulta popular que las refrendara; c) Se trata de una Constituyente conformada por sectores adscritos al oficialismo con base a simulacros de procesos electorales y con "designaciones comunales" de entes, controlados por el Ministerio de Comunas, en los que nadie es electo; y d) Que pretende aprobar un panfleto con pretensiones de Constitución sin referendo aprobatorio del texto y sin plazo de funcionamiento del sedicente cuerpo asambleario. La conclusión fue la denuncia de existencia de un Estado Forajido, pero también la de un Estado Fallido.

³ Ya he señalado (Cfr. Colaboración Internacional y Mecanismos Constitucionales Anticorrupción. Conferencia en el marco del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Corrupción y Transparencia. Buenos Aires, República Argentina, 21 al 23 de mayo de 2019. <https://www.academia.edu/38637023>), "la corrupción es una constante en las transacciones, operaciones y actividades internacionales relacionadas con el cumplimiento de los cometidos del Estado que afecta la ética gubernamental y la propia eficiencia operacional. Este es un hecho que ha activado a las organizaciones internacionales a todo nivel: Desde la perspectiva global con acciones de las Naciones Unidas; en ámbitos regionales como la Unión Europea y la Organización de Estados Americanos; o en áreas altamente especializadas como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la Organización Mundial de Comercio. La comunidad internacional ha tomado conciencia sobre la necesidad de defender el orden constitucional particular en cada Estado y asume medidas de variada índole".

A esta realidad se debe añadir la modalidad transnacional que marca la operación de organizaciones criminales que, en combinación con los factores de poder político y económico que predominan en países caracterizados por una alta conflictividad social y debilidad institucional, hacen de la depredación de los recursos naturales, el control en la ejecución de obras públicas y las ventajas ilegítimas en el comercio internacional, la fuente primordial de recursos con los que retroalimentan sus actividades ilícitas y los actos de corrupción que con ellas van acoplados.

De esta forma la infección se expande aceleradamente poniendo en riesgo hasta la estabilidad democrática de sus regiones. Sin pretender agotar los ejemplos más palpables de perversión en la gestión y disposición de los recursos del Estado, me permito desarrollar la presente relación:

a. La absoluta relajación de los controles internos y el sistema de licitaciones en la contratación de obras de infraestructura⁴.

le como embargos comerciales, limitación de la ayuda internacional, exclusión de los organismos internacionales, suspensión de visas a los altos funcionarios del régimen, aislamiento e, inclusive, intervención directa para neutralizar todo intento en ese sentido. Pero en América Latina, la Organización de Estados Americanos, bajo los secretariados de Gaviria e Insulza, ha jugado un pobre papel, inclusive consolidando un esquema aberrante que se coloca el disfraz democrático por el hecho de realizar elecciones que no responden a los mínimos parámetros de equidad, signados por el ventajismo que confiere el control institucional y de los recursos del Estado. Simplemente, se olvidaron de la Carta Democrática salvo que les interese aplicarla por situaciones circunstanciales”.

⁴ Ni siquiera se ha respetado el cumplimiento, desde la perspectiva procedimental, contenida en la normativa del Decreto N° 1.399, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19-11-2014, un esquema flexibilizado por el interés de eludir dichos controles. Con todo tipo de argucias, en todos los niveles territoriales de la administración pública, se violenta el debido procedimiento administrativo licitatorio como parámetro legitimador de las adjudicaciones de obras públicas. Esto sin añadir la pésima gestión de gobierno que ha destruido literalmente al sector construcción. En lo que a la inversión en infraestructura se refiere, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estima que la región debe destinar entre un 6% y 7% de su Producto Interno Bruto (PIB) a los fines de lograr un desarrollo económico y social sostenible y dirigido a la reducción de los índices de pobreza. A pesar de estas directrices, Venezuela ha erogado, aproximadamente, un 2,3% de su PIB en infraestructura pública sin mayores resultados; pero, lo más grave, es que este porcentaje ha sido menor en virtud de la desordenada ejecución de proyectos de infraestructura por parte de empresas extranjeras, en el marco de convenios internacionales. Por su parte, el Índice Global de Competitividad en Infraestructura del Foro Económico Mundial sitúa a Venezuela en el puesto 121, entre 138 de la edición 2016-2017, considerando el promedio de los siete elementos básicos que se utilizan para evaluar el desarrollo de este especial sector: Calidad general de la infraestructura y la calidad de carreteras, infraestructura ferroviaria, infraestructura portuaria, infraestructura aérea, suministro de electricidad y la infraestructura en las telecomunicaciones. Es un hecho notorio que, para el año 2018, la situación se ha deteriorado aún más. En este sentido, resulta emblemático el caso de Odebrecht y sus filiales como beneficiaria de un tramado de corrupción transnacional. En el año 2016, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos detectó que, precisamente en las dos décadas en las que el régimen venezolano ha instalado el esquema de perversión en las contrataciones públicas, la empresa sobornó a altos funcionarios públicos de 12 países, entre ellos Venezuela, para obtener ventajas y adjudicarse contrataciones públicas con sobreprecio en el área de infraestructura. Países como Argentina, Colombia, Ecuador, Panamá, Perú y la propia Brasil, tempranamente activaron procesos criminales y suspendieron los contratos otorgados a Odebrecht. Pero en Venezuela, los órganos del Estado se han abste-

b. La inhabilitación del sistema de servicios públicos por la manipulación de los procesos concesionarios y licitatorios para el equipamiento y adquisición de insumos en el sector público; así como la perversión de una política monetaria que desmonta cualquier operación en el sector privado, al bloquear la relación con los proveedores internacionales de los bienes y mercancías a ser adquiridas por las empresas solicitantes y establecer trabas burocráticas con el claro objeto de montar un sistema de sobornos y cohecho⁵.

c. El control manipulador de las importaciones del país, particularmente rubros básicos y alimentos, mediante fases insertas en controles monetarios y cambiarios; lo que implica la absoluta obstaculización de los procesos mediante la subasta y adjudicación de divisas, intermediación, trámites de importación y agenciamiento aduanero dirigidos por el Estado forajido⁶.

d. La destrucción y ocupación de los activos del sector productivo privado de forma que se desata el desempleo y sub-empleo, la máxima expre-

nido de actuar y han sacrificado los intereses nacionales dada la complicidad de todos los sectores políticos involucrados, ya sea por la directa adjudicación mediante sobornos o el financiamiento electoral ilícito. Esto a pesar del incumplimiento generalizado en todas las obras que ha debido ejecutar en nuestro país. La verdad de este desastre es que con el patrocinio Chávez-Da Silva la empresa penetró en nuestro país y se expandió contagiando con su esquema de corrupción a las democracias de la región.

⁵ El Decreto N° 601 publicado en la Gaceta Oficial N° 6.116 Extraordinario del 29-11-2013 es un claro ejemplo de este esquema al establecer que el Centro Nacional de Comercio Exterior (CENCOEX) centralizará la aprobación, autorización, emisión y otorgamiento de permisos, certificados, licencias o cualquier otro documento que, conforme a la legislación aplicable, sea exigido por las autoridades competentes en operaciones de comercio exterior al tiempo que centraliza la actividad importadora en materia de *"agricultura y tierras, alimentación, ambiente, ciencia y tecnología, comercio, finanzas, industria, petróleo y minería, salud, trabajo y transporte"*. De igual forma se crea la Corporación Venezolana de Comercio Exterior (CORPOVEX) para centralizar las exportaciones no petroleras y *"realizar actividades de procura nacional e internacional, encadenamiento logístico, agenciamiento de aduanas, importación y suministro de bienes e insumos requeridos para el desarrollo de las actividades productivas nacionales públicas y privadas, exportaciones, el desarrollo de servicios de ingeniería, la contratación y prestación de servicios, y la ejecución de proyectos, así como la coordinación de las actividades realizadas por órganos descentralizados de la Administración Pública Nacional relacionadas con procura, prestación de servicios, importación, suministro, distribución y comercialización de todo tipo de bienes y servicios de comercio, en especial los bienes e insumos básicos para la existencia y libre desarrollo y desenvolvimiento de la población, así como dedicarse a la realización directa de tales actividades y, en fin, desarrollar y ejecutar todos los actos que sean necesarios para el logro y cumplimiento de su objeto social"*.

⁶ Para cerrar el círculo de corrupción en el área el Banco Central de Venezuela aprobó el Convenio Cambiario mediante el cual se dictan las Normas que Establecen el Régimen para la Adquisición de Divisas por parte del sector público y el Convenio Cambiario mediante el cual se establece que las subastas especiales de divisas llevadas a cabo a través del Sistema Complementario de Administración de Divisas (SICAD) serán gestionadas y dirigidas directamente por el Centro Nacional de Comercio Exterior (CENCOEX) publicado en la Gaceta Oficial N° 40.391 de fecha 10-04-2014; y el Convenio Cambiario N° 26, mediante el cual se establece que las subastas especiales de divisas llevadas a cabo a través del Sistema Complementario de Administración de Divisas, SICAD, serán administradas y dirigidas por el Centro Nacional de Comercio Exterior, CENCOEX, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.125 Extraordinario de fecha 07-02-2014.

sión de incapacidad productiva, la caída del poder adquisitivo de la población, hiperinflación, el derrumbe del sistema de distribución de alimentos y la dependencia con el extranjero. En especial se debe señalar la destrucción del sector agrícola bajo un esquema primario de saqueo y pillaje cobijado en el manto de un complejo tinglado normativo⁷.

e. La constante de comprometer el patrimonio de la República mediante empréstitos y la asunción de obligaciones económico-financieras que han sido suscritas en forma inconstitucional, ya que incumplieron el sistema de controles previstos para los contratos de interés público nacional celebrados con Estados o entidades oficiales extranjeras. La exposición de motivos de la Constitución de 1999 es terminante, en este aspecto:

En materia de contratos de interés público se mantiene, en general, la regulación constitucional existente, aunque se mejora su redacción. Se prevé, así,

⁷ El asalto del sector productivo agrario comenzó con la aprobación del Decreto N° 1546 con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario de fecha 09-11-2001 que derogó, en forma bastante controversial, la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios y La Ley de Reforma Agraria de 1960; y, adicionalmente, lo hizo con el Reglamento de la Ley de Reforma Agraria y el Reglamento Sobre Regularización de la Tenencia de Tierras. Posteriormente, la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, modificada en 2005 y 2010, fue objeto de ejecución mediante Decreto N° 3.408 Para la Reorganización de la Tenencia y Uso de las Tierras con Vocación Agrícola del 10-01-2005. De esta forma se creó el Instituto Nacional de Tierras (INTI), organismo encargado de revisar la legalidad de la tenencia de tierras y, en las tierras que fueran objeto de "rescate", promover la organización campesina a los efectos de la entrega de cartas agrarias, subespecie de título que establece una propiedad precaria a nombre del beneficiario. También se produjo la supresión de la Procuraduría Agraria Nacional. Se configuró una "Propiedad Agraria" que prohíbe la enajenación de la tierra en el marco de la adjudicación no permanente de tierras capturadas por el Estado y que, a todo evento, queda sujeta al criterio discrecional de la administración en cuanto al "cumplimiento de la función social de la seguridad agroalimentaria de la Nación", prevista en el artículo 2.5 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario; razón por la que "deben someter su actividad a las necesidades de producción de rubros alimentarios de acuerdo con los planes de seguridad agroalimentaria establecidos por el Ejecutivo Nacional". Adicionalmente, fuente de conflictos permanentes, se combina ese tipo de propiedad con la figura de la tercerización, equiparada al concepto de latifundio, concebida en términos de tal amplitud que en la práctica cubre cualquier relación entre el propietario formal de la tierra y la persona que la trabaje. Esta adaptación tiene como consecuencia directa la inmensa dificultad para contratar trabajadores del agro sin el riesgo que se pueda concretar la referida tercerización y sus efectos. El criterio que trae la LTDA para la afectación de tierras públicas y privadas con vocación para la producción agroalimentaria es sumamente amplio de forma que cubre, en la práctica, la generalidad de los predios rurales; ahora susceptibles de rescate o expropiación. Volviendo sobre el tema de la tercerización de las tierras, el artículo 17.4 de la LTDA establece que, en el marco del régimen del uso de tierras con vocación para la producción agrícola que permita alcanzar la soberanía alimentaria, se garantiza: "La permanencia de los campesinos y campesinas en las tierras privadas que trabajan, aun cuando no sean de su propiedad, si dicho trabajo es realizado con ocasión de la constitución de sociedades, contratos de mandato, arrendamiento, comodato, cesión de derechos, medianería, aparcería, usufructo o, en general, cualesquiera formas o negocios jurídicos efectuados con quien se atribuya la propiedad de las tierras, por un período mínimo ininterrumpido de tres años"; lo que implica el derecho preferencial de adjudicación de propiedad. Al margen de las propiedades cultivadas individual y familiarmente, las únicas formas de explotación plausibles serían los grupos organizados para el uso colectivo de la tierra a través de sistemas colectivos, cooperativos, comunitarios, consejos de campesinos, consejos comunales y cualquier otro tipo de organización colectiva en las tierras ocupadas con fines de uso agrícola sugeridos, más no regulados, en la LTDA.

como regla general que los contratos de interés público nacional deberán ser aprobados por la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley. No obstante, se establece con carácter preceptivo esta aprobación en los supuestos de contratos de interés público nacional, estatal o municipal si los mismos pretenden celebrarse con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.

Cuando el Constituyente se refiere a la aprobación con “*carácter preceptivo*” de los contratos de interés público nacional celebrados con Estados o entidades oficiales extranjeras, está advirtiendo que este control siempre debe producirse. De forma que cuando un contrato de interés público nacional celebrado con Estados o entidades oficiales extranjeras reviste forma de tratado, convenio o acuerdo internacional, aunque operen las excepciones contenidas en el artículo 154 de la Constitución, estaría sujeto a la autorización de la Asamblea Nacional. Lo que no puede es estar exento de controles. El mejor ejemplo de este modelo de corrupción transnacional han sido los componentes y derivaciones que se enmarcan en la relación con China⁸, el cual se inició con el otorgamiento de un primer préstamo en 2008 previo a

⁸ La relación con China constituye el paradigma de entrega de los recursos nacionales y enajenación anticipada del interés general a cambio del financiamiento al Estado forajido y fallido sobre la base del esquema anteriormente planteado. En su momento, dado el control absoluto que tenía el régimen sobre la Asamblea Nacional, se produjeron los siguientes actos: a) Ley Aprobatoria del Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Popular China sobre la Cooperación para el Desarrollo del Bloque Junín 4 en la Faja Petrolífera del Orinoco, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.527 de 08-10-2010; b) Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Convenio de Cooperación Económica y Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China para el Desarrollo de los Sistemas del Sector Eléctrico, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.527 de 08-10-2010; c) Ley Aprobatoria del Segundo Protocolo de Enmienda al Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China sobre el Fondo de Financiamiento Conjunto Chino-Venezolano, publicado en la Gaceta Oficial N° 39.927 de 22-05-2012; d) Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China. Publicado en la Gaceta Oficial N° 40.205 de 11-07-2013; e) Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación en Materia de Hidrocarburos, Petroquímica y Minería entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China. Publicada en la Gaceta Oficial N° 40.217 de 30-07-2013; f) Ley Aprobatoria del Cuarto Protocolo de Enmienda al Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China sobre el Fondo de Financiamiento Conjunto Chino-Venezolano. Publicada en la Gaceta Oficial N° 40.516 de 10-10-2014; y g) Ley Aprobatoria del Convenio de Cooperación Técnico Militar en Ciencia, Tecnología, Producción e Innovación para la Defensa Nacional entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China. La red de entes y empresas gubernamentales han estado encabezadas por China Development Bank Corporation de la República Popular China, China Development Corporation, el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (BANDES), China National United Oil Corporation (CNUOC) y Petróleos de Venezuela S. A. (PDVSA). Los convenios obligaban a PDVSA, en un plazo máximo de 10 años, a vender 200 mil barriles diarios de petróleo a CNUOC en 2010, los cuales se incrementaron a 250 mil barriles al año siguiente y a 330 mil barriles desde el año 2012 hasta la fecha, como un reflejo de mayor endeudamiento. Como aspecto colateral, se dio preferencia a las empresas chinas en todo tipo de contrataciones; especialmente en operaciones petroleras y mineras, en el sistema eléctrico nacional, importación de alimentos, insumos y tecnología. La garantía del endeudamiento criminal es Faja Petrolífera del Orinoco, la mayor reserva de crudo del mundo, calculadas en 300.000 millones de barriles de petróleo.

la aprobación de la Ley aprobatoria del Convenio y prosiguió con varios convenios de enmienda para el otorgamiento de nuevos préstamos que incrementaron la deuda, en una primera etapa, en unos 50 mil millones de dólares; y Rusia⁹, especialmente en el área petrolera, proyectos mineros, compra de material militar, importación de bienes y servicios, así como en la ejecución de todo tipo de proyectos vinculados al interés nacional¹⁰.

f. El otorgamiento indiscriminado de concesiones desconociendo las más elementales normas de preservación del medio ambiente, irrespetando las regulaciones en materia de tierras ancestrales de las comunidades autóctonas y sacrificando la soberanía nacional. En este sentido, la creación del Arco Minero del Orinoco conformado por una Zona de Desarrollo Estratégico Nacional de 111.843,70 km² de superficie, afectando algo más del 12% del territorio de la República¹¹, puede presentarse como uno de los más

⁹ El esquema ruso fue similar al chino, aunque estos últimos tienen un esquema de predominio más sofisticado. Durante el periodo de control institucional del régimen sobre la Asamblea Nacional fueron aprobados los siguientes actos: a) Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia en Materia de Educación Universitaria, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.527 de 08-10-2010; b) Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia en Materia de Transporte e Infraestructura de Transporte, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.528 de 11-10-2010; c) Ley Aprobatoria del Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia Sobre Cooperación en Materia Agrícola, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.528 de 11-10-2010; d) Ley Aprobatoria del Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre el Reconocimiento Recíproco y la Equivalencia de Documentos y Títulos, Diplomas y Certificados de Educación, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.528 de 11-10-2010; e) Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia Sobre la Cooperación para el Desarrollo del Programa Nucleoeléctrico en la República Bolivariana de Venezuela, la Construcción y Operación de un Reactor de Investigación para la Producción de Radioisótopos de Usos Pacíficos en Medicina e Industria y de una Central Nucleoeléctrica en el Territorio de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.558 del 23-11-2010; f) Ley Aprobatoria del convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre la Cooperación y Asistencia Mutua en Materia de Aduanas, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.017 Extraordinario de 30-12-2010.

¹⁰ Se reedita la maniobra de aprobar un convenio marco para después alegar la ejecución del mismo para liberar de controles los nuevos compromisos que catapultan el monto del compromiso y el consecuencial daño al patrimonio público. Por ejemplo, la fórmula aplicada con China fue el otorgamiento de préstamos a cambio del suministro de petróleo bajo el manto del Acuerdo sobre Cooperación y financiamiento a largo plazo suscrito que sería aprobado por una Asamblea Nacional sometida y controlada absolutamente por el régimen mediante Ley publicada en la Gaceta Oficial N° 39.511 de 16-09-2010.

¹¹ Zona definida en el artículo 2° del Decreto N° 2.248, mediante el cual se crea la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional "Arco Minero del Orinoco", publicado en la Gaceta Oficial N° 40.855 de 24-02-2016. En el Informe sobre la situación del Arco Minero y la Emergencia Humanitaria Compleja en Venezuela, emanado del Despacho del Comisionado para la Organización de las Naciones Unidas, en noviembre de 2019, se afirma en cuanto a la producción minera que "con el objetivo de legitimar la producción de oro, Maduro instaló 54 nuevas plantas en el Arco Minero a finales del 2018, con financiamiento tanto público como privado. Estas se encuentran esparcidas a lo largo del territorio para aumentar la productividad, sin embargo, sus locaciones legales son desconocidas, a excepción de la primera que fue inaugurada en noviembre de ese año con capacidad inicial de 45 kilos mensuales de oro, con expectativa de crecimiento de hasta 90 kilos para el mes de junio. El ingreso promedio de la

arbitrarios y audaces actos de enajenación masiva de la riqueza minera nacional bajo el antifaz inicial de la nacionalización de la explotación y exportación de metales y no metales. Esta inédita política concesionaria afecta la explotación de material radiactivo como el uranio y el torio, oro, cobre, diamante, coltán, hierro y bauxita; además, constituye una fuente de ingresos sustantiva para mantener el régimen en el poder a pesar de que sus ejecutorias reflejan un Estado fallido.

g. El desmantelamiento de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) como empresa a través de la cual el Estado venezolano se reservaba la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico de conformidad con los artículos 302 y 303 de la Constitución. La galopante corrupción, en especial durante la gestión de Rafael Ramírez, produjo un dramático derrumbe en la producción nacional. No hay faceta del funcionamiento de PDVSA que no haya sido azotado por el tráfico de intereses; la desviación de la actividad productiva de la empresa con cargas económicas absolutamente apartadas de su objeto social; desfalco generalizado con la Flota de Transportes del Alba, Transalba y los negociados con fletamento de buques, gabarras y equipos auxiliares; convenios internacionales de suministro incontrolados; y, en especial, el impacto del Convenio Petrolero con Cuba, como se apreciará a continuación.

2.4. La interferencia cubana

2.4.1. El desastre económico cubano

El régimen cubano entró en franco deterioro en la década de los noventa del siglo pasado como consecuencia de la caída del Muro de Berlín y la pérdida del subsidio proveniente de la U.R.S.S. que soportaba su frágil economía. Pero la apertura democrática que se materializó en Europa Oriental no se reprodujo en Cuba. Al contrario, se consolidó el esquema de partido único y en uno de los tantos simulacros electorales que se realizan en la Isla, mediante la elección de los candidatos comunistas a la Asamblea Nacional en enero de 1998, se reafirmó el protagonismo de Fidel Castro sobre la aplastante presencia del Partido.

El guion de la propaganda que soporta al régimen direccionó la justificación del fracaso de un esquema económico inviable a las acciones punitivas del gobierno de los Estados Unidos; en especial, alegaron los efectos de

planta se estima en 11.2 millones US\$. En octubre de 2018, se instaló la primera planta de concentración de coltán con la mayor producción de Latinoamérica (160 toneladas), y una inversión de 3.5 millones US\$. Existen sospechas sobre su verdadera capacidad de producción y la verdadera relación entre inversión y ganancias. Con respecto a la producción de otros minerales, la producción se realiza a través de la alianza con actores estatales externos. En marzo de 2019, Maduro anunció la alianza de 154 grupos de minería artesanal con Palestina. En abril de 2019, Rusia reveló su inversión en la producción de Níquel en el Estado Aragua". Sobre la participación rusa en esta área, el Ministerio del Poder Popular de Desarrollo Minero Ecológico (MPPDME) anunció que desde el mes de marzo de 2019 se activaría un Fondo Rotatorio Minero por 17.8 millones de US\$ con recursos rusos para "hacer frente a la guerra económica".

the Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act de 1996, conocida también esta legislación como el “*Helms-Burton Act*”. Este instrumento extendió la aplicación territorial de los efectos del embargo, ya existente, a las empresas extranjeras que sostuvieran relaciones comerciales con Cuba bajo el alegato de tráfico implícito con propiedades de ciudadanos americanos ocupadas ilegítimamente después de la Revolución de 1959¹².

A pesar de que Fidel Castro reconoció expresamente la relajación del embargo económico bajo la administración Clinton, a lo que se puede añadir una relativa inserción en la comunidad internacional durante los dos mandatos del presidente demócrata¹³, la realidad era la de un aislamiento cubano en el ámbito continental. Simbolismo especial tiene el hecho del rechazo al reingreso de Cuba a la Organización de Estados Americanos, efectuado por la Asamblea General efectuada en Caracas, en junio de 1998. Además, el “*Helms-Burton Act*” tomaba previsiones sobre el financiamiento indirecto al régimen cubano por parte de empresas extranjeras, el veto a su incorporación en las instituciones financieras internacionales y el seguimiento a los acuerdos de asistencia y comercio, suscritos por Cuba con otros países. En el año 1998 la situación económica de la Isla se tornó desesperada y hacía prever el derrumbe del régimen comunista salvo una modificación radical de las circunstancias internacionales. Y todo cambió. Hugo Chávez llegó al poder en Venezuela.

2.4.2. El convenio petrolero, salvavidas de la revolución

La causa eficiente de la pervivencia del régimen cubano fue la firma del Convenio Petrolero con Venezuela¹⁴. El 23-10-2000, el Banco Central de Ve-

¹² El sustrato previo de sanciones se encuentra en el *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993*, Título XVII sobre “*Cuban Democracy Act 1992*”, secciones 1704 y 1706 (Torrucelli Act). La base normativa remota de las mismas era el *Trading With the Enemy Act* (TWEA), 1917, concebido para aplicarse en tiempo de guerra contra potencias extranjeras. Este fue sustituido por el *International Emergency Economic Powers Act* (IEEP), 1977, permitiendo su ejercicio en tiempos de paz. Puedo afirmar sin vacilación que las ilimitadas medidas conferidas al Presidente para que este tomara acciones sin el control del Congreso, previstas en el último estatuto, podían haber sido ejecutadas también en virtud de los poderes implícitos de la Presidencia, en política exterior.

¹³ El régimen cubano encontró apoyo en la Organización de Naciones Unidas a pesar de su carácter totalitario y la sistemática violación de derechos humanos en la Isla. La Asamblea General mediante Resolución 51/17 de 1996 conminó a los Estados Unidos a cesar el bloqueo. Posteriormente, la Resolución 53/320 de 1998, asumida en la 37ª reunión plenaria del 14 de octubre, precisó la necesidad de que Estados Unidos finalizara el embargo económico, comercial y financiero contra Cuba.

¹⁴ La inconstitucionalidad del Convenio Integral de Cooperación entre la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela suscrito, en fecha 30-10-2000, por los Jefes de Estado Hugo Chávez Frías y Fidel Castro; el Acuerdo-Marco suscrito por los presidentes de los bancos centrales de la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela, Diego Luis Castellanos, en nombre del Banco Central de Venezuela, y Francisco Soberón Valdés, por el Banco Central de Cuba, en acto que se celebró el 23 de octubre en La Habana, Cuba; y el Addendum al Convenio Integral de Cooperación entre la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela suscrito, en fecha 12-08-2001, por los Jefes de Estado Hugo Chávez Frías y Fidel Castro, se produce por el incumplimiento del sistema de controles establecidos en los artículos 150, 154, 187.9, 187.18 y 222 de la Constitución. Cabe aclarar

nezuela (BCV) y el Banco Nacional de Cuba (BNC) suscribieron un acuerdo dirigido a disminuir en forma gradual las deudas que éste último mantenía con el instituto emisor venezolano, originadas en el mecanismo de incentivos a las exportaciones que administraba Finexpo y el Convenio Bilateral de Créditos Recíprocos¹⁵. En dicho acuerdo se establecía que Venezuela debía cancelar a futuro un 80% por concepto de importación de bienes y servicios del sector salud quedando el 20% restante de las divisas disponibles para cancelar la deuda que Cuba mantenía con el Banco Central de Venezuela.

Nuestro país pasó de acreedor a deudor por unos servicios que declararon los jefes de Estado de ambos países se prestarían en forma humanitaria y gratuita. El único objeto del Convenio del 23 de octubre era sacar de la morosidad a Cuba para suscribir el convenio petrolero del 30 del mismo mes¹⁶. Nuestro país sustituyó a la desintegrada Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas como suplidor de subsidios en el suministro de combustibles¹⁷. Solo para evaluar el daño a los intereses nacionales, además el grado

que previamente, el 06-11-1992, los representantes de los gobiernos de Cuba y Venezuela habían suscrito, en la ciudad de Caracas, un Convenio Básico de Cooperación Técnica. Este instrumento tiene especial relevancia por cuanto los personeros gubernamentales alegaron que el Convenio Petrolero no requería aprobación mediante ley de la Asamblea Nacional por estar comprendido en la causal de excepción, prevista en el artículo 154 de la Constitución Federal, al “*ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República*”. Pero la realidad fue que el Convenio Técnico de 1992 tampoco fue sometido a la aprobación del Congreso en aquel momento histórico.

- ¹⁵ La CEPAL reportó que por efecto de mayores precios en el mercado internacional, la factura de importaciones petroleras cubanas en el 2000 se ubicó en US\$ 1.500 MM, comparativamente más alta que los US\$ 1.000 MM de 1999. Por supuesto, que el deterioro de la capacidad de generación neta de divisas de la economía cubana implicaba además un deterioro mucho mayor de su capacidad de pago de deuda externa. Es lógico pensar que antes de suspender importaciones de alimentos y maquinaria, el gobierno de la Habana preferirá reducir los pagos de su deuda externa, como ya había sucedido en el pasado. Es importante advertir que Moody's Investors Service es la única de las tres más importantes calificadoras internacionales de riesgo soberano que ofrecía en aquel momento histórico una calificación para Cuba y la ubicaba en el peor lugar; tanto Standard & Poors como Fitch Ratings no disponían de calificación para ese país. De acuerdo con la clasificación del Banco Mundial, Cuba formaba parte del grupo de “*Países Pobres Severamente Endeudados*”.
- ¹⁶ Un año después, el saldo adeudado por el BNC al BCV por concepto de capital e intereses para el 01-11-2001, fecha de la firma del segundo acuerdo entre el BCV y el BNC, se ve disminuido por una amortización de US\$ 540.219,01 y de intereses generados por US\$ 2.953,99; no en dinero efectivo sino por la aplicación del 20% de retenciones por importación de bienes cubanos del sector salud, precisamente los mismos bienes que son teóricamente gratuitos de acuerdo con la declaración de los dos jefes de Estado en el momento en que suscriben el convenio de asistencia petrolera a cambio de esos servicios. En el acuerdo no se establece un cronograma de pago por lo que no se contempla la aplicación de intereses de mora ni ningún otro tipo de penalización por la falta de pagos. Para el segundo año, es decir el 02-11-2002, el BNC todavía adeudaba la cantidad de US\$ 66.278.390,42.
- ¹⁷ En un principio el suministro de petróleo fue equivalente a 53.000 barriles diarios; la forma de pago era con bienes y servicios facilitados por Cuba; el periodo de financiamiento 15 años con 2 años de gracia; no se limita la posibilidad de reventa lo que ha implicado que Cuba compite con Venezuela con su propio petróleo; la venta es a precio CIF en la que Venezuela asume el costo de seguro y transporte; y no se prefijaron límites a los efectos de financiamiento. La vigencia del convenio era de 5 años prorrogables tácitamente por periodos similares y para mayor blindaje a favor de Cuba se le establecieron pautas a Venezuela

del compromiso del régimen cubano en el sostenimiento de los detentadores del poder en Venezuela y el mantenimiento del conflicto que estoy analizando, señalaré los siguientes elementos:

a. A pesar de que el Convenio no establecía preferencias de precio para los crudos y derivados que Cuba compra a Venezuela, si lo hizo con la forma de pago de esas compras que produce una transferencia de valor patrimonial en detrimento de Venezuela y a favor de Cuba. La forma de pago implicaba: **(i)** Financiamiento a largo plazo de una porción de hasta 25% del monto de la factura; **(ii)** Financiamiento de 60 días adicionales a los 30 ya establecidos en las Condiciones Generales de PDVSA; y **(iii)** El recurrente financiamiento de las deudas del Banco Nacional de Cuba, luego de los incumplimientos de esta institución. Estos componentes de transferencia patrimonial son impactados fuertemente por la sustitución de un banco internacional de primera clase como banco garante de las deudas de CUPET, la compañía petrolera estatal cubana, por el BNC de escasa calidad como deudor.

b. El precio de cada embarque estaba conformado por: **(i)** El crudo o producto derivado; **(ii)** El flete hasta el puerto de descarga; **(iii)** Los derechos y cargos en el puerto de carga; y **(iv)** El 50% de las inspecciones en el puerto de carga, si las hubiere. La forma de pago contemplaba la entrega por CUPET a PDVSA de carta de crédito irrevocable, antes del tercer día de la venta de carga confirmada, emitida por el BNC y con los siguientes dos componentes: **(i)** Obligación de transferencia a 90 días de la fecha del conocimiento de embarque por al menos el 75% del precio; y **(ii)** Obligación de entrega de 15 pagarés emitidos por el BNC, a 90 días de la fecha del conocimiento de embarque, correspondientes al financiamiento a 15 años más dos de gracia y al 2% anual del remanente del precio no cubierto¹⁸.

para denunciar el Convenio. A partir de la fecha del acuerdo comenzó el auxilio salvador del régimen cubano a expensas de los ingresos petroleros del Estado venezolano y la injerencia cubana se materializó, en forma paulatina, en todos los ámbitos; especialmente, en áreas de seguridad y defensa. Además, la República se colocó en una situación cuestionada en el ámbito internacional.

¹⁸ Este financiamiento representaba un alto riesgo para la Nación solo por el hecho de la mala experiencia con la deuda cubana con el BCV por la referida cooperación financiera originada en el Convenio de Créditos Recíprocos de 1976 y que, para el momento de su firma el 23 de octubre, representaba la cantidad de US\$ 68.069.483,07. Por otra parte, se produjo una pésima experiencia de cobranza de PDVSA, durante los dos primeros años de vida del contrato, la cual se hace evidente por los refinanciamientos solicitados por CUPET y otorgados por PDVSA. En efecto, consta en un informe de fecha 15 de mayo del año 2002 que tres importantes gerentes de PDVSA se dirigieron al Gerente de Comercialización de la Empresa para proponer demandas contra Cuba dirigidas a obtener el pago de 63,4 millones de dólares derivados de : a) La deuda refinanciada siguiendo instrucciones del Presidente de la República, impartidas mediante la Asamblea de Accionistas de fecha 14-11-2001, por un monto de 15,8 millones de dólares; b) Venta de crudos y productos ya entregados por un monto de 46,6 millones de dólares; y c) La diferencia por demoras, desviaciones e intereses de mora. Por si hubiera sido poco, en el informe consta que aparecen en grave riesgo la cantidad de 19,1 millones de dólares por venta de crudos y productos cuyo pago se vencían en mayo de 2002 y la cantidad de 59,5 millones de dólares con vencimiento en los meses de junio y julio de 2002. Esto sin añadir 51 reclamos por concepto de demoras, detenciones y desviaciones de buques. En ese mismo informe, los altos gerentes proponen que el Comi-

c. El primer riesgo que asumió PDVSA de incumplimientos por parte del BNC es el correspondiente a la totalidad de la porción de corto plazo. En el caso de los pagarés, el riesgo con éstos se mantiene desde la fecha del conocimiento de embarque hasta la fecha de recepción en la unidad de cobranzas internacionales y su subsiguiente cesión a favor del Ministerio de Finanzas, lo cual tiene un límite de 90 días de conformidad con las condiciones particulares de la contratación. A partir de la misma fecha de recepción, los pagarés debían ser cedidos por PDVSA al Ministerio de Finanzas, en compensación a favor de PDVSA de dividendos por pagar¹⁹.

d. Durante el plazo de hasta 90 días desde la fecha del conocimiento de embarque, hasta la recepción de los pagarés correspondientes al componente de largo plazo y de realizadas las transferencias correspondientes al componente de corto plazo, el riesgo que recaía sobre PDVSA correspondía al 100% de la factura petrolera y este en un 100% corresponde a su vez al riesgo de incumplimiento del BNC, ya que no existe otra garantía de pago. A partir de la cesión de los pagarés al Ministerio de Finanzas, el riesgo de incumplimiento de estos dejaba de estar sobre PDVSA para recaer en la República²⁰.

té de Operaciones ponga fin al Contrato por el *“incumplimiento grave, no excusable, de las obligaciones de pago”* y la desincorporación de la empresa estatal cubana del registro de clientes de acuerdo con las normas contenidas en el Manual de Políticas Comerciales de Comercio y Suministro.

¹⁹ En este sentido, el informe de auditoría N° CNI-CI-A-2002-014 sobre el Contrato Marco PDVSA Petróleo, S.A. y la Unión Cuba-Petróleo “Cupet” (bajo las condiciones del Convenio Integral de Cooperación entre la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela), elaborado por las auditoras Mireya Guerrero y María E. Villalobos bajo la coordinación del Gerente de Auditoría de Comercio Internacional Raúl Soto, contenitivo de una evaluación del contrato hasta el 31-01-2002 sobre el cumplimiento de los contratos en términos de volúmenes despachados, procesos de cálculo y aplicación de precios, esquemas de financiamiento, facturación y cobranza oportuna, análisis de competitividad con respecto al mercado, registros contables, control interno, así como de las normas y procedimientos aplicables, determina desde un primer momento el incumplimiento cubano.

²⁰ El informe anteriormente citado fue discutido el 22-03-2002 con el Director Gerente de Comercialización, las Gerencias de Comercialización de Crudos y la de Productos y la Gerencia General de Control y Gestión Financiera de RS&C. El resultado de esta auditoría determinó que: *“Desde el inicio del contrato (30-10-2000) hasta el 31-01-2002, se han despachado 102 cargamentos de crudos y productos por un total de MMBbls. 21,4 (MMUS\$ 588,0), de los cuales 43 cargamentos corresponden a ventas de crudos por MMBbls, 14,5 (MMUS\$ 379,2) y los restantes 59 por MMBbls 6,9 (MMUS\$ 208,8) corresponden a productos (...) El costo financiero de la deuda a largo plazo de Cupet es asumida por el Estado Venezolano, quien tiene la responsabilidad de su administración y cobro, liberándose de esa forma, de cualquier efecto que pudiese tener en el patrimonio de Petróleos de Venezuela, S.A. Existen MMUS\$ 5,3, correspondiente a fletes, que fueron pagados por PDVSA Petróleo, S.A., a un plazo de 90 días, y se recuperará de Cupet de acuerdo con las modalidades que establece el contrato para el largo plazo. Del período de 14 meses auditado y finalizado en enero 2002, se determinó que el 31% de las facturas fueron pagadas por Cupet con atrasos entre 1 y 14 días posterior a la fecha de sus vencimientos, para las cuales se facturó y cobró intereses de mora al 18% anual. Debido a ese atraso, y basado en las cláusulas contractuales, PDVSA Petróleo, S.A., detuvo temporalmente la entrega de 16 cargamentos a Cupet, originándose en consecuencia reclamos a PDVSA por parte de los Armadores de los buques por MMUS\$ 1,5. La condición morosa de Cupet en relación con los reclamos originados por los fletamentos de los buques, requiere que se incluyan cláusulas en los contratos de compra-venta C+F Cu-*

e. El riesgo que asumía PDVSA de incumplimientos por parte del BNC era aquel correspondiente a la totalidad a la porción de corto plazo, y temporalmente, a la porción de largo plazo durante los primeros 90 días hasta la recepción de los pagarés y su cesión a la República. El riesgo que asumía la Nación con el BNC era, en adición al riesgo asumido por PDVSA, el que correspondía a incumplimientos del BNC con relación a los pagarés.

f. A partir del momento en que los pagarés son transferidos a la República se aumenta el riesgo asumido por esta y, consecuentemente, se reduce su valor patrimonial, al cambiar dividendos por cobrar en efectivo de PDVSA, de valor cierto, por instrumentos cuyo riesgo es el del BNC y por lo tanto de valor reducido. Con la transferencia de los pagarés a la República se estaba reduciendo el valor patrimonial de esta en una cantidad equivalente a la diferencia entre el monto de los dividendos por cobrar a PDVSA y el valor real (valor de mercado) de los pagarés emitidos por el BNC²¹.

g. El valor de cada embarque de crudos y derivados bajo el Convenio se ve afectado no solo por el precio establecido para ese embarque sino también, en forma que puede resultar significativa, por la forma de pago establecida. Este valor patrimonial se impacta, positiva o negativamente, como resultado de cualquier transacción que afecte ese patrimonio. Con cada embarque de petróleo bajo ese convenio ocurre una transferencia de valor patrimonial, desde la República de Venezuela hacia la República de Cuba, cuya magnitud depende primordialmente del monto de la porción financiada a largo plazo en ese embarque²².

pet/PDVSA, que establezcan el tiempo en que el comprador (Cupet) debe completar los análisis y pagos de reclamos por demoras, desviaciones de buques fletados por el vendedor (PDVSA Petróleo, S.A.). Al 15-02-2002, existen un total 39 reclamos por demoras MMUS\$ 2,2 no finiquitados por Cupet, que incluyen MMUS\$ 1,4 de los reclamos por detenciones mencionados en el párrafo anterior. Las gerencias de Comercialización Internacional de PDVSA Petróleo, S.A., han efectuado las gestiones correspondientes con Cupet, sin obtener respuestas definitivas al respecto”.

²¹ La República tenía dos opciones con los pagarés del BNC: los vendía a un tercero al precio que fuera fijado por el mercado (valor real o efectivo); o, los mantenía como respaldo de su patrimonio hasta su vencimiento. Si los vendiese a un tercero, estaría obligada a registrar la pérdida en el acto. Si los mantuviese y aplica los principios contables universales de conservación, debía al menos aumentar sus provisiones en un monto similar a la eventual pérdida, con lo que también estaría castigando su valor patrimonial en la misma cantidad que la correspondiente a una eventual venta a terceros.

²² La relación Pasivos Totales/Capital del sistema financiero venezolano, medida para diciembre de 2001, era del orden de 6,0 veces. Con respecto al BNC, la relación existente entre la deuda derivada del Contrato CUPET-PDVSA, de US\$ 249 MM para septiembre de 2002, más la deuda con el BCV de US\$ 66 MM para la misma fecha, y el capital de constitución del BNC de US\$ 7,4 MM, era de 42,6 veces, lo que implicaba que la relación Pasivos/Capital del BNC, sería al menos 36,6 veces peor que aquella que correspondía al promedio de las instituciones financieras de Venezuela. Hay que tener en cuenta que el BNC tiene otros pasivos en adición a aquellos asumidos con la República, lo que llevaría la relación de pasivo/capital a valores que son peores que los estimados. El BNC tiene al menos aquellos pasivos que se mencionan en la Disposición Especial Primera del Decreto-Ley de su creación, relativas a garantías y obligaciones contingentes a la Deuda Externa anterior a esa fecha. Para valorar los pagarés que constituyen la porción de largo plazo de la deuda, se debe seleccionar una tasa de descuento que refleje adecuadamente el riesgo de incum-

2.4.3. Control neurálgico del Estado venezolano

La adopción del Contrato CUPET-PDVSA, en el marco del convenio petrolero, redujo el valor patrimonial PDVSA y produjo un daño económico a la República que se manifiesta, en forma creciente y paulatina, en el monto que corresponde a la diferencia entre el precio de venta establecido de cada embarque (valor original) y el valor real o efectivo de las cartas de crédito emitidas por el BNC por ese embarque. Se trata de un financiamiento que constituye la fuente de ingresos sustancial de Cuba hasta la fecha y la causa eficiente de su estabilidad política en las últimas dos décadas. Todo bajo la premisa de vigencia de un convenio internacional indubitadamente inconstitucional, así como lo ha sido el grotesco endeudamiento que ha asumido Venezuela con Rusia y China sin cumplir los parámetros de control establecidos en la Constitución para los contratos de interés nacional²³. Pero el grado de intervencionismo cubano no tiene parangón ni siquiera con estas dos potencias mundiales.

Aunado al auxilio económico del cual depende el régimen cubano se encuentra un control efectivo y selectivo de actividades básicas del Estado venezolano, inconcebibles desde la perspectiva de pervivencia de un patrón

plimiento en el pago de esos pagarés. Al aplicar el descuento a esa tasa, se está encontrando un equivalente de valor a fecha actual, para la promesa de pago futuro de los pagarés del BNC. Dicho de otra manera, dado que los inversionistas o tenedores de instrumentos financieros esperan una remuneración adecuada al riesgo de estos instrumentos; que el dinero pierde progresivamente su valor con el transcurso del tiempo; que no existe una certeza absoluta de pago futuro de los pagarés; y que el nivel de riesgo de incumplimiento futuro de emisores cubanos está directamente relacionado con la capacidad financiera y con su historial de incumplimiento de pagos, el valor real de estos pagarés era menor que su valor nominal ya que se trata de un deudor en peor situación financiera y con peor reputación.

²³ Como ya indiqué, los tratados, convenios o acuerdos internacionales requieren la aprobación parlamentaria o medidas legislativas subsiguientes para tener eficacia en el ordenamiento interno ya que, lo contrario, supondría que el Presidente de la República puede legislar sin contar con el Parlamento. También implicaría que podría comprometer económica y financieramente a la República, sin control alguno, en contradicción con el principio constitucional de la legalidad del gasto público. En el sistema de controles de la Constitución de 1961, si el Ejecutivo Nacional consideraba que un tratado, convenio o acuerdo estaba exceptuado de control, debía igualmente dar cuenta al Congreso. Esta aclaratoria la realizó por cuanto Arévalo Méndez Romero, encargado del Ministerio de Relaciones Exteriores, remitió el Convenio Integral de Cooperación entre la República de Cuba y la República Bolivariana de Venezuela y su Addendum, en fecha 29-08-2001, al Presidente de la Asamblea Nacional, sin aclarar cuál era el fin de la misma y después de casi un año de suministro de crudos y combustibles. El Presidente de la Asamblea Nacional, en lugar de someter a la consideración del Cuerpo legislativo el contenido del convenio, interpuso en fecha 21-05-2001 un recurso de interpretación sobre los artículos 150, 154 y 187.9 de la Constitución. La Sala Constitucional, luego de admitir el recurso interpuesto, se pronunció sobre la improcedencia del mismo mediante Sentencia de la Sala N° 1.029 del 13-06-2001, Exp. N° 01-1.008. En resumen, el Ejecutivo Nacional remitió a la Asamblea Nacional el texto del Convenio después de comenzar la ejecución del mismo. Luego, el presidente de la Asamblea Nacional, procediendo sin autorización de la plenaria, intenta un recurso de interpretación para que le aclaren la categoría de control que se debe aplicar. Finalmente, cuando la Sala Constitucional le da respuesta señalando que tal definición es potestad de la Asamblea Nacional, permanece pasivo y no propone a la plenaria o a la Comisión de Política Exterior ninguna salida. En pocas palabras, tenía dudas sobre qué control procedía y, por tal razón, no aplicó control alguno.

mínimo de independencia y soberanía. En buena medida, ya sea a través de convenios complementarios o vías de hecho, el régimen cubano controla los sistemas de identificación, registros de propiedad y de transacciones mercantiles, controles migratorios, puertos y aeropuertos, sistemas informáticos de la administración pública y los programas sociales. Se constituyen en intermediarios de las importaciones de bienes y servicios efectuados por el Estado y los particulares que se sirven de los mecanismos de financiamiento y soporte de operaciones públicas. Constituyen los principales y más cercanos “*consejeros en seguridad nacional*”, represión política, en el seguimiento de los efectivos militares incluyendo al alto mando; además, sus servicios de inteligencia están enquistados en la policía política.

Por supuesto, cualquier proceso que implique un cambio de régimen en Venezuela es de interés nacional para Cuba. Ambos sistemas están absolutamente imbricados y consorciados. Los cubanos son actores fundamentales del conflicto en Venezuela, ellos son enemigos de un proceso que culmine en la sustitución del régimen fallido que los sostiene en el poder.

3. La construcción del acuerdo

Dentro de un esquema típico de lo que se ha denominado en términos generales un Proceso de Justicia Transicional se concibe una etapa de negociación que supone la decisión de alto Gobierno de poner fin al conflicto y la definición previa de los instrumentos que deben ser ejecutados para garantizar la eficacia del mismo. Esos mecanismos se materializan en las políticas públicas que se proyectarán en la etapa de postconflicto. Si apelamos a un ejemplo reciente y cercano como es el caso colombiano, podemos visualizar el proceso mediante los siguientes pasos:

a. El proceso de paz colombiano encuentra un precedente fundamental en la aprobación de la Ley 975 de Justicia y Paz de 2005 mediante la cual se dictan disposiciones para la *“reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”*. Era evidente que temática tan delicada debía ser objeto de controversias y debate que culminaron con decisiones de la Corte Constitucional, entre las que destaca la sentencia C-370 de 2006, como bases del proceso ejecutado por el Gobierno de Santos.

b. Entre los días 23 de febrero y 26 de agosto de 2012, se produce el *“Encuentro Exploratorio”* que implicó la reunión de representantes de ambas partes en conflicto, en La Habana.

c. Se da la aprobación del Acto Legislativo N° 1 del 2012 que comenzó a regir a partir del 31-07-2012 (D.O. 48508) modificando la Constitución para incorporar la excepcionalidad de los instrumentos de Justicia Transicional y la previsión de las leyes estatutarias que reglamentarían esos instrumentos judiciales o extrajudiciales, así como los parámetros de ejecución de los mismos.

d. Firma el 26-08-2012 de un *Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, teniendo como testigos internacionales a los delegados de Cuba y del Reino de Noruega.

e. La Corte Constitucional mediante sentencia N° 577 del 06-08-2014 y sentencia N° 579 del 28-08-declaró la exequibilidad de las normas más controversiales del Acto Legislativo N° 1 del 2012²⁴.

f. Instalación de los diálogos de La Habana entre los delegados del Gobierno y los de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) dirigidos ex profeso a poner fin al conflicto armado.

g. Desarrollo de la negociación subsecuente en la Mesa de Conversaciones de acuerdo a la agenda prefijada, instalada el día 18-10-2012 en la ciudad de Oslo, Reino de Noruega; y su prosecución, en La Habana, sin solución de continuidad hasta el día de la firma del Acuerdo Final.

h. El 07-06-2014 se produce la "*Declaración de principios*" efectuada por Gobierno y las FARC-EP sobre la connotación de la víctima como centro del proceso, con base a la precisión de los siguientes elementos: **(i)** El reconocimiento de las víctimas; **(ii)** El reconocimiento de responsabilidad; **(iii)** Satisfacción de los derechos de las víctimas y el resarcimiento por el daño sufrido; **(iv)** Definición de los medios y tiempos de participación de las víctimas en el proceso; **(v)** Esclarecimiento de la verdad de lo sucedido estableciendo las causas, orígenes y sus efectos, como presupuesto de reconstrucción de la confianza recíproca; **(vi)** Transformación de las condiciones de vida de las víctimas; **(vii)** El establecimiento de las garantías de protección y seguridad; y **(viii)** La reconciliación de toda la ciudadanía colombiana para transitar caminos de civilidad y convivencia; como única garantía de no repetición. Sobre la base de la declaración antedicha, se asumieron en el documento final los acuerdos sobre el *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición* y el *Compromiso con la promoción, el respeto y la garantía de los derechos humanos*.

i. La firma de los acuerdos de *Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo* y el de *Dejación de las Armas y Garantías de Seguridad* de La Habana, el 23-06-2016, en presencia del Secretario General de Naciones Unidas, los presidentes de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de la misma organización, jefes de gobierno de países de la región, el Enviado Especial de los Estados Unidos y del Representante Especial de la Unión Europea.

²⁴ La Corte Constitucional aclaró que la Justicia Transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de derechos humanos. La Sentencia C-579 del 26-08-2013 se refería fundamentalmente al tratamiento penal especial mediante la aplicación de los instrumentos constitucionales mientras que la sentencia N° 577 del 06-08-2014 se refirió a la exequibilidad del artículo 3 del Acto legislativo N° 1 del 2012 que incorporó el artículo 67 de la Constitución Política, regulatorio de la previsión de ley estatutaria sobre los delitos considerados conexos con el delito político para efectos de la posibilidad de participar en la política.

j. La firma del *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, el 24-08-2016.

k. Posteriormente, el 02-10-2016, se debía producir la "*Refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*". De acuerdo con la ley estatutaria regulatoria, la aprobación del plebiscito estaba condicionada a que la votación por el sí obtuviera "*una cantidad de votos mayor al 13% del censo electoral vigente y supere los votos depositados por el no*"²⁵. Pero el pueblo de Colombia se pronunció en contra de los acuerdos en el plebiscito. Tal resultado marcaría la ilegitimidad del bloque normativo estatutario del proceso de Justicia Transicional y crearía la convicción en Álvaro Uribe y Andrés Pastrana sobre la necesidad de superar sus diferencias para preservar lo que se identificaría como el Bloque del "No", estrategia que llevaría a la presidencia a Iván Duque en las elecciones subsiguientes.

Ahora bien, asumamos el caso colombiano no como modelo a seguir sino como prototipo de complejidad con el cual contrastar un diseño preliminar, propio para Venezuela. El primer elemento de disparidad surge de inmediato y está en función de la definición de los actores del proceso. La evidente internacionalización de los actos de corrupción que hemos descrito someramente hace de la internacional de regímenes autoritarios y la delincuencia organizada transnacional, factores que participan activamente en el conflicto y sostienen al régimen enquistado en Venezuela.

Más que acentuada está a imbricación de los actos de corrupción en Venezuela con el crimen transnacional, lo que encuentra como agravante la infiltración entre autoridades estatales de factores vinculados al terrorismo internacional y el tráfico de drogas. Particularmente, queda demostrado que el régimen cubano se juega su propia pervivencia. Entonces surgen interrogantes, ¿quiénes deben sentarse en una mesa de negociación? ¿Qué garantía de cumplimiento tiene cualquier acuerdo que ponga fin al contexto de impunidad y que es causa eficiente de la depredación generalizada de los recursos del país?

El segundo elemento diferencial está en la fortaleza institucional colombiana, la cual permitió afrontar por décadas el conflicto armado; y la constatable anulación institucional venezolana. ¿Qué no decir del papel que jugó la fuerza armada colombiana en la derrota militar infringida a las FARC?; o la forma acompasada con la que las decisiones del Poder Judicial acompañaron el proceso de negociaciones. Aquí la Fuerza Armada Nacional Bolivariana FANB es, más que sostén interno del régimen, el propio régimen. Además, desvirtuado el papel constitucional que han debido jugar los militares en defensa de la soberanía nacional, el crimen organizado se viene apoyando en tales falencias; esto para actuar libremente y ejecutar el ambicioso plan de asumir el control del Estado sobre la base del poder económico que

²⁵ El Congreso aprobó la Ley Estatutaria que reguló el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Portal Noticiero Oficial N° 3477 del 14-12-2015. <http://www.noticieroficial.com/secEntes.php/aasunto/CONREPDEF156-2015.htm>

ha llegado a acumular. Contrasta el Estado Democrático que ejecuta la defensa de la sociedad contra la insurgencia criminal, en Colombia; y el Estado forajido que viola sistemáticamente los derechos de la población, caso Venezuela.

El tercer elemento a considerar es la relativa estabilidad económica de Colombia, durante los años en que se desarrollaron las conversaciones y negociaciones, cara a:

...una de las peores crisis humanitarias que la región haya vivido (...) La gravedad de la crisis humanitaria no es sencillamente la consecuencia de negligencia, pero se ha convertido en una estrategia más amplia de represión en el país, que es guiada por intereses ideológicos y políticos (...) Los alimentos, los medicamentos y otros productos de primera necesidad son las herramientas de control político y social que utilizan deliberadamente para la persecución de su gente²⁶.

La cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela tempranamente describió la Emergencia Humanitaria compleja en el país, en la oportunidad de invocar la responsabilidad de proteger que tiene la comunidad internacional en caso de ocurrencia de crímenes de lesa humanidad cuando las autoridades nacionales no puedan o no estén dispuestas a proteger a sus ciudadanos, en los siguientes términos:

...se trata de una situación que se traduce en desolación y muerte: a) Por desabastecimiento de alimentos y absoluta inseguridad alimentaria que deriva en altísimos índices de desnutrición que afecta en forma singular a la población infantil. b) Por la inexistencia de medicamentos, vacunas e insumos médicos esenciales para el diagnóstico y tratamiento básico de cualquier enfermedad. c) Por el desmantelamiento del Sistema Nacional de Salud y la realidad de una infraestructura hospitalaria derruida, la inoperatividad del 90% de la base instalada de equipos de diagnóstico clínico (Radiología, Ultrasonido, Tomografía, Resonancia Magnética, Hemodinamia, Mamografía, Medicina Nuclear, Laboratorio Clínico, Anatomía Patológica) y 95% de la base instalada de equipos de tratamiento por radioterapia (Aceleradores Lineales, Bombas de Cobalto, Equipos de Braquiterapia), la imposibilidad de dar tratamiento médico a las enfermedades crónicas como en los casos de las personas con trasplante, pacientes oncológicos, bajo tratamiento de diálisis, cardiopatías y VIH, , entre otros gravísimos cuadros clínicos. d) Por las epidemias desatadas, inclusive en caso de enfermedades que ya habían sido erradicadas en el país. e) Por la transmisión de las enfermedades infecciosas y el consecuencial riesgo de muerte a los pacientes en el campo de la medicina transfusional ante el incumplimiento de procedimientos y control de calidad en inmunoserología para Centros de Hemoterapia y Bancos de Sangre. f) Por los insólitos índices de mortalidad infantil y materna por la ausencia de los más mínimos controles de salubridad en el sistema de salud pública²⁷.

²⁶ Cfr. Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la Posible Comisión de Crímenes de Lesa Humanidad en Venezuela, hecho público en Washington D.C. el 29-05-2018.

²⁷ Universidad Central de Venezuela, Cátedra de Derecho Constitucional, *Responsabilidad Criminal ante la Emergencia Social y Humanitaria*, pronunciamiento del 14-02-2019. En este documento también se describe la ejecución del proceso para garantizar la efectividad de la ayuda humanitaria: "a) La activación del Programa Mundial de Alimentos (PMA) diseñado, entre otros objetivos, para trasladar alimentos en situaciones de emergencia. b) La ejecución de los programas de asistencia de la Organización Mundial de la Salud ante la proliferación

Ante hechos de tal gravedad, se visualiza un cuarto elemento contrastante y éste se refiere a la incidencia de una intervención de la comunidad internacional en el caso Venezuela, ante la proyección de la crisis humanitaria compleja en el continente, al provocar una terrible crisis migratoria en los países latinoamericanos y hacer peligrar la paz y estabilidad de la región. Desde mi perspectiva, parece inapropiado calificar como proceso de Justicia Transicional cualquier mecanismo que pretenda solucionar tamaña crisis.

4. Discriminación de los medios e instrumentos de políticas públicas en el proceso de justicia transicional colombiano

Ratificando el criterio básico que he esgrimido desde la presentación de este trabajo, sobre la singularidad de cada proceso de Justicia Transicional y la imposibilidad de reedición en conflictos disímiles, asumamos nuevamente el caso colombiano como indicador de las propuestas normativas y acciones en el contexto de políticas públicas que pueden ser desarrolladas en un postconflicto, tal como fueron planteadas en el Acuerdo Final:

a. Reforma Rural Integral. Dirigida a la *“transformación estructural del campo, cerrando las brechas entre el campo y la ciudad y creando condiciones de bienestar y buen vivir para la población rural”*. Los objetivos en este punto estaban en dirección a *“integrar las regiones, contribuir a erradicar la pobreza, promover la igualdad y asegurar el pleno disfrute de los derechos de la ciudadanía”*.

b. Participación política. Apertura democrática para construir la paz. En este punto la acción estaba dirigida a:

de enfermedades endémicas y para precaver brotes epidémicos. c) La inmediata provisión de medicamentos y, en especial, aquellos de altos costos, además de los imprescindibles para el tratamiento de enfermedades terminales, salud mental, acceso a la atención para las personas que viven con el VIH, resguardo de la salud de los pueblos indígenas, prevención y rehabilitación de discapacidades, tratamientos oncológicos, pacientes cardíopatas, diabéticos y renales, entre otros casos de especial relevancia. d) El apoyo prioritario a las poblaciones desplazadas en la frontera, en cuanto a la atención médica, alimentación y saneamiento para reducir la mortalidad, la morbilidad y el sufrimiento humano que provoca tal situación. e) La intervención de la Oficina de la ONU para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA) para dirigir la labor de los agentes humanitarios regionales y ONG's en la solución de la situación de emergencia humanitaria y, en especial, la movilización y control de la asistencia que debe ser conferida. f) La coordinación entre la Oficina de la ONU para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA), las secretarías y oficinas de las Naciones Unidas con competencia en derechos humanos y refugiados, las organizaciones regionales para la reducción de desastres, sus socios humanitarios internacionales y los socios humanitarios en el ámbito nacional, para garantizar que el canal humanitario no sea obstaculizado o desviar los recursos con fines distintos a la superación de la emergencia humanitaria. g) La activación del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ante la emergencia humanitaria; y la necesidad de protección de los derechos humanos en la situación de conflicto, violencia e inseguridad que sufre Venezuela. En el mismo sentido, la alerta de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dirigida a la supervisión de las situaciones de derechos humanos sobre el terreno”.

...la construcción y consolidación de la paz, en el marco del fin del conflicto, requiere de una ampliación democrática que permita que surjan nuevas fuerzas en el escenario político para enriquecer el debate y la deliberación alrededor de los grandes problemas nacionales y, de esa manera, fortalecer el pluralismo y por tanto la representación de las diferentes visiones e intereses de la sociedad, con las debidas garantías para la participación y la inclusión política.

c. El cese de la violencia como método de acción política. Dirigido a la profundización de la democracia se establecieron los términos para *“la dejación de las armas y la proscripción de la violencia”*. Por supuesto, este aspecto se compagina con el acuerdo preexistente de *Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo y el de Dejación de las Armas y Garantías de Seguridad* de La Habana, el 23-06-2016, al que se hizo referencia; además, la definición de las políticas de reinserción de los efectivos de las FARC-EP a la vida civil, en lo económico, social y político.

d. Mecanismos de seguridad postconflicto. En el esquema del establecimiento de garantías de seguridad y lucha contra las organizaciones criminales responsables de homicidios y masacres o que atentan contra defensores y defensoras de derechos humanos, movimientos sociales o movimientos políticos, se previó la Comisión Nacional de Garantías de Seguridad, la Unidad Especial de Investigación, un Cuerpo Élite en la Policía Nacional, el Sistema Integral de Seguridad para el Ejercicio de la Política, el Programa Integral de Seguridad y Protección para las Comunidades y Organizaciones en los Territorios y las Medidas de Prevención y Lucha contra la Corrupción.

e. Proscripción de cultivos y tráfico de drogas. Con escaso éxito, ante la proliferación de cultivos y el aumento del tráfico a través de los canales tradicionalmente utilizados por las FARC-EP para financiar sus operaciones después de la firma del Acuerdo Final, fue aprobado un acuerdo sobre *“Solución al Problema de las Drogas Ilícitas”*. Este aspecto es un componente singular en el conflicto venezolano ante el hilo conductor que vincula a las FARC con factores políticos y militares en Venezuela.

f. Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto. Este es quizás uno de los aspectos más delicados en este tipo de procesos. Se trata de establecer parámetros sobre las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición del conflicto. En el tema de la reparación integral a la víctima, en forma incontrovertida se debe partir de la insuficiencia de un simple resarcimiento económico; y así fue reconocido por el Consejo de Estado colombiano desde el 2007 y ratificado por la Corte Constitucional en todas sus decisiones posteriores.

La reparación se expande al establecimiento de la verdad mediante la continuación de las investigaciones, divulgación de las sentencias de la Jurisdicción Especial para la Paz, realización de actos de preservación de la memoria histórica, organización de actos públicos con presencia de autoridades del Estado para pedir perdón a las víctimas y sus familiares, medidas de atención psicosocial a las víctimas y sus familiares, así como otras medidas para el restablecimiento del proyecto de vida de los afectados. Todos estos aspectos vinculados íntimamente al siguiente apartado.

G. Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Los acuerdos establecieron en forma expresa que los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada y serán controlados por la Jurisdicción Especial para la Paz²⁸.

El núcleo del proceso de Justicia Transicional colombiano ha sido el establecimiento del “*Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición*”, incluyendo la Jurisdicción Especial para la Paz; y Compromiso sobre Derechos Humanos. Por supuesto, también en los aspectos procesales, en el ámbito de este “*derecho penal excepcional*”, es que se pueden detectar los aspectos más controvertidos y peligrosos de cualquier acuerdo para poner fin a un conflicto, cualquiera sea la naturaleza del mismo. Precisamente, esta es el área en la que se pretenden inspirar los actores venezolanos para desarrollar un mecanismo autóctono.

A manera de conclusión

La evaluación de un proceso de Justicia Transicional para Venezuela demuestra, por lo pronto, la importancia de la Filosofía del Derecho y la Sociología Jurídica. Por una parte, trabajar el valor Justicia y la connotación de los términos perdón y reconciliación, lo que implica un máximo de abstracción que solo da la filosofía; por la otra, la necesidad de definir un contexto, anclar ese esfuerzo intelectual a una realidad y entender que las soluciones e instrumentos jurídicos surgen de los hechos mismos. Pero estamos muy lejos de cualquier ensayo de Justicia Transicional en nuestro país.

Ni siquiera existe un conocimiento cabal de la entidad de este ejercicio excepcional que se debería justificar en los valores inmanentes que se predicen en el texto constitucional venezolano: Vida, Verdad y Libertad. En las actuales circunstancias no se puede descifrar una manifestación definitiva sobre la disposición del régimen para acceder a un proceso de negociación dirigida a una decisión concertada de solución de un conflicto mediante la utilización de un mecanismo excepcional; es más, ni siquiera se produce el reconocimiento de la entidad moral del otro, como requisito previo de cualquier mecanismo de negociación. Solo se visualiza la relación radical amigo-enemigo. Todo diálogo ha sido vacío, sin definiciones, con el único objeto de ganar tiempo y superar las evidentes crisis que se producen en el ámbito de los factores que soportan la estabilidad del régimen.

²⁸ El Sistema Integral estará compuesto por los siguientes cinco mecanismos y medidas: a) Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; b) Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado: Será una unidad especial de alto nivel de carácter humanitario y extrajudicial; c) Jurisdicción Especial para la Paz: Estará constituida por una serie de salas de justicia, entre las que se incluye una Sala de Amnistía e Indulto, y un Tribunal para la Paz, para administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario; d) Medidas de reparación integral para la construcción de la paz; y e) Garantías de No Repetición.

La decisión de ejecutar el proceso, pendiente aún, debe partir de una justa evaluación del conflicto y ni siquiera están definidos los factores que deben iniciar las conversaciones para adelantar el proceso de negociación. Lo que es peor, la amenaza de la manipulación de la Justicia, en aplicación del "*derecho penal del enemigo*" y la práctica de someter a los ciudadanos a la jurisdicción militar, además de la violencia pura, son immanentes a la actual praxis política.

Venezuela se constituye en paradigma de país que ha sufrido la acción de grupos delictivos organizados que actúan sistemáticamente al amparo del poder político y el control institucional del Estado. Pero también actúan los grupos paramilitares armados, organizados, financiados y patrocinados por el Gobierno. Se trata de una violencia interna pero también existe el componente internacional. Los delitos que ejecutan derivan en una manifiesta distorsión de las relaciones sociales, económicas y del tráfico jurídico, así como una abierta complicidad de los órganos de Administración de Justicia. Este daño es singular, ha colocado a la Nación en posición fallida, en lo que se refiere a la carga prestacional del Estado; y pone en riesgo la paz y estabilidad de la región.

Antes de definir mecanismos de Justicia Transicional cabe canalizar todo el esfuerzo a acometer la crisis humanitaria que vive el país. El Estado Forajido que irrespeta los derechos humanos, valores democráticos, convenios y acuerdos internacionales, es el mismo que ampara a los grupos violentos, las organizaciones transnacionales dedicadas a actividades ilícitas, la depredación sistemática de los recursos nacionales y del ambiente, asociado a factores transnacionales. Ha demostrado la más absoluta incapacidad para atender las competencias que le son propias. Entender que el conflicto venezolano es solo político, desvinculándolo de los factores que se han enumerado, implica el fracaso de cualquier esfuerzo dirigido a ponerle fin mediante los mecanismos que se identifican como Justicia Transicional. Hay que definir a los que definen, a los enemigos ocultos en el conflicto.

EXAMEN PRELIMINAR DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN VENEZUELA: POSIBLES ESCENARIOS Y RESULTADOS

Gabriela Camacho Alvarado*

Introducción: Apertura de un examen preliminar en Venezuela

Venezuela ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante “el Estatuto”) el 07-06-2000, convirtiéndose en el onceavo Estado que manifestó dicha intención, así como en Estado Parte desde su entrada en vigencia el 01-07-2002¹. Asimismo, el Estatuto fue también aprobado internamente mediante la Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional². Años más tarde, mediante un comunicado del 08-02-2018, la Fiscal de la Corte Penal Internacional (en adelante, “la Fiscal” y “la Corte”) tomó la decisión de iniciar un examen preliminar en Venezuela, con motivo de *“los crímenes presuntamente cometidos en este Estado Parte al menos desde abril de 2017, en el marco de manifestaciones y de la inestabilidad política conexas”*³.

Comentó la Fiscal que *“ha sido alegado que las fuerzas de seguridad del Estado con frecuencia usaron fuerza excesiva para dispersar y sofocar las manifestaciones”,* así como que dichas fuerzas *“arrestaron y detuvieron a miles de miembros reales o supuestos de la oposición, algunos de los cuales habrían sido objeto de graves abusos y malos tratos durante su detención”*. Asimismo, indicó que, según reportes, algunos grupos de manifestantes recurrieron a medios violentos y en consecuencia miembros de las fuerzas de seguridad resultaron heridos o muertos⁴.

Respecto del tiempo de duración del procedimiento, la Fiscal fue enfática al reflejar en su informe que no hay plazos legales para un examen preli-

* Abogada (UCAB, 2016). Becaria e investigadora invitada del Instituto Max Planck de Derecho Público y Comparado y Derecho Internacional (2019-2020).

¹ Ver el listado cronológico de países que han ratificado el Estatuto en https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/states%20parties%20_%20chronological%20list.aspx

² Gaceta Oficial N° 37.098 y Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.507, ambas del 13-12-2000.

³ Corte Penal Internacional, “Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on opening Preliminary Examinations into the situations in the Philippines and in Venezuela”, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180208-otp-stat>

⁴ Ídem.

minar⁵, esto es, no hay tiempos establecidos ni debe el Fiscal cumplir con plazos límite para tomar una decisión sobre el examen preliminar, así que el proceso puede concluir rápidamente o durar años⁶. De igual forma, declaró que dependiendo de los hechos y circunstancias de cada situación, decidiría si iniciar una investigación, continuar recolectando información que permita establecer una base legal y de hechos para emitir una determinación, o bien rechazar el inicio de una investigación si considera que no hay fundamentos para proceder⁷.

Con posterioridad a los acontecimientos narrados, la Oficina de la Fiscalía (en adelante “la Fiscalía”) recibió una remisión de la situación de Venezuela, por parte de varios Estados –Argentina, Canadá, Colombia, Chile, Paraguay y Perú⁸–, para que dé inicio a una investigación “*por crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en el territorio de Venezuela desde 12 de febrero de 2014, a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas*”⁹. La Fiscal, que ya había comunicado la apertura de un examen preliminar en Venezuela, indicó al respecto que “*ha estado analizando la información disponible a los efectos de llevar a cabo una determinación plenamente informada acerca de si existe fundamento suficiente para proceder a una investigación*” y que dicho examen “*continuará su curso normal, guiado estrictamente por los requisitos del Estatuto de Roma*”¹⁰.

Sin embargo, debemos destacar que en esta oportunidad la Fiscal no se pronunció directamente sobre la diferencia en el factor de temporalidad planteado en la remisión respecto del examen preliminar tal como fue anunciado (aunque sí más adelante, como se verá), puesto que en la primera se solicitó que la investigación abarcase los hechos ocurridos en Venezuela desde el 12-02-2014, fecha en la que se produjeron manifestaciones con respuestas violentas por parte de las fuerzas del Estado, al igual que heridos y muertos en dicho contexto¹¹, mientras que en el anuncio se contemplan los hechos ocurridos desde abril de 2017.

⁵ Ídem.

⁶ Stone, C., “Widening the Impact of the International Criminal Court. The Prosecutor’s Preliminary Examinations in the Larger System of International Criminal Justice”, en Minow, M., True-Frost, C. y Whiting, A. (Ed.), *The First Global Prosecutor. Promise and Constraints*, Michigan, University of Michigan Press, 2015, p. 292.

⁷ Ídem.

⁸ Ver el texto completo de la remisión en https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/180925-otp-referral-venezuela_SPA.pdf

⁹ Corte Penal Internacional, “Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la remisión por parte de un grupo de seis Estados Partes en relación con la situación en Venezuela”, 27-09-2018, en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180927-otp-stat-venezuela&ln=Spanish>

¹⁰ Ídem.

¹¹ Sobre estas protestas de 2014, se recomienda revisar las consideraciones iniciales planteadas por Amnistía Internacional en su informe “Venezuela. Los derechos humanos en riesgo en medio de protestas” en <https://www.amnesty.org/download/Documents/4000/amr530092014es.pdf>

Posterior a dicha remisión, la Presidencia de la Corte asignó la situación de Venezuela a la Sala de Cuestiones Preliminares I¹², y el 05-12-2018 la Fiscalía emitió un primer informe del avance del examen preliminar¹³. En este documento se hizo mención de elementos de contexto que se están tomando en cuenta para el examen, entre los que se encuentran –además de las protestas– el anuncio del retiro de Venezuela de la Organización de Estados Americanos, la creación de la Asamblea Nacional Constituyente y las elecciones presidenciales de mayo 2018¹⁴. Sobre las fuentes utilizadas, la Fiscalía indicó que ha consultado fuentes públicas como *“informes de organizaciones de la sociedad civil venezolanas e internacionales, la OAC-NUDH, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Secretaría General de la OEA”*, además de *“una multiplicidad de informes de grupos de expertos y medios de comunicación”*¹⁵.

En ese orden de ideas, la Fiscalía también indicó que ha sostenido reuniones con *“partes interesadas relevantes y proveedores de información a efectos de discutir una serie de asuntos relevantes para el examen preliminar”*, y que también ha solicitado mayor información sobre alegaciones y sobre *“la metodología y el proceso de recolección de información empleados por los remitentes de comunicaciones”*¹⁶.

Como se adelantó, en este documento la Fiscalía sí se refirió al tiempo de análisis sugerido en la remisión de la situación de Venezuela por los Estados Partes, esto es, sobre la consideración de las protestas ocurridas en el año 2014, e indicó que *“[e]n virtud del carácter abierto de la situación remitida, (...) continuará registrando alegaciones de crímenes cometidos en Venezuela en la medida en que puedan estar comprendidos en la competencia material de la Corte”*, y que también *“podrá incluir en su análisis todo presunto crimen conectado con la situación y comprendido en la competencia de la Corte, que pueda haber sido cometido desde el 12 de febrero de 2014”*¹⁷. Con esa respuesta se abrió el panorama –ahora de forma expresa– a cualquier crimen conexo que se pudiera haber cometido desde el 12-02-2014.

En fecha 05-12-2019, la Fiscalía emitió su Reporte sobre Exámenes Preliminares del año, y respecto de Venezuela reveló que el análisis de la jurisdicción por la materia está casi terminado y que esperaba culminar a co-

¹² Presidencia de la Corte Penal Internacional, *Decision assigning the situation in the Bolivarian Republic of Venezuela to Pre-Trial Chamber I*, No. ICC-02/18-1, 28-09-2018.

¹³ Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, “Informe sobre las actividades de examen preliminar 2018” (05-12-2018), en <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/2018-otp-rep-PE-Venezuela.pdf>

¹⁴ *Ibíd.*, párr. 102, 104 y ss.

¹⁵ *Ibíd.*, párr. 118.

¹⁶ *Ibíd.*, párr. 121.

¹⁷ *Ibíd.*, párr. 124.

mienzos del año 2020¹⁸. De resultar positiva la evaluación en esta etapa, correspondería evaluar la admisibilidad¹⁹.

Ahora bien, existiendo ya un examen preliminar abierto, la Fiscal recibió el 13-02-2020 otra remisión, esta vez por parte de Venezuela en relación con crímenes de lesa humanidad que presuntamente están siendo cometidos “como consecuencia de la aplicación de medidas coercitivas ilícitas adoptadas unilateralmente por el gobierno de los Estados Unidos de América contra Venezuela, al menos desde el año 2014”²⁰. La Fiscal señaló en su declaración que las dos remisiones parecen estar geográfica y temporalmente superpuestas y podrían asignarse a la misma Sala de Cuestiones Preliminares, hecho que ya ocurrió²¹. Es importante señalar a efectos prácticos que la Corte se referirá en adelante a Venezuela I como la situación proveniente del examen preliminar *motu proprio* de la Fiscal, y a Venezuela II como la situación remitida por el Estado venezolano.

Al igual que con la formulada por otros Estados Parte, esta remisión de Venezuela no implica la apertura de una investigación, pues la Fiscal debe evaluar si se cumplen los criterios señalados por el Estatuto para proceder con la misma, y la remisión en sí solo acelera el proceso a la investigación en la medida que la revisión judicial de tal decisión fiscal no es necesaria²². Esto es, como veremos más adelante, que una vez ocurre una remisión por un Estado Parte, la Fiscalía no necesita la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar una investigación.

El 04-11-2020, la Fiscal sostuvo una reunión en la sede de la Corte con una delegación que incluyó, entre otros, al Fiscal General y al Defensor del Pueblo de Venezuela²³. En esta oportunidad, la Fiscalía indicó que concluyó la evaluación sobre la competencia material en Venezuela I y “determinó que existía fundamento razonable para creer que en Venezuela han ocurrido crímenes de competencia de la Corte”²⁴. De igual manera, solicitó información

¹⁸ Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, “Report on Preliminary Examination Activities 2019” (05-12-2019), párr. 83, en <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/191205-rep-otp-PE.pdf>

¹⁹ Ídem.

²⁰ Corte Penal Internacional, “Declaración de la Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sra. Fatou Bensouda, sobre la remisión por parte de Venezuela en relación a la situación en su propio territorio”, 17-02-2020, en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=200217-otp-statement-venezuela&ln=Spanish>

²¹ La situación examinada por la Fiscal y que fue objeto de remisión por seis Estados Parte pasó a ser Venezuela I y la situación remitida por el gobierno venezolano se denomina ahora Venezuela II. Ambas fueron asignadas (reasignada Venezuela I) el 19-02-2020 a la Sala de Cuestiones Preliminares III. Ver en https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00598.PDF Sin embargo, más adelante pudieran ser una sola situación si la Fiscal así lo considera.

²² Ídem.

²³ Corte Penal Internacional, “La Fiscal de la CPI, Sra Fatou Bensouda, recibe a una delegación de alto nivel de la República Bolivariana de Venezuela en el contexto de sus exámenes preliminares en curso”, 05-11-2020, en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr1544&ln=Spanish>

²⁴ Ídem.

sobre los procedimientos relevantes que se están llevando a cabo en Venezuela y la conformidad de los mismos con los requisitos que plantea el Estatuto²⁵. Respecto de Venezuela II, la Fiscalía indicó el estatus del examen sobre la competencia material, que pretende determinar si existe “*fundamento razonable para creer que las conductas alegadas están abarcadas por la competencia de la Corte*”²⁶. El examen preliminar sigue andando, aunque en distintas fases, para las dos situaciones.

En esta investigación revisaremos qué es un examen preliminar, qué debe esperarse de él, cuáles son las acciones que la Fiscalía puede tomar en su curso, cómo influyen las referencias y cuáles son las posibles vías que el examen preliminar puede tomar en Venezuela, siendo la actual situación única en su tipo y sin precedentes para la Corte Penal Internacional.

A efectos de este trabajo, es importante aclarar que no se hará mención del primer examen preliminar que la Corte Penal Internacional abrió en Venezuela, con motivo, entre otras causas, de comunicaciones recibidas por la Fiscalía con alegaciones de supuestos crímenes de lesa humanidad cometidos contra líderes políticos de la oposición en el año 2002. En este caso, la Fiscalía decidió que no se cumplieron los requisitos del Estatuto para solicitar el inicio de una investigación²⁷.

1. El examen preliminar de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional

1.1. ¿En qué consiste el examen preliminar?

El examen preliminar tiene lugar una vez que la Oficina del Fiscal tiene conocimiento de una situación, sea por la recepción de información (mediante una comunicación a la Fiscalía) y, en consecuencia, por la propia decisión del Fiscal de seguir dicha situación de cerca, sobre la base de información de una posible comisión de crímenes competencia de la Corte²⁸; o sea por referencias realizadas por otro Estado Parte del Estatuto, o por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, quienes actuarían para abordar una amenaza a la paz y seguridad internacionales²⁹. Cuando una situación es referida por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad, el Fiscal puede abrir la investigación inmediatamente a menos que considere que no hay fundamento razonable para creer que se ha cometido un crimen competencia de la Corte, pero si el inicio de la investigación es por su cuenta o

²⁵ Ídem.

²⁶ Ídem.

²⁷ La decisión de la Fiscalía y los detalles de este examen preliminar se pueden consultar en <https://www.icc-cpi.int/venezuela/Pages/default.aspx>

²⁸ McGonigle Leyh, B., *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*, Cambridge, Intersentia, 2011, p. 261.

²⁹ Ídem.

proprio motu, está obligado a solicitar la aprobación de la Sala de Cuestiones Preliminares³⁰.

La propia Oficina del Fiscal ha señalado que la diferencia entre una situación referida (por un Estado Parte o por el Consejo de Seguridad) y una situación recibida mediante comunicación, es que en el primer tipo el Fiscal tiene la obligación de iniciar una investigación a menos que considere que no hay base razonable para proceder de conformidad con el Estatuto, mientras que en el segundo –caso invertido– el Fiscal no iniciará una investigación a menos que determine que existe base razonable para proceder y cuente, por supuesto, con la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares³¹. En ambos casos, el fundamento de su decisión serán los elementos que se señalan en el artículo 53 del Estatuto, como se verá.

Ahora bien, en el caso del examen preliminar en Venezuela, a pesar de que en primer lugar fue abierto por iniciativa propia del Fiscal, la remisión que hicieron los Estados Parte –en los términos señalados *supra*– cambió el primer escenario de dicho examen, ubicándolo en uno distinto: no el del artículo 15, sino el del artículo 18 del Estatuto³². Esto es, el Fiscal no debe

³⁰ Corte Penal Internacional, *Situación en la República Islámica de Afganistán*, Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una Investigación sobre la situación en la República Islámica de Afganistán, Sala de Cuestiones Preliminares II, No. ICC-02/17, 12-04-2019, párr. 32.

³¹ Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Annex to the "Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor": Referrals and Communications*, septiembre de 2003, p. 2, en https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/278614ED-A8CA-4835-B91D-DB7FA7639E02/143706/policy_annex_final_210404.pdf Ver también lo señalado por Caban, P., "Preliminary Examinations by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, en *Czech Yearbook of Public & Private International Law*, vol. 2, CSIL, Praga, 2011, p. 203.

³² "Artículo 18 Decisiones preliminares relativas a la admisibilidad 1. Cuando se haya remitido a la Corte una situación en virtud del artículo 13 a) y el Fiscal haya determinado que existen fundamentos razonables para comenzar una investigación, o el Fiscal inicie una investigación en virtud de los artículos 13 c) y 15, éste lo notificará a todos los Estados Partes y a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate. El Fiscal podrá hacer la notificación a esos Estados con carácter confidencial y, cuando lo considere necesario a fin de proteger personas, impedir la destrucción de pruebas o impedir la fuga de personas, podrá limitar el alcance de la información proporcionada a los Estados. 2. Dentro del mes siguiente a la recepción de dicha notificación, el Estado podrá informar a la Corte que está llevando o ha llevado a cabo una investigación en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales que puedan constituir crímenes contemplados en el artículo 5 y a los que se refiera la información proporcionada en la notificación a los Estados. A petición de dicho Estado, el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado en relación con la investigación sobre las personas antes mencionadas, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida, a petición del Fiscal autorizar la investigación. 3. El Fiscal podrá volver a examinar la cuestión de la inhibición de su competencia al cabo de seis meses a partir de la fecha de la inhibición o cuando se haya producido un cambio significativo de circunstancias en vista de que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo. 4. El Estado de que se trate o el Fiscal podrán apelar ante la Sala de Apelaciones de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el artículo 82. La apelación podrá sustanciarse en forma sumaria. 5. Cuando el Fiscal se haya inhibido de su competencia en relación con la investigación con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 4, podrá pedir al Estado de que se trate que le informe periódicamente de la marcha de su investiga-

reunir elementos para solicitar ante la Sala de Cuestiones Preliminares la apertura de un examen preliminar, sino que puede abrir la investigación a menos que sus indagaciones le revelen que no existe fundamento razonable para hacerlo. Independientemente de cómo reciba la Fiscalía la información (sea por comunicación, por referencia de algún Estado Parte o del Consejo de Seguridad), debe llevar a cabo las actividades del examen preliminar de la misma forma, que es evaluando la información disponible y la seriedad de la misma³³.

En este orden de ideas, el artículo 18 del Estatuto indica que cuando se remita a la Corte una situación por un Estado Parte, de conformidad con el artículo 13(a), y el Fiscal determine que existe fundamento razonable para comenzar a investigar, él debe notificar a los Estados Parte que *“teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate”*. Esto es, suponiendo que exista algún Estado que no sea parte del Estatuto de Roma y –teniendo en cuenta los supuestos de jurisdicción de la Corte– se vea implicado en los hechos por haberse cometido los supuestos crímenes bien en su territorio, o bien por uno de sus nacionales.

Por otro lado, el artículo 53 del Estatuto³⁴ ofrece pautas importantes para lo que el Fiscal analizará durante el examen preliminar. En ese sentido,

ciones y del juicio ulterior. Los Estados Partes responderán a esas peticiones sin dilaciones indebidas. 6. El Fiscal podrá, hasta que la Sala de Cuestiones Preliminares haya emitido su decisión, o en cualquier momento si se hubiere inhibido de su competencia en virtud de este artículo, pedir a la Sala de Cuestiones Preliminares, con carácter excepcional, que le autorice a llevar adelante las indagaciones que estime necesarias cuando exista una oportunidad única de obtener pruebas importantes o exista un riesgo significativo de que esas pruebas no estén disponibles ulteriormente. 7. El Estado que haya apelado una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares en virtud del presente artículo podrá impugnar la admisibilidad de un asunto en virtud del artículo 19, haciendo valer hechos nuevos importantes o un cambio significativo de las circunstancias”.

³³ Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, Noviembre de 2013, párr. 12, en https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-SPA.pdf

³⁴ *“Artículo 53 Inicio de una investigación 1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte; b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17; c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares. 2. Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que: a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho para pedir una orden de detención o de comparecencia de conformidad con el artículo 58; b) La causa es inadmisibles de conformidad con el artículo 17; o c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, entre ellas la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen; notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto de conformidad con el artículo 14 o al Consejo de Seguridad si se trata de un caso previsto en el párrafo b)*

este artículo indica cuáles son los elementos que el Fiscal debe considerar para decidir si debe o no iniciar una investigación propiamente dicha. En primer lugar, la información recibida debe proporcionar un fundamento razonable para creer que se ha cometido un crimen competencia de la Corte; luego, la causa debe ser admisible conforme al artículo 17 del Estatuto (complementariedad y gravedad); finalmente, existen razones sustanciales para creer que una investigación es acorde con los intereses de la justicia (aunque este punto solo será explicado por la Fiscalía si considera que una investigación *no redundaría* en el interés de la justicia). Se ha indicado que esta tarea se enfoca en estudiar y procesar información o evidencia que sea presentada por fuentes externas a la Corte, en lugar de una recopilación oficiosa de dicha información³⁵. Así, el Fiscal debe elaborar un reporte interno en el que analice la gravedad o seriedad de la información y considere los factores del artículo 53.1 (a) a (c), y es dicho reporte el que debe ir acompañado de una recomendación sobre si existe o no fundamento razonable para iniciar una investigación³⁶. En ese documento, en el cual se basará para determinar si existe tal fundamento razonable, el Fiscal debe tener en cuenta varios factores al evaluar la gravedad de los crímenes presuntamente cometidos, tales como la magnitud, la naturaleza, la forma de comisión y el impacto de los mismos, al igual que los lugares, el momento o período, las personas involucradas (si están identificadas) o una descripción de las personas o grupos involucrados³⁷. Asimismo, la identificación de los hechos mencionada no es definitiva sino preliminar, no es vinculante y puede cambiar en una etapa posterior del proceso teniendo en cuenta las pruebas que se recolecten y las futuras hipótesis planteadas³⁸.

De conformidad con lo antes expuesto, es preciso destacar que el estándar probatorio para la fase de examen preliminar, es decir, antes del inicio de una investigación, es la existencia de “fundamento razonable”³⁹, que se señala en el artículo 53 del Estatuto, fue utilizado por primera vez en

del artículo 13. 3. a) A petición del Estado que haya remitido el asunto con arreglo al artículo 14 o del Consejo de Seguridad de conformidad con el párrafo b) del artículo 13, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá examinar la decisión del Fiscal de no proceder a la investigación de conformidad con el párrafo 1 o el párrafo 2 y pedir al Fiscal que reconsidere esa decisión; b) Además, la Sala de Cuestiones Preliminares podrá, de oficio, revisar una decisión del Fiscal de no proceder a la investigación si dicha decisión se basare únicamente en el párrafo 1 c) o el párrafo 2 c). En ese caso, la decisión del Fiscal únicamente surtirá efecto si es confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares. 4. El Fiscal podrá reconsiderar en cualquier momento su decisión de iniciar una investigación o enjuiciamiento sobre la base de nuevos hechos o nuevas informaciones”.

³⁵ Agirre, X., “The Role of Analysis Capacity” in Bergsmo, M, Rackwitz, K. y Song, T. (Ed.), *Historical Origins of International Criminal Law: Volume 5*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Bruselas, 2017, p. 104.

³⁶ Corte Penal Internacional, *Regulaciones de la Oficina del Fiscal*, ICC-BD/05-01-09, Regulación 29; Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, op. cit., párr. 83-84.

³⁷ Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, op. cit., párr. 84.

³⁸ Ídem.

³⁹ Agirre, op. cit., p. 104.

la Autorización para una Investigación en la República de Kenia⁴⁰. En dicha decisión, la Corte señaló que el estándar de “*fundamento razonable para creer*” es el más bajo previsto en el Estatuto de Roma, y el motivo es que se trata de una fase muy temprana del procedimiento ante el órgano⁴¹.

De tal manera, la Fiscalía no está obligada a entregar información exhaustiva o concluyente, entendiéndose que sus poderes están limitados y son de menor alcance que aquellos que ostenta en la fase de investigación propiamente dicha⁴². Del mismo modo, no se requiere en esta fase que la conclusión del Fiscal sea la única posible o razonable, ni que refute otras conclusiones que también sean razonables, sino que es suficiente que se pruebe que hay una conclusión razonable que pueda soportarse sobre la evidencia y la información disponible⁴³. Adicionalmente, la información dada por la Fiscalía puede no apuntar hacia una sola conclusión, y la Sala pudiera ver satisfecho el estándar probatorio si existiese una justificación sensata o razonable para creer que se cometió o está siendo cometido un crimen competencia de la Corte⁴⁴; por esta razón se ha afirmado que en el contexto del marco procedimental de la Corte, el examen preliminar es el único proceso en que el escrutinio judicial se basa en mera información y no en evidencia⁴⁵.

1.2. ¿Qué acciones puede tomar la Fiscalía durante un examen preliminar?

Siendo que el examen preliminar es una fase previa a la apertura de una investigación (si así lo autorizare la Sala de Cuestiones Preliminares), cabe preguntarse qué acciones puede llevar a cabo el Fiscal en una fase tan temprana del proceso, teniendo en cuenta que un examen preliminar puede iniciarse con base en: (i) información enviada por “*individuos o grupos, Estados, organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales*”; (ii) una remisión hecha por un Estado Parte del Estatuto o por el Consejo de Seguridad; o (iii) una declaración de aceptación del ejercicio de competencia por la Corte depositada por un Estado que no es Parte (artículo 12.3)⁴⁶. En ese sentido, se ha indicado que si una remisión contiene documentación que señala o identifica a posibles autores “*la Fiscalía no está limitada ni constreñida por la información contenida en dicha documentación cuando lleva a cabo investigaciones encaminadas a determinar si se debe acusar a personas*

⁴⁰ Corte Penal Internacional, Situación en la República de Kenia, Decisión de conformidad con el artículo 15 del Estatuto de Roma sobre la autorización de una Investigación sobre la situación en la República de Kenia, Sala de Cuestiones Preliminares II, No. ICC-01/09, 31-03-2010.

⁴¹ *Ibíd.*, párr. 27.

⁴² *Ídem.*

⁴³ *Ibíd.*, párr. 33.

⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 34–35.

⁴⁵ Corte Penal Internacional, *Situación en Afganistán*, *op. cit.*, párr. 36.

⁴⁶ Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, *op. cit.*, párr. 4.

concretas⁴⁷. Esto es, la Fiscalía puede revisar y analizar de forma independiente la información recibida por cualquiera de los remitentes antes descritos, así como solicitarles más información sobre la base de lo enviado⁴⁸.

En ese sentido, el *Documento de política general sobre exámenes preliminares* reconoce que en esta etapa la Fiscalía “no tiene plenas facultades de investigación, pero puede solicitar información adicional a los Estados, a los órganos de las Naciones Unidas, a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y a fuentes fidedignas que considere apropiadas⁴⁹. Además, la Fiscalía “también puede recibir declaraciones escritas y orales en la sede de la Corte⁵⁰, lo cual se debe considerar como un recurso importante en este tipo de procesos. Otras acciones que podrían tomarse son enviar cartas a oficiales del Estado respecto del examen preliminar (sea que las haga públicas o no), organizar visitas o misiones, dar declaraciones orales o entrevistas a periodistas, en las que el Fiscal o alguien de su oficina pueda calificar los crímenes o la situación, emitir reportes interinos, tomar testimonios en la sede de la Corte, conversar en privado o en público con oficiales del gobierno y otros con interés en la situación y recibir comunicaciones públicas o privadas de partes interesadas, así como comisiones nacionales o internacionales organizadas para indagar sobre la situación⁵¹.

Ahora bien, a pesar de no ser plenas las mencionadas facultades de investigación, la Fiscalía ha hecho uso de ella pues no ha cumplido con un rol pasivo sino que ha llevado a cabo numerosas actividades de búsqueda de información, incluyendo la conducción de misiones a Estados relevantes, y la organización o participación en reuniones en la Corte u otros lugares⁵²; en dichas reuniones se ha relacionado con importantes actores como oficiales de Estado, víctimas y las organizaciones que las representan, organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, los remitentes de las comunicaciones a que se refiere el artículo 15 y otras partes interesadas⁵³.

En cuanto a las visitas, un ejemplo lo constituye la situación de Georgia, dentro de la cual la Fiscalía ha conducido distintas misiones (unas a Georgia y otras a Rusia), en las que ha tenido contacto con actores relevantes de los

⁴⁷ Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, op. cit., párr. 27.

⁴⁸ Ídem. Ver también en este sentido la regla 104 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, en <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceSpa.pdf>

⁴⁹ Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, op. cit., párr. 12.

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Ver Stone, op. cit., p. 292.

⁵² Wharton, S. y Gray, R. “The Full Picture: Preliminary Examinations at the International Criminal Court”, en *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 56, 2019, p. 17, en https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/7F5D5972CC9A724534F740DFF5B56830/S0069005819000018a.pdf/full_picture_preliminary_examinations_at_the_international_criminal_court.pdf

⁵³ Ídem.

gobiernos de Georgia y de la Federación de Rusia para recopilar y verificar información sobre los supuestos crímenes cometidos y la existencia y genuinidad de los procedimientos nacionales⁵⁴. En este marco de actuación la Fiscalía ha solicitado formalmente información según lo indicado en el artículo 15(2) del Estatuto (a los gobiernos de ambos Estados, a la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y ha interactuado con expertos y organizaciones relevantes⁵⁵. En la situación de Guinea también se han realizado misiones que han permitido conocer el estatus de procedimientos nacionales, pero también reuniones con el Ministro de Justicia, el panel de jueves investigadores, autoridades judiciales, sociedad civil, el consejo de víctimas y la comunidad diplomática en Conakry (Naciones Unidas, Unión Europea y otros Estados)⁵⁶.

La variedad de actores con los que la Fiscalía puede reunirse es amplia, siendo que incluso puede reunirse con jefes de Estado, tal como ha ocurrido con los presidentes de Palestina, Colombia, Guinea y Nigeria⁵⁷. Sin embargo, en algunos casos las situaciones han impedido la conducción de misiones durante algún tiempo, como fue el caso con Afganistán y Costa de Marfil⁵⁸.

Respecto de la posibilidad de recibir declaraciones escritas u orales, en las situaciones de Georgia y Colombia la Fiscalía se ha valido de testimonios para constatar la existencia de fundamentos razonables para creer que se cometieron crímenes competencia de la Corte. Es cierto que el Fiscal no puede someter a prueba las hipótesis que formule en un examen preliminar, pero con tales testimonios recibidos –y no, por ejemplo, una entrevista a los testigos– consideramos que el Fiscal no ha traspasado las fronteras del examen preliminar a la investigación propiamente dicha⁵⁹.

Es preciso recordar que cuando la Fiscalía solicita información de otros actores o de Estados, no puede invocar o valerse de las formas de cooperación comprendidas en la Parte IX del Estatuto⁶⁰.

Vistas las posibilidades de actuación de la Fiscal, consideramos que la labor investigativa y documentada de las organizaciones no gubernamentales en Venezuela –de acuerdo con sus distintas áreas de actuación– podría dar información valiosa sobre cifras, datos geográficos y casos⁶¹, sin em-

⁵⁴ Corte Penal Internacional, *Situación en Georgia*, Solicitud de autorización de una investigación de conformidad con el artículo 15, Sala de Cuestiones Preliminares I, No.: ICC-01/15, 13-10-2015, párr. 38.

⁵⁵ *Ibíd.*, párr. 44 y 45.

⁵⁶ Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Report on Preliminary Examination Activities 2018*, del 05-12-2018, párr. 180, en <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/181205-rep-otp-PE-ENG.pdf>

⁵⁷ Wharton, S. y Gray, R., *op. cit.*, p. 18.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ Ver Seils, P., “Putting Complementarity...” *op. cit.*, p. 319.

⁶⁰ Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Documento... exámenes preliminares*, *op. cit.*, párr. 85.

⁶¹ Organizaciones como Provea, Transparencia Venezuela, Acceso a la Justicia, Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello y de la Universidad Metropol-

bargo, cabe preguntarse si una eventual reunión con miembros del gobierno, o una solicitud formal de información, tendrá resultados igual de útiles. Si, por ejemplo, tratándose de los hechos relacionados con las protestas desde 2014, el gobierno estaría dispuesto a contribuir y dar información relevante para esclarecer las dudas de la Fiscalía, o decide ocultar u omitir dicha información.

1.3. ¿Cuáles son las fases del examen preliminar?

El artículo 53 del Estatuto permite obtener un acercamiento por cuatro fases para el manejo de los requisitos⁶², y con base en ello consideramos que la estructura del examen preliminar podría realizarse de esta manera:

En la primera fase –o fase de evaluación inicial– el Fiscal debe revisar si de acuerdo con lo indicado por el Estatuto, la información que recibió “*constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte*”. En este sentido, dicha competencia se ejerce sobre los crímenes *más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*, y que según el artículo 5.1 del Estatuto son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra o el crimen de agresión⁶³. Si el Fiscal considera que los crímenes que presuntamente se desprenden de la información recibida no son de la gravedad suficiente para ser conocidos por la Corte, o no están comprendidos dentro de las categorías de crímenes mencionadas, el resto de pasos no podrán completarse pues no se estarían cumpliendo los criterios requeridos.

En la segunda fase se revisan las condiciones para la existencia de la jurisdicción (temporal, geográfica y personal), así como la categorización de los crímenes y sus elementos; este paso contribuye con el esclarecimiento

tana, el Observatorio Venezolano de Conflictividad Social, Civilis, Espacio Público, entre otras, tienen valiosos reportes en distintas áreas de estudio de la situación venezolana.

⁶² Marchuk, I. y Wanigasuriya, A., “Making the Wrong Enemies? The ICC Prosecutor’s Dilemma When Targeting Powerful States at the Preliminary Examination Stage”, en Sturma, P. (Ed.), *The Rome Statute of the ICC at Its Twentieth Anniversary. Achievements and Perspectives*, Leiden y Boston, Brill | Nijhoff, 2019, p. 126; Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, op. cit., párr. 77 y ss.; Stone, op. cit., p. 292; Olásolo, H., “El principio de Complementariedad y las Estrategias de Actuación de la Corte Penal Internacional en la Fase de Examen preliminar: ¿Por qué la Corte Penal Internacional mantiene su Examen preliminar, pero no abre una investigación, sobre la situación en Colombia?”, en Boeglin, N., Hoffmann, J. y Sáinz-Borgo, J. (Ed.), *La Corte Penal Internacional: Una perspectiva latinoamericana*, Madrid, Instituto Berg, 2014, pp. 155-156.

⁶³ Sobre el crimen de agresión, el artículo 5.2 del Estatuto indica que “*La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas*”. Esta competencia está activa desde el 17-07-2018, y para más información se sugiere consultar <http://www.coalitionfortheicc.org/es/news/20180102/historica-activacion-de-la-jurisdiccion-del-crimen-de-agresion-en-la-corte-penal>

de la situación específica y la identificación, como ya se dijo, de casos potenciales. Así, con los casos potenciales ya se da apertura a consideraciones preliminares sobre responsabilidad individual y responsabilidad del superior. Se ha indicado que esta segunda fase es el inicio formal del examen preliminar propiamente dicho⁶⁴, y en el caso que nos ocupa, siendo que lo que se alega son crímenes de lesa humanidad, consideramos que es la fase en que comienza a analizarse los elementos contextuales de dichos crímenes, sin perjuicio de analizar posteriormente los elementos específicos de cada uno. El Estatuto enumera los actos que constituyen crímenes de lesa humanidad cuando son cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil en ejecución de una política; y que constituyen un serio ataque a la dignidad humana⁶⁵.

En la tercera fase se revisaría la admisibilidad de los casos potenciales que sean determinados en la segunda fase, tomando en cuenta criterios de complementariedad y gravedad; esto es, analizando si se llevaron o están llevando a cabo investigaciones o procesos nacionales genuinos y, en caso de que no, la gravedad de los crímenes⁶⁶. Solo si una situación se considera admisible, el Fiscal puede determinar con mayor detalle si corresponde la apertura de una investigación formal, incluso antes de la determinación de otros criterios políticos y discrecionales, o dicho de otro modo, la evaluación de los intereses de la justicia⁶⁷.

En la cuarta fase, por último, se evaluarían los intereses de la justicia, para habilitar al Fiscal a formular las recomendaciones finales sobre si proceder o no con la investigación. En esta fase, sin embargo, una negativa por parte del Fiscal sería excepcional, debido a que existe una presunción de que las investigaciones y procedimientos redundan en interés de la justicia⁶⁸. A efectos de esta última fase del examen preliminar, es preciso aclarar que la viabilidad –que en algunos estudios se ha mencionado como requisito del examen⁶⁹– por sí sola no es considerada por la Oficina del Fiscal para determinar si se llevará a cabo la investigación, puesto que *“ponderar la viabilidad como un factor separado e independiente podría perjudicar una congruente aplicación del Estatuto y fomentar obstrucciones que busquen*

⁶⁴ Stone, C., *op. cit.*, p. 292.

⁶⁵ Cassese, A., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 98.

⁶⁶ En su artículo 1, el Estatuto de Roma indica que la Corte Penal Internacional *“tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales”*.

⁶⁷ Ambos, K., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*, Bogotá, GTZ Y Temis, 2010, p. 150.

⁶⁸ Stone, C., *op. cit.*, p. 292.

⁶⁹ Ver, por ejemplo, Agirre, *op. cit.*, pp. 104 y ss.

*disuadir la intervención de la CPI*⁷⁰. En este punto, no obstante, la Corte ha creado recientemente una controversia⁷¹.

Consideramos importante revisar brevemente, teniendo en cuenta la situación de Venezuela, cómo ha entendido la Oficina del Fiscal la evaluación de los intereses de la justicia en exámenes preliminares. Así, el Fiscal no debe establecer si una investigación o enjuiciamiento redundante en interés de la justicia, sino que procederá con la investigación *a menos* que considere que no es en interés de la justicia hacerlo en ese momento⁷². De tal forma que la prevención de los delitos graves y a la garantía del respeto duradero de la justicia internacional pueden ser elementos importantes para evaluar los intereses de la justicia, así como la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas, las circunstancias particulares del acusado⁷³. El Fiscal tiene, entonces, amplia discrecionalidad. Sin embargo, si este elemento constituye la única base de la Fiscalía para no proceder con la investigación, se permite a la Sala de Cuestiones Preliminares revisar la decisión⁷⁴.

Debemos destacar que las fases y las actuaciones que comprenden son de naturaleza distinta. Esto es, considerar si existen “*fundamentos razonables para creer*” que se cometió un crimen competencia de la Corte, así como identificar un caso potencial que pudiera ser admisible (según la gravedad y teniendo en cuenta la complementariedad del artículo 17 del Estatuto), es distinto a considerar que no existen “*motivos sustanciales para creer*” que abrir una investigación sería contrario a los intereses de la justicia⁷⁵. La diferencia radica en que la determinación de los *intereses de la justicia* requiere que el Fiscal se anticipe a las consecuencias de cualquier investigación y evalúe si esas consecuencias son consistentes con la noción de “*justicia*”⁷⁶.

⁷⁰ Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, op. cit., párr. 70.

⁷¹ Es controversial la decisión de la Sala en la situación de Afganistán al negar la apertura de una investigación, puesto que a pesar de que concuerda en que el caso es admisible respecto de la complementariedad y la gravedad, señala que no redundaría en interés de la justicia (a pesar de que la Fiscalía no hace mención de esto) y además señala la falta de viabilidad de una eventual investigación. Sugerimos ver *Situación en la República Islámica de Afganistán*, op. cit. párr. 87 y ss.

⁷² Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, *Policy Paper on the Interests of Justice*, Septiembre de 2007, pp. 2-3 en <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/772C95C9-F54D-4321-BF09-73422BB23528/143640/ICCOTPInterestsOfJustice.pdf>

⁷³ *Ibid.*, pp. 4-7; en esta dirección se perfilan también el *Documento de política sobre exámenes preliminares*, op. cit. y el *Policy Paper on case selection and prioritization*, 15-09-2016, en https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf

⁷⁴ Behrens, H.-J., “Investigación, juicio, apelación. El proceso penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (partes V, VI y VIII)”. en Ambos, K. y Guerrero, O. (comp.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 319.

⁷⁵ Cross, M. “The Standard of Proof in Preliminary Examinations”, in Bergsmo, M. y Stahn, C. (Ed.), *Quality Control in Preliminary Examination: Volume 2*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2018, pp. 217-218.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 218.

Siendo así, para el Fiscal la consideración de los criterios de jurisdicción y admisibilidad, los crímenes y los posibles responsables, sería una apreciación de los hechos como son en el presente⁷⁷, mientras que la determinación de los intereses de la justicia en el caso concreto demandaría del fiscal una evaluación de circunstancias posibles en el futuro y las consecuencias que pudieran traer, para saber si en dicho caso se cumple el criterio.

Uno de los métodos que la Oficina del Fiscal debe seguir también durante el examen preliminar es la formulación de hipótesis, sin que esto signifique que se esté equiparando dicho examen con una investigación (en una investigación se requeriría comprobar las hipótesis, mientras que en un examen preliminar basta solo formularlas⁷⁸). La Fiscalía tendría que operar con base en un caso hipotético o un “conjunto de posibles casos” que surgirían de la eventual investigación, tomando en cuenta a los sospechosos y el papel que cumplen en la comisión de los crímenes⁷⁹. En este sentido, el valor que tendrán las hipótesis a formular en un examen preliminar es limitado, y la Oficina del Fiscal puede repensar el alcance y el ámbito de aplicación de sus indagaciones y aun así no considerarse dentro de una investigación formal, siendo que lo que se le pide en esta fase es determinar si crímenes competencia de la corte pudieron haberse cometido, y considerar quién pudiera haber sido responsable⁸⁰. Esto es, si la Oficina del Fiscal toma la información que ha recibido y la divide en hipótesis de posibles crímenes y potenciales responsables, pudiera organizar de mejor manera el requerimiento de fundamento razonable para creer que dichos crímenes competencia de la corte pudieron haber sido cometidos.

En conclusión, al momento en que un examen preliminar alcanza su fin debe haber casi siempre claridad sustancial del tipo de conducta criminal alegada, los números de incidentes y víctimas de tal conducta y asuntos relacionados con la agravación o el impacto⁸¹. Según se ha indicado, aunque es posible que la investigación posterior –y eventual, añadimos– concluya que ciertos incidentes identificados durante el examen preliminar no puedan sustanciarse, ello no obsta para la identificación de casos potenciales en dicha etapa, sino que demuestra la naturaleza provisional del examen preliminar⁸². Siendo así, un examen preliminar es provisional porque no se espera que al final del mismo se sustenten con pruebas irrefutables los casos potenciales planteados, sino que se presenten ante la Sala de Cuestiones Preliminares con las conductas que se estiman cometidas, las víctimas y las circunstancias que, para el Fiscal, acreditan su naturaleza grave y seria.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Seils, P. “Putting Complementarity in its place”, en Stahn, C. (Ed.), *The Law and Practice of The International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 318-319; de igual forma ver Ambos, K. *op. cit.*, p. 154.

⁷⁹ Ambos, *op. cit.*, p. 154.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 319.

⁸¹ Ver Seils, P., “Making complementarity work. Maximizing the limited role of the prosecutor” in Stahn, C. y El Zeidy, M. (Ed.), *The International Criminal Court and Complementarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 993.

⁸² Ídem.

2. La situación en Venezuela: Examen preliminar motu proprio y referencias posteriores

2.1. ¿Qué implicaciones tienen las referencias para la Fiscalía?

La Corte ha recibido referencias por parte de Estados que quisieron llevar ante ella sus propias situaciones, como es el caso de la República Democrática del Congo, Uganda, la República Centro Africana (en dos ocasiones), Mali, Gabón y ahora Venezuela. Como ya se adelantó, las referencias no implican la apertura inmediata de una investigación, sino que solo significan que, si el Fiscal decide abrir una investigación, no requiere de la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares.

En cualquier caso, se debe destacar que la Corte funciona sobre el principio de complementariedad respecto de las jurisdicciones penales nacionales, es decir, que la Corte no puede ejercer jurisdicción si un Estado está investigando o procesando un caso, o si ha investigado previamente y ha decidido no procesarlo, a menos que exista evidencia de que el Estado no estaba dispuesto o no podía genuinamente llevar a cabo la investigación o el proceso⁸³. Un acercamiento de la Fiscalía para evaluar lo que realmente ocurre en cada Estado ha sido, por ejemplo, solicitar a las organizaciones no gubernamentales casos que no fueron genuinamente procesados y solicitar a los Estados casos en los cuales las autoridades nacionales estén haciendo su trabajo correctamente⁸⁴. La complementariedad como parte de la admisibilidad, como vemos, debe evaluarse de forma temprana⁸⁵ y además exhaustiva.

Es cierto que la amenaza de apertura de una investigación por parte del Fiscal puede servir como un incentivo a los Estados para ejercer su jurisdicción, investigar y procesar a los responsables de crímenes competencia de la Corte⁸⁶, como fue en primer momento la decisión de la Fiscal de abrir un examen preliminar en Venezuela, pero también se debe considerar que las referencias parten de otro supuesto distinto: la supuesta inhabilidad del Estado para investigar y perseguir, o la falta de genuina voluntad de hacerlo por su cuenta⁸⁷.

⁸³ Bassiouni, M. C. y Hansen, D., "The Inevitable Practice of the Office of the Prosecutor", en Steinberg, R. (ed.), *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016, p. 317.

⁸⁴ Guariglia, F y Rogier, E., "The Selection of Situations and Cases by the OTP of the ICC", en Stahn, C. (Ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 356.

⁸⁵ Ambos, *op. cit.*, p. 150.

⁸⁶ Kleffner, J., "Auto-referrals and the complementary nature of the ICC", en Stahn, C. y Sluiter, G. (Ed.), *The emerging practice of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 41.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 42.

No obstante, se ha considerado que esa aparente manifestación de voluntad no es suficiente para dejar de evaluar la complementariedad, especialmente porque la auto-referencia, así como cualquier otra referencia por Estados parte, se refiere a una "situación" y no a casos específicos⁸⁸. Por ejemplo, puede ocurrir que la referencia haga mención de un grupo de personas que, luego de una revisión por el Fiscal, pueden no ser las únicas⁸⁹; que una persona esté siendo procesada en el Estado pero por otras conductas distintas a las abarcadas por el examen preliminar⁹⁰; que en la realidad la cooperación del Estado que refiere su propia situación no sea tal, y este no contribuya con toda la información requerida o que no haga todo lo que esté en su poder para colaborar con la investigación si esta señala a aliados políticos o funcionarios públicos⁹¹; o que –añadimos–, como ocurre actualmente en Venezuela, los hechos de la situación referida por el propio Estado no se corresponden con los de otra situación abierta por el Fiscal a través de un examen preliminar, ni con los de la referencia hecha por los otros Estados Parte.

Por ello, entre otras razones⁹², es que incluso en los casos de auto-referencias se debe considerar la complementariedad en la fase de examen preliminar.

2.2. ¿Qué elementos particulares tiene la situación en Venezuela?

En primer lugar, es un caso nunca antes visto ante la Corte Penal Internacional que un grupo de Estados Parte remita una situación relativa a otro Estado Parte, existiendo ya un examen preliminar abierto por iniciativa propia de la Fiscal, pero lo ocurrido en Venezuela es todavía más particular porque el gobierno remitió su propia situación, con base en otros hechos que escapan de los contenidos en las comunicaciones recibidas por la Fiscalía de forma independiente y por la remisión de Estados, antes mencionada. En este escenario, la Fiscalía debe revisar en paralelo las situaciones planteadas y, siendo que ha decidido de momento llevarlas juntas, consideramos que deberá evaluar si es posible continuar así o deban ser situaciones distintas. De igual manera, puede que decida abrir la investigación solo para una de ellas y no para la otra, o puede que incluso decida que una investigación no procede en ningún caso. También cabe pensar qué ocurriría si la Fiscalía descarta investigar la auto-referencia y se decanta por una investigación de los crímenes de lesa humanidad cometidos en el marco de las protestas de 2014 y 2017, en el entendido de que pudiera cambiar la

⁸⁸ *Ibid.*, p. 43.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 44.

⁹⁰ Corte Penal Internacional, *El Fiscal vs. Thomas Lubanga Dyilo*, Decisión sobre la solicitud Fiscal de orden de arresto, No.: ICC-01/04-01/06-8, 24 de febrero de 2006, párr. 19, 29 y 40; Caban, *op. cit.*, pp. 205 y ss.

⁹¹ *Ídem.*

⁹² Ver al respecto las consideraciones que hace Kleffner, *op. cit.*

disposición del Estado venezolano en contribuir con la Corte en el esclarecimiento de la situación y la búsqueda de justicia.

En segundo lugar, y en relación con el punto anterior, es correcto no asumir que la remisión de un Estado significa que esté dispuesto a colaborar con el desarrollo del examen preliminar y –eventualmente– de la investigación, en especial si reflexionamos sobre el rechazo que el gobierno de Nicolás Maduro ha manifestado contra otros organismos internacionales⁹³. Podría pensarse que en este caso, a pesar de la remisión, se trata de una situación completamente distinta y no hay intención de investigar los crímenes objeto del examen preliminar abierto en 2018.

Si además de la voluntad pensamos en la capacidad que tiene Venezuela para llevar a cabo procedimientos genuinos, debemos tener en cuenta que procesar crímenes de tal trascendencia requiere de reformas legales significativas, desarrollo de capacidades e inversión en infraestructura⁹⁴. Los Estados menos afectados por la violencia podrían ser capaces de hacerlo, pero los Estados más afectados por la violencia son usualmente los que menos pueden⁹⁵. Entonces, ¿qué herramientas podríamos usar para determinar si un país puede o no puede llevar a cabo procedimientos genuinos? La capacidad judicial, la apertura y transparencia, el nivel de intervención y autoritarismo, y en general el nivel de derechos civiles y políticos⁹⁶.

Respecto de este punto es relevante consultar las cifras que brinda la organización Fund for Peace en su Índice de Estados Frágiles⁹⁷, informe que sirve *“para poner de relieve no solo las presiones normales que experimentan todos los Estados, sino también para determinar cuándo esas presiones superan la capacidad de un Estado para gestionarlas”*⁹⁸.

En el informe para 2019, Venezuela aparece con una puntuación de 89.3 –que lo hace el país frágil en la posición número treinta y dos–, una “alta advertencia” de Estado frágil y encabezando la lista de países más deteriorados⁹⁹. En este informe se evidencia que Venezuela, a diferencia de la mayoría de países del mundo reseñados en el informe, no ha tenido mejora en el último período evaluado, sino que es *“el país que más ha empeorado en los últimos cinco años, lo que pone de manifiesto su rápido ritmo de cambio”* y además sus problemas actuales *“son el resultado de una grave tendencia de empeoramiento a largo plazo”*¹⁰⁰.

⁹³ Por ejemplo, la situación de Venezuela con la Organización de Estados Americanos, y en particular con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁹⁴ Bassiouni y Hansen, *op. cit.*, p. 318.

⁹⁵ Ídem.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 319.

⁹⁷ Fund for Peace, *Fragile States Index Annual Report 2019*, Washington D.C., 2019, en <https://fundforpeace.org/wp-content/uploads/2019/04/9511904-fragilestatesindex.pdf>

⁹⁸ Ver la metodología del informe en <https://fragilestatesindex.org/methodology/>

⁹⁹ Fund for Peace, *op. cit.*

¹⁰⁰ *Ibíd.*

Otro reporte a consultar lo ofrece el Índice de Percepciones de Corrupción llevado por Transparencia Internacional, que de forma similar señaló graves circunstancias relativas a Venezuela en 2019¹⁰¹. En el ranking de corrupción, el país tiene un puntaje de dieciséis –donde cero es “altamente corrupto” y cien es “muy limpio”–, situación que lo sitúa en la posición ciento setenta y tres, junto a Afganistán, Guinea Ecuatorial y Sudán¹⁰². Destaca que tres de los cuatro países, que se ubican en la quinta posición más baja del ranking, están siendo evaluados por la Corte Penal Internacional: Afganistán y Venezuela tienen exámenes preliminares abiertos, mientras que la situación de Sudán (Darfur) se encuentra bajo investigación.

En este orden de ideas, conviene observar también los Índices de Gobernanza Mundial del Banco Mundial, que consta de seis indicadores y, en el caso de Venezuela, el peor puntaje lo tiene el de “Estado de Derecho” con 2,34 –siendo que 2,5 es el puntaje más alto y 2,5 el más bajo– y un rango porcentual del 0 por ciento¹⁰³.

En cuanto a la situación particular de Venezuela respecto de las alegaciones de desapariciones forzadas, detenciones arbitrarias, tortura, entre otros, cometidos desde 2014, así como a consideraciones sobre las protestas en particular, estimamos pertinente que la Fiscalía se valga también del reporte emitido por la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹⁰⁴. En este reporte se dedica una amplia parte a las protestas, específicamente el Capítulo V, y se establece que dicha Misión tiene motivos razonables para creer que durante las protestas en los períodos examinados (febrero a abril de 2014, abril a julio de 2017 y enero a febrero de 2019) “se produjeron repetidas detenciones arbitrarias de manifestantes”¹⁰⁵, “se utilizó la fuerza letal de manera imprudente”¹⁰⁶, “se cometieron actos de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes”¹⁰⁷, “se perpetraron actos de violencia sexual y violencia de género”¹⁰⁸, así como ejecuciones extrajudiciales¹⁰⁹. Con este escenario, consideramos difícil que Venezuela esté en la real disposición de contribuir con el examen preliminar o una eventual investigación por parte de la Fiscalía.

¹⁰¹ Transparencia Internacional, *Corruption Perceptions Index 2019, 2020*, en <https://www.transparency.org/cpi2019>

¹⁰² Ídem.

¹⁰³ Banco Mundial, *Worldwide Governance Indicators, 2018*, en <https://info.worldbank.org/governance/wgi/Home/Reports>

¹⁰⁴ Consejo de Derechos Humanos, *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, documento No. A/HRC/45/CRP.11, 15-09-2020. en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf

¹⁰⁵ *Ibíd.*, párr. 1580.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, párr. 1598.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, párr. 1643.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, párr. 1732.

¹⁰⁹ Ver, por ejemplo, *ibíd.*, párr. 1827.

Vistas las cifras para Venezuela y la información que arrojan informes oficiales, consideramos que la Oficina del Fiscal debe tomar en cuenta los reportes que relatan la situación de Venezuela para la fase de admisibilidad (complementariedad y gravedad), así como para el momento en que deba determinar si se cumplen los elementos de contexto necesarios para que puedan darse los crímenes de lesa humanidad.

En tercer lugar, finalmente, la remisión hecha por Venezuela introduce varios elementos importantes: primero, la mención de un Estado no Parte del Estatuto de Roma –hecho que en sí mismo ha sido objeto de controversia– como lo es Estados Unidos; segundo, el alegato de “medidas coercitivas ilícitas”, presumiblemente de carácter económico y político, que parecen estar de entrada fuera de la jurisdicción de la Corte por tratarse de interacciones entre Estados, y tercero, la aparente no correspondencia con el resto de hechos planteados y que están siendo considerados en el examen preliminar.

Consideramos que las situaciones antes descritas, hacen del examen preliminar de Venezuela uno único, donde las posibilidades de actuación son amplias y los resultados a esperar son variados. En ese sentido, procederemos a revisar brevemente algunas opciones posibles.

2.3. ¿Qué ocurre si el Fiscal decide abrir una investigación en Venezuela? ¿Qué ocurre si decide no abrirla?

Como fue adelantado, el artículo 18 del Estatuto indica la obligación del Fiscal de notificar a los Estados interesados (Partes o no) de su decisión de abrir una investigación, si considera que existe fundamento razonable para iniciarla. El Estado objeto de la remisión puede informar a la Corte que lleva o ha llevado a cabo una investigación en relación con las personas implicadas respecto de los actos que pudieran constituir crímenes bajo el Estatuto, así como solicitar que el Fiscal se inhiba de su competencia en favor de dicho Estado, esto a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida autorizar la investigación a petición del Fiscal.

La posibilidad que tienen los Estados para solicitar la inhibición del Fiscal en estos casos radica en el carácter complementario de la jurisdicción de la Corte frente a las jurisdicciones nacionales. Como ya comentamos, la Corte no puede ejercer jurisdicción si un Estado está investigando o procesando un caso, o bien si dicho caso ha sido investigado y se tomó la decisión de no procesarlo, a menos que exista evidencia de que el Estado no haya tenido la disposición o no haya podido llevar a cabo la investigación o proceso de forma genuina¹¹⁰.

Esta inhibición, sin embargo, puede ser objeto de examen por el Fiscal luego de haberse cumplido seis meses a partir de la fecha de la misma o si se produce un cambio en las circunstancias y el Estado objeto de la remisión no esté dispuesto o no pueda llevar a cabo la investigación. Durante el

¹¹⁰ Bassiouni y Hansen, *op. cit.*, p. 317.

tiempo que dure la inhibición del Fiscal, este puede solicitarle al Estado que comparta información de forma periódica respecto del estado de las investigaciones o juicios y dicha información debe darse sin dilaciones indebidas.

Por otro lado, es posible que el examen preliminar se prolongue y no se tome una decisión, por distintas razones. Una de las razones pudiera ser, por ejemplo, que la Fiscalía decida esperar a la vez de promover –en la medida de lo posible– que la jurisdicción venezolana se encargue de la investigación y procesamiento de los crímenes objeto del examen preliminar, aunque esto pueda no tener los resultados esperados, como ocurrió en la situación de Kenia¹¹¹. Otra razón pudiera ser que ocurra un cambio en la intención del gobierno venezolano para la solución de los casos, o que se lleven a cabo iniciativas legítimas de procesos judiciales, como ha ocurrido en Colombia, que ha estado en examen preliminar por quince años¹¹². En cualquiera de estos casos, consideramos que la respuesta de la Fiscalía a la imposibilidad de estos procesos de alcanzar soluciones genuinas de conformidad con estándares de justicia, dará paso a la apertura de una investigación.

Finalmente, es posible también que la Fiscal decida no abrir una investigación en Venezuela. En este supuesto y como ya mencionamos, la Fiscalía debe notificar a los Estados solicitantes y, si la decisión se basa en el criterio de los intereses de la justicia, la Fiscal debe notificar a la Sala de Cuestiones Preliminares, quien podrá revisar tal decisión por iniciativa propia o por solicitud del remitente¹¹³. Debe tenerse en cuenta que la revisión por solicitud del remitente implica una petición de la Sala a la Fiscalía de “reconsiderar su decisión”, pero la segunda no está obligada a cambiarla ni llegar a una conclusión diferente, no existiendo un recurso adicional si decide mantener su posición¹¹⁴. No obstante, si la Sala por iniciativa propia resuelve revisar la decisión del Fiscal de no abrir una investigación (con base en el criterio de los intereses de la justicia) y no la confirma, la Fiscalía debe investigar¹¹⁵.

Se ha indicado también que del hecho de que la Fiscalía decida investigar o procesar a ciertas personas por ciertos crímenes, no se interpreta que existan decisiones tácitas de no procesar o investigar otras personas por otros hechos, y por tanto el desacuerdo de alguna tercera parte con las actuaciones del Fiscal no es suficiente para lograr intervención judicial¹¹⁶. Esto es, la no-decisión del Fiscal respecto de algunas personas y hechos no quiere decir que haya decidido no procesarlos, y contra esta suerte de omisión no existe posibilidad de revisión judicial.

¹¹¹ Olásolo, *op. cit.*, p. 166.

¹¹² *Ibíd.*, p. 168 y ss.

¹¹³ Guariglia, F., “The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court”, en Stahn y Sluiter, *op. cit.*, p. 216; ver también Caban, *op. cit.*, p. 212.

¹¹⁴ Caban, *op. cit.*, p. 212.

¹¹⁵ *Ibíd.*, pp. 212-213.

¹¹⁶ *Ídem.*

Una última posibilidad respecto de la Fiscalía es la reserva que tiene de poder, en cualquier momento, revisar su decisión (de no investigar o de sí hacerlo) y decidir iniciar una investigación con base en nuevos hechos o información¹¹⁷. No existen, entonces, caminos totalmente cerrados si la Fiscalía decide no abrir una investigación.

Conclusiones

Luego de las consideraciones formuladas en torno a la apertura de un examen preliminar en Venezuela, así como los hechos ocurridos con posterioridad a ese suceso, se hace notorio que la situación resulta complicada y particular desde distintos puntos de vista.

En primer lugar, la remisión por parte de otros Estados de la situación ocurrida en el contexto de protestas al menos desde el año 2014, demuestra una preocupación regional por la búsqueda de justicia y de la falta de capacidad y de voluntad del Estado venezolano en perseguir a los responsables de los crímenes cometidos. El gobierno de Venezuela no despejó las dudas al remitir su propia situación, pues los hechos que alega no parecen solaparse con los presentados mediante comunicaciones a la Fiscalía, así como en la remisión de Estados Parte antes mencionada, a pesar de ser geográfica y temporalmente similares. Cabría preguntarse entonces si la disposición a colaborar se basará solamente respecto de los hechos relacionados con las *“medidas coercitivas ilícitas adoptadas unilateralmente por el gobierno de los Estados Unidos de América contra Venezuela”*, o si brindará el Estado venezolano cualquier otra información que requiera la Fiscalía para el avance en las etapas o fases comprendidas dentro del examen preliminar.

En segundo lugar, que el Estado venezolano haya remitido su propia situación y, en apariencia, no haya hecho mención de la situación remitida por otros Estados Parte del Estatuto, pone a la Fiscalía en la posición de revisar en paralelo hechos que pudieran no estar conectados y pudieran además restar tiempo y eficiencia al examen tal y como venía desarrollándose. Sería interesante reflexionar, en caso de que las situaciones Venezuela I y Venezuela II sean tratadas como una sola más adelante, qué actuación se esperarí del Estado Venezolano: esto es, si deciden oponerse, ¿atacarían entonces la admisibilidad de la situación de Venezuela, incluyendo la situación que en su momento fue presentada por su parte? Si la intención es desviar los esfuerzos de la Corte de la primera situación, un trabajo conjunto de ambas pudiera desvirtuar la razón por la cual se efectuó la auto-remisión. Por otro lado, existiendo solo una situación de Venezuela y en caso de que el Estado decida no oponerse, incurriría así en una constante contradicción si se negara a colaborar cuando le sea requerido para hechos relacionados con la primera remisión.

En cualquier elaboración de escenarios deberán plantearse entonces los posibles: que la Fiscalía decida no investigar los crímenes cometidos en

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 213.

el marco de las protestas pero sí los contenidos en la remisión formulada por Venezuela, o viceversa; que prolongue de forma indefinida ambos exámenes o uno de ellos, abriendo investigación en el otro o negándose a continuarlo; que surja una iniciativa nacional para procesamiento de los implicados y reciba apoyo y supervisión por parte de la Fiscalía; que la Fiscalía decida que el asunto no redundaría en interés de la justicia y su decisión pueda ser cambiada por la Sala de Cuestiones Preliminares y, en fin, que se decida abrir una situación y luego investigación conjunta para todos los hechos planteados.

Esto último –al igual que el eventual escenario de investigación únicamente para Venezuela II– resultaría aún más complejo, siendo que entra en el proceso un actor controvertido, como es Estados Unidos. Adicionalmente, existen vías distintas para solventar un conflicto entre Estados, que aparenta ser la naturaleza de la remisión planteada por Venezuela de su propia situación.

Al momento de la elaboración de este trabajo, la Fiscalía ha informado que ya concluyó el análisis de jurisdicción –o segunda fase– en Venezuela I. Siendo así, entrará a la tercera y más complicada: la fase de admisibilidad. Consideramos que Venezuela I, situación que además la Fiscal había decidido examinar por su propia cuenta, debe ser admisible. No solo porque, en nuestra opinión, el gobierno de Venezuela no tiene la voluntad ni la capacidad para procesar y enjuiciar a los responsables, sino también por la gravedad que revisten los hechos (asesinato, tortura, desaparición forzada, entre otros) en un contexto de violencia estatal, corrupción, ausencia de Estado de Derecho e independencia judicial y omisión de toma de medidas correctivas de la situación.

Es clara para nosotros la importancia del principio de complementariedad, pero una investigación de la Fiscalía, que pueda trazar el camino a través del enjuiciamiento de los más responsables por los crímenes cometidos en el marco de protestas desde 2014, sin duda contribuirá con la búsqueda de la justicia en el país.

EL DERECHO DE PETICIÓN Y EL DERECHO DE PETICIÓN INTERNACIONAL

Alberto Blanco-Urbe Quintero*

Introducción

Tanto el derecho de petición como el derecho de petición internacional¹ constituyen derechos civiles debidamente reconocidos, tanto por el derecho internacional de los derechos humanos, como por el derecho interno venezolano.

En la presente investigación se pretende, a título de objetivos generales, por un lado, desentrañar su alcance, contenido o núcleo esencial, y definir su carácter absoluto o relativo y, por el otro lado, evidenciar su plena consagración tanto en la normativa internacional como en la legislación interna, y precisar algunas notas interpretativas de índole jurisprudencial interamericana.

Cabe destacar antes de proseguir, que se trata de derechos diferentes entre sí, que solamente comparten una homonimia parcial, que no debe llamar a confusión, cuya aclaratoria también es objetivo de estas notas.

Finalmente, es de poner de manifiesto que no se persigue hacer un análisis crítico acerca de la aplicación efectiva de las regulaciones que prevén estos derechos humanos, en Venezuela², sino una descripción de las nor-

* Abogado "Magna Cum Laude", Universidad Central de Venezuela, 1983. Especialista en Derecho Administrativo, misma Universidad, 1987. D.E.S.S. en Derecho Ambiental, 1988, y D.E.A. en Derecho Público, 1989, Universidad Robert Schuman, Estrasburgo, Francia. Especialista en Justicia Constitucional, 2006, y en Derechos Humanos y Garantías Constitucionales, 2007 y 2008, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Profesor Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Central de Venezuela. Profesor invitado en varias universidades dentro y fuera del país. Conferencista on-line y Live en YouTube, Instagram (@AlbertoBUQ) y Fanpage.

¹ Muchos denominan a este como derecho de petición individual. Empero, hemos adoptado la terminología de derecho de petición internacional, por cuanto ese es el nivel al cual puede darse. La persona individualmente puede actuar en el plano nacional y en el plano internacional. Lo llaman así para distinguirlo de las denuncias interestatales.

² Por el contrario, los últimos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de la situación de los derechos humanos en Venezuela, para 2017 (<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/indice.asp>, consultada 27 septiembre 2019) y 2018 (<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/indice.asp>, consultada 27 septiembre 2019), dan buena cuenta de la violación sistemática y generalizada de los derechos humanos en el país, a más de la inconstitucional denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de Estados Americanos por parte

mas que los consagran, las cuales, partiendo del ámbito internacional, se sumergen en el nacional, desde la misma Constitución, pasando por un número amplio de leyes y otros actos con rango de ley, que, de cumplirse, evidenciarían la existencia de una Administración Pública al servicio de las personas, y con ello, la realidad de *“un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, ..., la preeminencia de los derechos humanos...”*³, teniendo *“como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, ..., y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución”*⁴.

1. El derecho de petición

1.1. Marco normativo

1.1.1. Instrumentos internacionales

a. Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos:

En primer lugar se tiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos como documento meramente declarativo, aunque de supremo valor ético, contentivo sin embargo de jurídicamente vinculantes principios del *“ius cogens”*, adoptado y proclamado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), en su Resolución 217 A (III), el 10-12-1948, en París, Francia⁵.

Esta Declaración no contiene la expresa mención del derecho de petición. Empero, la conocida característica de la interdependencia de los derechos humanos, aunada al hecho de que es por vía de petición ante la Administración Pública que se empiezan a hacer valer varios de los otros derechos humanos, por ejemplo por medio de denuncias de torturas o de injerencias en la vida privada, inserción de partidas de nacimiento necesarias para el reconocimiento de la personalidad jurídica, inscripción de candidaturas electorales, registro de sindicatos, de planteles educativos o de obras científicas, literarias o artísticas, autorización para la realización de activida-

del gobierno en pie sin autorización de la Asamblea Nacional y violando el principio de progresividad de los derechos humanos. Sobre tales inconstitucionales denuncias ver mi trabajo Venezuela (su gobierno) denuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta de la Organización de Estados Humanos, violando los Derechos Humanos (Libro que compendia las ponencias del I Seminario Internacional “Hacia el Fortalecimiento de la Justicia Constitucional e Interamericana. Homenaje a los 40 años de Entrada en Vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, coordinadores Oscar Barrientos Jiménez y Alan Vargas Lima, Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica – Latinluris y Grupo Editorial Kipus, La Paz, Bolivia, septiembre 2018). La video conferencia al respecto puede ser vista en https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=1946864465382802&id=100001778016780 minutos 6:16 a 28:50. Estrasburgo, septiembre 2018.

³ Artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁴ Artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁵ <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights>

des económicas, obtención de información presente en expedientes administrativos, y un largo etcétera, nos permiten concluir en su previsión tácita.

Además, la conclusión que precede se ve reforzada por los artículos 28 y 30 de esta Declaración, que expresan:

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

En segundo lugar se tiene Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que es un tratado internacional que fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), en su Resolución 2200 A (XXI), de 16-12-1966, habiendo entrado en vigor el 23-03-1976⁶.

Al igual que ocurre con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, este Pacto tampoco consagra expresamente el derecho de petición, por lo que proponemos el mismo análisis, con base al principio de interdependencia de los derechos humanos.

b. Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos:

En primer lugar se tiene la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como documento por muchos considerado erróneamente como meramente declarativo, a pesar de tener carácter de tratado internacional, y contener obligaciones directas para los Estados suscriptores, como se verá más adelante en jurisprudencia interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, no solamente tiene supremo valor ético, conteniendo además jurídicamente vinculantes principios del "*ius cogens*", sino que tiene valor jurídico vinculante por integrar la Carta de la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.).

Este documento fue adoptado y proclamado por la IX Conferencia Internacional Americana, realizada en 1948, en Bogotá, Colombia⁷.

El derecho de petición se encuentra explícitamente consagrado en su artículo XXIV: "*Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución*".

En segundo lugar se tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos que es un tratado internacional, conocido como Pacto de San

⁶ <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> Ley Aprobatoria en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.146 del 28-01-1978.

⁷ <http://www.cidh.org/basicos/Basicos1.htm>

José de Costa Rica, que fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 22-11-1969, en San José de Costa Rica, Costa Rica, habiendo entrado en vigor el 18-07-1978⁸.

Paradójicamente, puesto que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre sí lo hace, esta Convención no contiene la expresa mención del derecho de petición. Esta situación, aunque con mejor posicionamiento dada su inclusión en la citada Declaración, nos conlleva a concluir, como en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, en la necesidad de hacer uso de la conocida característica de la interdependencia de los derechos humanos, aunada al hecho de que es por vía de petición ante la Administración Pública que se empiezan a hacer valer varios de los otros derechos humanos reconocidos en esta Convención.

Así, más que de una previsión tácita del derecho de petición, se asume, en una interpretación sistemática entre la Declaración y la Convención Americanas, que ese derecho humano se haya presente en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

1.1.2. Instrumentos nacionales

a. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁹: con arreglo a lo previsto en el artículo 51: *“Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos, y a obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados conforme a la ley, pudiendo ser destituidos del cargo respectivo”*.

b. Decreto N° 1.424 del 17-11-2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁰: este texto legal, en su artículo 9 (*“Garantía del Derecho a Petición”*), dispone que:

Las funcionarias y funcionarios públicos tienen la obligación de recibir y atender, sin excepción, las peticiones o solicitudes que les formulen las personas, por cualquier medio escrito, oral, telefónico, electrónico o informático; así como de responder oportuna y adecuadamente tales solicitudes, independientemente del derecho que tienen las personas de ejercer los recursos administrativos o judiciales correspondientes, de conformidad con la ley.

En caso de que una funcionaria pública o funcionario público se abstenga de recibir las peticiones o solicitudes de las personas, o no de adecuada y oportuna respuesta a las mismas, serán sancionados de conformidad con la ley.

c. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos¹¹: su artículo 2 preceptúa que *“Toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su repre-*

⁸ <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-32.html> Ley Aprobatoria en Gaceta Oficial N° 31.256 del 14-06-1977.

⁹ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.908 del 19-02-2009 (es de 1999, pero fue enmendada en temas reelectorales y reimpressa).

¹⁰ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.147 del 17-11-2014.

¹¹ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.818 del 01-07-1981.

sentante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieran para no hacerlo". Y, su artículo 5:

A falta de disposición expresa toda petición, representación o solicitud de naturaleza administrativa dirigida por los particulares a los órganos de la administración pública y que no requiera substanciación, deberá ser resuelta dentro de los veinte (20) días siguientes a su presentación o a la fecha posterior en la que el interesado hubiere cumplido los requisitos legales exigidos. La administración informará al interesado por escrito, y dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud, la omisión o incumplimiento por este de algún requisito.

d. Decreto N° 1.434 del 17-11-2014, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Tributario¹²: su artículo 163 ordena:

La Administración Tributaria está obligada a dictar resolución a toda petición planteada por los interesados dentro del plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha de su presentación, salvo disposición de este Código o de leyes y normas en materia tributaria. Vencido el plazo sin que se dicte resolución, los interesados podrán a su solo arbitrio optar por conceptuar que ha habido decisión denegatoria, en cuyo caso quedan facultados para interponer las acciones y recursos que correspondan.

Parágrafo Único: El retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier disposición normativa por parte de los funcionarios o empleados de la Administración Tributaria, dará lugar a la imposición de las sanciones disciplinarias, administrativas y penales que correspondan conforme a las leyes respectivas.

Cabe poner de relieve que los artículos 309 a 311 consagran la garantía judicial denominada Amparo Tributario, disponiendo el primero de ellos que: *"Procederá la acción de amparo tributario cuando la Administración Tributaria incurra en demoras excesivas en resolver peticiones de los interesados y ellas causen perjuicios no reparables por los medios establecidos en este Código o en leyes especiales"*.

1.2. Alcance o contenido y naturaleza del derecho humano

1.2.1. Alcance o contenido

En una sociedad democrática, y muy particularmente dentro de los confines de un Estado Social de Derecho (lo cual tiene marcada relevancia en el ámbito del goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales), asistimos a una cotidiana presencia estatal en un sinnúmero de ámbitos, estando las autoridades sujetas a la voluntad popular, por imperio del derecho, debiendo atender con especial diligencia toda representación que les pueda ser dirigida por alguna persona o grupo de personas.

Se trata de una obligación, particularmente en cabeza de la Administración Pública (aunque podría gravar también la actuación de autoridades legislativas y judiciales que estén actuando en función estatal administrati-

¹² Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.152 del 18-11-2014.

va), de atender prestamente, y de absolver oportunamente y en resguardo de los principios de buena y fe y confianza legítima, cuanta petición, pedimento, solicitud, requerimiento, reclamación, impugnación, consulta y similares, pueda cualquier persona o grupo de personas dirigir, dentro del ámbito de su competencia, ante cualquier dependencia, órgano o funcionario de dicha Administración Pública, u otro ente público actuando en función estatal administrativa.

Tal obligación tiene su fundamento, principalmente, en la idea constitucional de que la Administración Pública, bajo el concepto de Estado-Comunidad, no es otra cosa que una estructura organizativa instrumental, exclusivamente estatuida con la finalidad de satisfacer, claro que el interés general, público o colectivo, pero también y no en menor medida, cuanto interés privado o individual se presente requerido de una autorización o de una aclaratoria, decisión, certificación o constancia, que se vuelve herramienta para el logro del bien común, mediando la satisfacción interdependiente de otros derechos humanos.

De esta forma, obviamente no sería posible, a título meramente ilustrativo, garantizar el adecuado expendio de alimentos y medicamentos, la instalación de nuevos establecimientos o centros educativos o de salud, ni tampoco la calidad de las aguas y de la atmósfera, con el objeto de salvaguardar el interés general involucrado en la necesidad de asegurar el disfrute de los derechos humanos a la salud, a la educación, a la alimentación y a la protección de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, sino del mismo modo haber, previamente, satisfecho el goce pleno de los intereses privados o individuales de quienes, mediando sus derechos humanos a la propiedad y a la libertad económica, han solicitado la emisión de las respectivas autorizaciones, aprobaciones, permisos o licencias.

En este orden de ideas, siguiendo en el derecho comparado a la plenamente aplicable doctrina española¹³, tenemos que esta obligación estatal implica, como otra cara de la moneda, el derecho de petición, el cual tiene, como alcance o contenido, la facultad de dirigir representaciones de toda índole a los funcionarios públicos, sin que de ello, por sí solo, puedan derivarse perjuicios para el interesado, seguido ello de su debida recepción, admisión y acuse de recibo, su examen o consideración, su adecuada resolución y la oportuna notificación de la respuesta.

Ahora bien, en cuanto concierne al núcleo esencial del derecho de petición, dentro de su alcance o contenido amplio ya descrito, estimamos que el mismo radica, por un lado, en la imposibilidad de ocurrencia de perjuicios en contra del interesado, y por el otro lado, en que la representación sea considerada y, sobre todo, respondida de manera adecuada (es decir justa y proporcionada), y oportuna (situación que ha de ser ponderada caso a caso, siendo los lapsos legales eventualmente fijados meramente indicativos como máximos).

¹³ B. Colom Pastor, *El Derecho de Petición* (Monografías Jurídicas, Universitat de Les Illes Balears, Marcial Pons, Madrid 1997), 67.

1.2.2. Naturaleza del derecho humano

En esta sección se trata de identificar si el derecho de petición es de naturaleza absoluta o relativa, vale decir, si puede o no ser objeto de medidas excepcionales de suspensión o restricción, dentro del marco de la declaratoria de un estado de excepción por parte del Poder Ejecutivo.

En este sentido, se observa del contenido del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 4, que en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, los Estados Partes podrán 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.

Se excluyen de la posibilidad de suspensión, únicamente, los derechos humanos a que se contraen sus artículos 6 (derecho a la vida), 7 (prohibición de la tortura), 8 párrafos 1 (prohibición de la esclavitud) y 2 (prohibición de la servidumbre), 11 (prohibición de la cárcel por obligaciones contractuales), 15 (irretroactividad de la ley penal), 16 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica) y 18 (libertad de pensamiento, conciencia y religión).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 27, prevé que en caso de guerra, 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.

Igualmente, se excluyen de esa posibilidad, solamente, los derechos referidos en sus 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 la servidumbre), 9 (principios de legalidad y de irretroactividad), 12 (libertad de conciencia y de religión), 17 (derecho a la protección de la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos de los niños), 20 (derecho a una nacionalidad), 23 (derechos políticos), y sus respectivas garantías judiciales.

El catálogo de exclusiones planteado por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es más amplio que el contenido en el Sistema Universal, por lo que podría expresarse que al nivel interamericano hay más derechos absolutos que en cuanto al nivel universal.

Sin embargo, lo que es cierto es que el derecho internacional de los derechos humanos, como vimos, no excluye la posibilidad de suspender el derecho de petición (salvo por lo que respecta al derecho de petición cuyo

titular esté en la niñez, en razón del interés superior del niño, niña y adolescente), lo cual justificaría que algunos sostengan que se trata de un derecho humano de naturaleza parcialmente relativa.

Ahora bien, al abordar el derecho interno venezolano, puede apreciarse que la Constitución, en su artículo 337, dispone que el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción, derivados de 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, pudiendo ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en la Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, a la prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.

Desde esta perspectiva, si asumimos que el derecho a la información, particularmente en cuanto se refiere a la información detentada por la Administración Pública, fuera o dentro del supuesto de ejercicio del derecho de acceso a los archivos, documentos y expedientes administrativos, se requiere para su satisfacción del previo goce del derecho de petición, es el caso que este último, al menos en cuanto concierne a la obtención de información pública, no puede ser restringido, deviniendo entonces en un derecho humano de naturaleza absoluta en el derecho interno¹⁴.

Todo esto sin olvidar además, que también sería posible para las personas ejercer su derecho de petición, de modo de requerir o solicitar de las autoridades gubernamentales el levantamiento del estado de excepción, con fundamento en la superación de la emergencia o en el decaimiento del plazo máximo constitucional de duración. Ello, sin perjuicio de la obvia posibilidad de ejercer, en esos supuestos y en contra del decreto declaratorio o ratificatorio del estado de excepción, un recurso de inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pero esto último ya correspondería al derecho de acceso a la justicia y al derecho a la tutela judicial efectiva.

Asumimos entonces que el derecho de petición tiene naturaleza parcialmente relativa en el derecho internacional de los derechos humanos, pues no podría suspenderse en detrimento de los derechos de los niños; y, presenta naturaleza parcialmente absoluta en el derecho interno venezolano, al menos en todo cuanto haga interdependiente al derecho de petición, con el derecho a la información, y en lo que concierna a la vigencia, proporcionalidad y justificación de la declaratoria del mismo estado de excepción.

¹⁴ Al respecto de la violación sistemática e interdependiente de los derechos humanos de petición y a la información, véase mi video conferencia "El Derecho a la Información como Garantía Fundamental". Ciclo de Conferencias Virtuales de Garantías Fundamentales. Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica - Latinluris - Ecuador, <https://www.facebook.com/Latinluris-111164919425277> Estrasburgo, febrero 2018.

1.3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

a. *Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989*¹⁵: el Gobierno de la República de Colombia solicitó la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aceptándose el carácter obligatorio de los derechos humanos mencionados en la Declaración, aunque no estén reconocidos en la Convención, dentro de los cuales está el derecho de petición, dado que dicha Declaración es parte integrante de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.), teniendo entonces carácter de tratado internacional. Estableció la Corte:

43. Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

44. Teniendo en cuenta que la Carta de la Organización y la Convención Americana son tratados respecto de los cuales la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1, ésta puede interpretar la Declaración Americana y emitir sobre ella una opinión consultiva en el marco y dentro de los límites de su competencia, cuando ello sea necesario al interpretar tales instrumentos.

45. Para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta. De otra parte, los artículos 1.2.b) y 20 del Estatuto de la Comisión definen, igualmente, la competencia de la misma respecto de los derechos humanos enunciados en la Declaración. Es decir, para estos Estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales.

46. Para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA.

47. La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto.

b. *Sentencia de 19-09-2006, caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Serie C, Nro. 151*¹⁶:

¹⁵ http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf (consultada 27 septiembre 2019).

¹⁶ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf (consultada 27 septiembre 2019).

...2. La Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte declare que el Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) y 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derechos Interno) de la misma, en perjuicio de los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero.

3. Los hechos expuestos por la Comisión en la demanda habrían ocurrido entre mayo y agosto de 1998 y se refieren a la supuesta negativa del Estado de brindar a los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero toda la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras, en relación con la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, el cual era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en la décimo segunda región de Chile y “p[odía] ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile”. La Comisión indicó que tal negativa se dio sin que el Estado “argumentar[a] una justificación válida de acuerdo con la legislación chilena”, así como a que supuestamente “no [les] otorgó un recurso judicial efectivo para impugnar una violación del derecho al acceso a la información” y “no [les] aseguró los derechos al acceso a la información y a la protección judicial, ni contó con mecanismos establecidos para garantizar el derecho al acceso a la información pública”.

En este caso, la Corte condenó al Estado Chileno por violación de derechos humanos, tales como la libertad de pensamiento y de expresión y el derecho a las garantías judiciales. Empero, a criterio del voto disidente, si bien puede aplicarse una muy similar argumentación, el derecho violado, entre otros, es el derecho de petición:

7. Esta conclusión, sin embargo, no implica dejar el derecho de solicitar el acceso a una información al libre arbitrio del Estado. El derecho de petición a la autoridad, consagrado de manera general en los ordenamientos jurídicos de los países de la región y ciertamente en Chile (artículo 19, No. 14 de la Constitución Política de Chile) exige una respuesta del Estado, que debe ser, en las palabras de la Corte Constitucional de Colombia, “clara, pronta y sustancial”.

8. El derecho de petición no tendría sentido ni efecto útil si no exigiera esto del Estado. La falta de esta respuesta al señor Claude Reyes y otros ha constituido, en nuestra opinión, una violación al derecho constitucional de petición y, como esta petición era la de acceder a una información, reconocida en la Convención Americana como parte del derecho a la libertad de expresión, viola a ésta.

En todo caso, la condena de la Corte, en primer lugar, fue a responder la petición, es decir, a restablecer el derecho humano lesionado de petición y obtención de oportuna y adecuada respuesta: “5. *El Estado debe, a través de la entidad correspondiente y en el plazo de seis meses, entregar la información solicitada por las víctimas, en su caso, o adoptar una decisión fundamentada al respecto, en los términos de los párrafos 157 a 159 y 168 de la presente Sentencia*”.

2. El derecho de petición internacional

2.1. Marco normativo

2.1.1. Instrumentos internacionales

a. Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos:

En primer lugar se tiene la Declaración Universal de los Derechos Humanos que es un documento meramente declarativo, aunque de supremo valor ético, contentivo sin embargo de jurídicamente vinculantes principios del *"ius cogens"*, adoptado y proclamado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), en su Resolución 217 A (III), el 10-12-1948, en París, Francia.

Esta Declaración no contiene la expresa mención del derecho de petición internacional, siendo ello comprensible toda vez que, para el año 1948, en la muy reciente posguerra, ya era un avance extraordinario el que los Estados del planeta pudieran ponerse de acuerdo acerca de cierto número de derechos humanos de valor universal.

En efecto, para la época era imposible concebir la factibilidad generalizada de establecer un mecanismo supranacional, de alcance mundial, que controlase el cumplimiento de las obligaciones de los Estados, en cuanto al respeto y goce efectivo de los derechos humanos.

Es por ello que el acceso a la justicia, en este documento, se refiere exclusivamente a la justicia nacional o interna nada más, como puede apreciarse en su artículo 8: *"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley"*.

En segundo lugar se tiene el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos como tratado internacional que fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), en su Resolución 2200 A (XXI), de 16-12-1966, habiendo entrado en vigor el 23-03-1976.

El derecho de petición internacional no existía aun en el derecho internacional de los derechos humanos, pues para la década de los años sesenta del Siglo XX todavía no se había admitido la actuación directa de la persona humana como sujeto de derecho internacional público.

No obstante, ya el tradicional concepto de soberanía del Estado y el principio de no injerencia en los asuntos internos de otros Estados estaban experimentando profundas revisiones y sufriendo graves modificaciones, particularmente en cuanto concierne precisamente al ámbito de los derechos humanos, que comenzaron a allanar el camino que conduce al control supranacional del cumplimiento de las obligaciones de los Estados por lo que respecta al respeto y goce efectivo de los derechos humanos.

Así, si bien aún no se podía actuar a iniciativa de una persona humana, por lo que no existía el derecho de petición internacional, se implementó un sistema de control interestatal, en donde un Estado es denunciado por otro Estado, ante el Comité de Derechos Humanos, acorde con lo preceptuado en su artículo 41:

1. Con arreglo al presente artículo, todo Estado Parte en el presente Pacto podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se podrán admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca con respecto a sí mismo la competencia del Comité. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración....

En tercer lugar se tiene el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que es un tratado internacional que fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), en su Resolución 2200 A (XXI), de 16-12-1966, habiendo entrado en vigor el 23-03-1976¹⁷.

Adoptado y entrado en vigor en las mismas fechas que el Pacto, la comunidad internacional prefirió dejar el tema del derecho de petición internacional a su Protocolo Facultativo, de manera de no perturbar el objetivo de lograr el máximo número posible de Estados Partes, dado que habrían muchos Estados no dispuestos, para aquel momento, a someterse al control supranacional a iniciativa de personas humanas nacionales o extranjeras, residentes en sus territorios, que fuesen víctimas de violaciones a los derechos que les reconoce el Pacto.

Por tanto, el tema se abordó en dos etapas, primero se aprobó el tratado consagratorio de los derechos civiles y políticos, exclusión hecha del derecho de petición internacional, logrando un gran consenso en las ratificaciones estatales; y, en una segunda fase, en el protocolo facultativo, se consagró el derecho de petición internacional, regulándose el procedimiento correspondiente, en sus artículos 1 al 5:

Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.

Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita.

El Comité considerará inadmisibles toda comunicación presentada de acuerdo con el presente Protocolo que sea anónima o que, a su juicio, constituya un

¹⁷ <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCCPR1.aspx>

abuso del derecho a presentar tales comunicaciones o sea incompatible con las disposiciones del Pacto.

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 3, el Comité pondrá toda comunicación que le sea sometida en virtud del presente Protocolo en conocimiento del Estado Parte del que se afirme que se ha violado cualquiera de las disposiciones del Pacto.

2. En un plazo de seis meses, ese Estado deberá presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto.

1. El Comité examinará las comunicaciones recibidas de acuerdo con el presente Protocolo tomando en cuenta toda la información escrita que le hayan facilitado el individuo y el Estado Parte interesado.

2. El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que:

a) El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales;

b) El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente.

3. El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente Protocolo.

4. El Comité presentará sus observaciones al Estado Parte interesado y al individuo.

b. Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos:

En primer lugar se tiene la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre como documento por muchos considerado erróneamente como meramente declarativo, a pesar de tener carácter de tratado internacional, y contener obligaciones directas para los Estados suscriptores, como quedó previamente establecido en jurisprudencia interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, no solamente tiene supremo valor ético, conteniendo además jurídicamente vinculantes principios del "*ius cogens*", sino que tiene valor jurídico vinculante por integrar la Carta de la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.).

Este documento fue adoptado y proclamado por la IX Conferencia Internacional Americana, realizada en 1948, en Bogotá, Colombia.

La Declaración no contiene la expresa mención del derecho de petición internacional, siendo ello comprensible, adaptando lo dicho en cuanto al Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, toda vez que, para el año 1948, en la muy reciente posguerra, ya era un avance extraordinario el que los Estados del continente americano pudieran ponerse de acuerdo acerca de cierto número de derechos humanos de valor regional.

En efecto, para la época era imposible concebir la factibilidad continental de establecer un mecanismo supranacional, de alcance regional, que controlase el cumplimiento de las obligaciones de los Estados, en cuanto al respeto y goce efectivo de los derechos humanos.

Es por ello que el acceso a la justicia, en este documento, se refiere exclusivamente a la justicia nacional o interna nada más, como puede apreciarse en su artículo XVIII: *“Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”*.

Es verdad que, a diferencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el documento no se refiere a *“tribunales nacionales”*. Empero, la conclusión es la misma, no solamente por razones históricas, sino por la mención a derechos consagrados *“constitucionalmente”*.

En segundo lugar se tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos que es un tratado internacional, conocido como Pacto de San José de Costa Rica, que fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 22-11-1969, en San José de Costa Rica, Costa Rica, habiendo entrado en vigor el 18-07-1978.

Esta Convención no solamente establece el derecho de acceso a la justicia nacional o interna, a que se contrae su artículo 25 (Protección Judicial):

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

En efecto, el tratado va más lejos, al verdaderamente consagrar el derecho de petición internacional, de manera clara e indubitable. Claro que no contiene un dispositivo que exprese que las personas tienen tal derecho, aunque ello se desprende, con diferente redacción, de su artículo 44: *“Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte”*.

No obstante, no puede ocultarse que hay quienes consideran que el citado artículo 44 no consagra un derecho independiente, autónomo y subjeti-

vo como tal, desde la perspectiva sustantiva, con fundamento exclusivamente en su ubicación, dentro de las normas procedimentales que regulan el decurso de una denuncia ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, por lo que convocan a aceptar la presencia del derecho de petición internacional no en ese artículo 44, sino en el anteriormente mencionado artículo 25, consagratorio del derecho de acceso a la justicia en el plano interno, en un desarrollo amplio y extensivo del mismo¹⁸.

Desde nuestro punto de vista ello responde a un innecesario exceso de formalismo, pues la redacción del artículo 44, sin importar su ubicación dentro de la Convención, es reveladora de la intención de reconocer la existencia indubitable del derecho que nos ocupa, mereciendo ser destacado, tal como es el criterio del Juez Antonio Cançado Trindade, en su voto concurrente a la sentencia del caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, del 04-09-1998, Serie C, N° 4119:

2. La importancia del derecho de petición individual no me parece haber sido suficientemente resaltada por la doctrina y la jurisprudencia internacionales hasta la fecha; la atención que han dedicado a la materia ha sido, sorprendentemente, insatisfactoria a mi modo de ver, dejando de guardar proporción con la gran relevancia de que se reviste el derecho de petición individual bajo la Convención Americana. Este es un punto que me es particularmente caro. No hay que perder de vista que, en última instancia, es por el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual que se garantiza el acceso directo del individuo a la justicia a nivel internacional.

3. La cuestión de la legitimatio ad causam de los peticionarios ha ocupado una posición central en esta etapa de excepciones preliminares del caso Castillo Petrucci versus Perú, y la Corte Interamericana decidió, a mi modo de ver acertadamente, desestimar la quinta y la sexta excepciones preliminares, que versaban sobre la materia. En mi entendimiento, no se puede analizar el artículo 44 como si fuera una disposición como cualquier otra de la Convención, como si no estuviera relacionada con la obligación de los Estados Partes de no crear obstáculos o dificultades para el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual, o como si fuera de igual jerarquía que otras disposiciones procedimentales. El derecho de petición individual constituye, en suma, la piedra angular del acceso de los individuos a todo el mecanismo de protección de la Convención Americana.

Desde esta perspectiva, en nuestro criterio, en definitiva, el tema debería quedar descollado al momento de analizar el marco institucional y procedimental diseñado para la tutela supranacional interamericana de los derechos humanos, a iniciativa de las personas humanas. Veamos:

En su Capítulo VII se instituye la Comisión Americana de Derechos Humanos, facultándola en su artículo 41 literal f, a "*actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad*".

Posteriormente, sus artículos 48 al 51 regulan el procedimiento:

¹⁸ J.I. Acosta López y M.C. Maya Calle, *El Derecho de Petición Individual en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su Relación con las Obligaciones que surgen de las Medidas Interinas y Provisionales* (Centro de Estudios de Derecho Internacional, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009), 7.

¹⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_41_esp.pdf

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

Artículo 48:

1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos:

a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;

b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;

c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;

d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;

e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;

f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.

2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

Artículo 49:

Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones del inciso 1.f. del artículo 48 la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados Partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. Este informe contendrá una breve exposición de los hechos y de la solución lograda. Si cualquiera de las partes en el caso lo solicitan, se le suministrará la más amplia información posible.

Artículo 50:

1. De no llegarse a una solución, y dentro del plazo que fije el Estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados en virtud del inciso 1.e. del artículo 48.

2. El informe será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo.

3. Al transmitir el informe, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

Artículo 51:

1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración.

2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.

3. Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.

Por otra parte, es verdad que el Capítulo VIII de la Convención establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es un tribunal supranacional de remarcable importancia, cuyas decisiones son vinculantes para los Estados Partes objeto de un proceso, emanando de sus decisiones y sentencias medidas cautelares o provisiones y definitivas de protección de los derechos humanos. Sin embargo, entendemos que esta institución escapa a la idea del derecho de petición internacional por cuanto, si bien es cierto que un asunto sometido a su jurisdicción pudo tener al origen una petición hecha por una persona humana ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es el caso que si no se llegó a una solución en esa fase y se hace menester elevar el tema a la Corte, ello dependerá solamente de la Comisión o de los Estados Partes. Expresa pues el artículo 61.1 que: *“Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”*.

2.1.2. Instrumentos nacionales: la Constitución

Solamente la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al nivel interno, puede consagrar el derecho de petición internacional, tal como lo hace en su artículo 31:

Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos.

El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.

2.2. Alcance o contenido y naturaleza del derecho humano

2.2.1. Alcance o contenido

El derecho de petición internacional se encuentra hermanado en sustancia al derecho de acceso a la justicia en el nivel nacional, por lo que respecta a la posibilidad de disponer de una acción expedita para la tutela de los derechos humanos, aunque no ya ante los tribunales de justicia del Estado Parte, sino ante la instancia, llámese Comisión, Corte, Comité, Tribunal, etc., de carácter supranacional, encargada de ejecutar el control sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado Parte, a instancia de la persona humana tenida como víctima de violaciones de sus derechos humanos reconocidos en los respectivos tratados internacionales.

Así, al igual que al nivel interno, este acceso a la “justicia” no debe ser confundido ni con el derecho al debido proceso, que ha de acompañar toda la tramitación, desde la interposición de la acción (“petición”), ni con el derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene que ver, esencialmente, con el real y plenamente satisfactorio cumplimiento de lo ordenado en la sentencia final y en las medidas liminares, cautelares o provisionales posibles.

Por tanto, el contenido de este derecho de petición internacional, que algunos llaman derecho de amparo internacional, radica en la facultad de la persona humana o grupos de personas humanas, de elevar una pretensión de protección de sus derechos humanos internacionalmente reconocidos en el tratado respectivo, ante la correspondiente entidad internacional, siempre que el Estado Parte implicado como legitimado pasivo haya reconocido la jurisdicción de tal entidad, y que el asunto no haya sido sometido al conocimiento de otra entidad internacional para su resolución.

En otras palabras, las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos son excluyentes entre sí. Si se acude al Comité de Derechos Humanos en los términos del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no puede acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y viceversa.

Y, por último, la o las personas interesadas deben haber agotado los recursos disponibles en el derecho interno, salvo que pueda ser demostrado, a su carga, que no existe recurso efectivo en el derecho interno, o bien que se carece de recursos económicos suficientes sin que haya un sistema sincero y accesible de defensa gratuita; o bien que existe un temor generalizado en los abogados del país para asumir su defensa sin riesgo de perjuicios diversos; o bien, que los procesos internos se prolongan injustificadamente en el tiempo de su tramitación, agravando la situación de las víctimas.

2.2.2. Naturaleza del derecho humano

El derecho de petición internacional es, sin duda y por simple lógica, de naturaleza absoluta, por cuanto si bien no se encuentra dentro de las listas de derechos que no pueden ser objeto de suspensión o restricción, según el

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución de la República, es lo cierto que siempre es posible acudir a las instancias de control supranacional, con mayor o menor dificultad práctica.

Ningún Estado Parte está facultado para suspender o restringir el acceso de las personas a la justicia supranacional, en relación a la cual aceptó someterse a su jurisdicción²⁰.

2.3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

a. *Opinión Consultiva OC-11/90 del 10-08-1990*²¹: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó la interpretación de la Corte, en cuanto a las excepciones al agotamiento de los recursos internos, según lo exigido por los artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, la Corte estableció la posibilidad de ejercer el derecho de petición internacional directamente, es decir, sin necesidad de agotar extremos del derecho interno, bajo estrictas condiciones:

41. Al tenor del artículo 46.1.a de la Convención y de conformidad con los principios generales el Derecho internacional, incumbe al Estado que ha planteado la excepción de no agotamiento, probar que en su sistema interno existen recursos cuyo ejercicio no ha sido agotado (Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, supra 39, párr. 88; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, supra 39, párr. 87 y Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, supra 39, párr. 90). Una vez que un Estado Parte ha probado la disponibilidad de recursos internos para el ejercicio de un derecho protegido por la Convención, la carga de la prueba se traslada al reclamante que deberá, entonces, demostrar que las excepciones contempladas en el artículo 46.2 son aplicables, bien sea que se trate de indigencia o de un temor generalizado de los abogados para aceptar el caso o de cualquier otra circunstancia que pudiere ser aplicable. Naturalmente, también debe demostrarse que los derechos involucrados están protegidos por la Convención y que para obtener su protección o garantía es necesaria una asistencia legal.

b. *Sentencia de 01-07-2011, caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, Serie C, N° 227*²²: En este caso se deja establecida la oportunidad en la que el Estado denunciado puede oponer excepciones de admisibilidad de la petición internacional, y alegar acerca de la existencia y suficiencia de las vías recursivas internas:

15. El Estado señaló que la Comisión "ha intentado establecer una exclusividad en la competencia para el análisis del agotamiento de los recursos internos y una preclusividad en su alegación ante el Sistema Interamericano". Expresó que, "para tal fin, ha intentado desconocer la naturaleza intrínseca del requisito de agotamiento de los recursos internos, equiparándolo a un 'medio de defensa del Estado' que puede ser renunciado incluso de oficio". Sin embargo, el Estado

²⁰ Esto es lo ilegítimamente buscado por el gobierno en pie en Venezuela, al haber denunciado inconstitucionalmente la Convención Americana de los Derechos Humanos, como se ha evocado anteriormente.

²¹ http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf

²² http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf

indicó que “el requisito de agotamiento de los recursos internos constituye una condición objetiva de admisibilidad que puede ser alegado y revisado, incluso de oficio, en cualquier etapa o instancia del proceso internacional”, razón por la cual la Corte debe analizar el cumplimiento de este requisito. Para el Estado, “en el presente caso la supuesta víctima no [...] interpu[so ni] agot[ó] los recursos establecidos en el derecho interno”, teniendo en cuenta que la señora Chocrón Chocrón “omitió interponer el [r]ecurso de [r]evisión ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, lo cual “le hubiera permitido tener la posibilidad de anular la decisión de la Sala Político Administrativa” emitida en su contra.

16. Sobre el particular, Venezuela señaló que, ya que “la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha establecido que el Estado que alega el incumplimiento del requisito de agotamiento de los recursos internos, debe indicar los recursos que eran necesarios agotar y demostrar su efectividad”, afirmó que el recurso de revisión “permite al interesado obtener un examen, por parte de la Sala Constitucional, de las sentencias dictadas por cualquier otro tribunal del país, incluidas las restantes Salas del Tribunal Supremo de Justicia. [S]i bien conforme a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la revisión constitucional de las sentencias tiene un carácter restringido, discrecional y extraordinario, ello no implica que este recurso no deba ser interpuesto y agotado, antes de recurrir al [S]istema [I]nteramericano”. Conforme al Estado, “[e]l carácter extraordinario y restringido del recurso de revisión [...] no implica que el mismo no sea efectivo para tutelar los derechos de la supuesta víctima. Existe prueba suficiente de la efectividad del [mismo] en Venezuela”. Así, el Estado presentó dos listas de sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²³ que han declarado “con lugar el recurso de revisión, en dos períodos de tiempo específicos: a) [e]l período de tiempo en que fue dictada la sentencia de la Sala Político Administrativa en el caso de la supuesta víctima, y b) el período de tiempo en que fue interpuesta la demanda contra el Estado venezolano ante la Corte Interamericana”.

17. Por su parte, la Comisión “consider[ó] que la excepción preliminar interpuesta por el Estado es extemporánea [ya que t]al como quedó establecido en el Informe de Admisibilidad No 38/06 aprobado el 15 de marzo de 2006, el Estado de Venezuela no presentó la excepción de falta de agotamiento de los recursos ante la Comisión Interamericana”. En ese sentido, la Comisión “solicit[ó] a la Corte Interamericana que reitere su jurisprudencia constante, declare [improcedente] la excepción preliminar [...], y continúe con el análisis de fondo del [...] caso”.

18. Los representantes solicitaron que se declare improcedente la excepción preliminar ya que el Estado “no [...] objet[ó] oportunamente” la supuesta falta de agotamiento de recursos en el trámite ante la Comisión Interamericana. Asimismo indicaron que la señora Chocrón Chocrón “ejerció y agotó todos los mecanismos y procedimientos ordinarios internos”, al presentar un recurso de reconsideración ante la Comisión Judicial y un recurso contencioso administrativo de nulidad ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Alegaron que “el mal llamado ‘[r]ecurso [e]xtraordinario de [r]evisión’ a que hace referencia el Estado venezolano no es un remedio ordinario (incluso ni siquiera extraordinario), sino más bien una facultad discrecional de la Sala

²³ Listado de 40 sentencias correspondientes al período del 26-06-2003 al 14-06-2004, en las que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia resolvió “con lugar” el recurso de revisión constitucional (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 7, tomo IV, folios 1704 a 1709) y listado de 225 sentencias correspondientes al período del 15-06-2004 al 12-12-2009, en las que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia resolvió “con lugar” recursos de revisión constitucional (expediente de anexos a la contestación de la demanda, anexo 8, tomo V, folios 2126 a 2159).

Constitucional destinada a uniformar los criterios de interpretación constitucional". De esta manera, dicho recurso "no es un instrumento por medio del cual se establece una nueva instancia ordinaria donde el particular tenga el derecho de ventilar sus intereses subjetivos, es decir, no es un medio de impugnación regular". En ese sentido, indicaron que "[l]a jurisprudencia de la Sala Constitucional siempre ha negado el carácter impugnativo de esta facultad revisora".

19. Además, los representantes señalaron que "la potestad revisora de sentencias definitivamente firmes, prevista en el artículo 336 numeral 10 de la Constitución, puede ser ejercida de oficio por la propia Sala Constitucional, en el caso de que ésta considere discrecionalmente que se han desconocido sus propios precedentes. Lo que evidencia que si ésta no ejerció esa potestad en el caso de [la señora Chocrón Chocrón], es porque no existían razones para hacerlo, es decir, resultaba no ha lugar". Así, según los representantes, "desde el 1° de enero de 2004 al 30 de abril de 2008, se puede verificar que más de un 80% de las solicitudes de revisión extraordinaria de sentencias definitivas han sido declaradas NO HA LUGAR" por la Sala Constitucional.

2. Consideraciones de la Corte

20. La Corte constata que no existe controversia entre las partes respecto a que la presente excepción preliminar no fue interpuesta en el procedimiento ante la Comisión. De esta manera, siguiendo lo expuesto en el caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, el Tribunal observa que lo que el Estado pretende es que la Corte modifique su jurisprudencia constante en la cual se afirma que si la excepción de no agotamiento de los recursos internos no es interpuesta oportunamente, se ha perdido la posibilidad de hacerlo²⁴.

21. Aunque la supervisión de la Corte Interamericana tiene un carácter subsidiario, coadyuvante y complementario²⁵, la propia Convención dispone que la regla de agotamiento de los recursos internos debe interpretarse conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos, entre los cuales se encuentra aquél que consagra que el uso de esta regla es una defensa disponible para el Estado y por tanto deberá verificarse el momento procesal en el que la excepción ha sido planteada. De no presentarse en el trámite de admisibilidad ante la Comisión, el Estado ha perdido la posibilidad de hacer uso de ese medio de defensa ante este Tribunal. Tal como se señaló en el citado caso *Reverón Trujillo*, lo anterior ha sido reconocido no sólo por esta Corte²⁶ sino por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁷.

²⁴ Cfr. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30-06-2009. Serie C N° 197, párr. 20. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf

²⁵ Cfr. Preámbulo y artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ver también: *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24-09-1982. Serie A N° 2, párr. 31 (http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf); *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29-07-1988. Serie C N° 4, párr. 61 (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf); *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28-01-2009. Serie C N° 195, párr. 64 (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf); y *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26-11-2010. Serie C N° 220, párr. 10 (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf).

²⁶ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26-06-1987. Serie C N° 1, párr. 88

22. En consecuencia, la Corte reitera que la interpretación que ha dado al artículo 46.1.a de la Convención por más de 20 años está en conformidad con el Derecho Internacional.

23. Asimismo, el Tribunal reitera que conforme a su jurisprudencia²⁸ y a la jurisprudencia internacional²⁹ no es tarea de la Corte ni de la Comisión identificar ex officio cuáles son los recursos internos a agotar, sino que corresponde al Estado el señalamiento oportuno de los recursos internos que deben agotarse y de su efectividad. En el presente caso, el Estado debía precisar claramente ante la Comisión, durante la etapa de admisibilidad del presente caso, sus alegatos respecto a los recursos que, en su criterio, aún no se habían agotado. Al respecto, el Tribunal reitera que no compete a los órganos internacionales subsanar la falta de precisión de los alegatos del Estado³⁰.

24. Por lo anterior, la Corte desestima la excepción preliminar.

Conclusión

Los derechos humanos de petición y de petición internacional son derechos civiles, que benefician a personas o a grupos de personas, teniendo naturaleza absoluta (parcialmente el primero y totalmente el segundo), y se encuentran explícita o tácitamente reconocidos tanto por el derecho internacional de los derechos humanos (universal e interamericano), como por el derecho interno venezolano, pudiendo ser protegidos directamente, o de manera indirecta, dado el carácter interdependiente de los derechos humanos.

(http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_01_esp.pdf); *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12-08-2008. Serie C N° 186, párr. 14 (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf), y *Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30-10-2008. Serie C No. 187, párr. 16 (http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf).

²⁷ Cfr. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, supra* párr. 11, en el que se citan los siguientes casos: ECHR, *Cases of De Wilde, Ooms and Versyp Cases ("Vagrancy") v. Belgium*, Judgment of 18-06-1971, Series A N° 12, para. 55; ECHR, *Case of Foti and others v. Italy*, Judgment of 10-12-1982, Series A M° 56 para. 46, y ECHR, *Case of Bitiyeva and X v. Russia*, 21-06-2007, para. 90 y 91.

²⁸ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. *supra* párr. 88; *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28-01-2009. Serie C N° 194, párr. 37, y *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, supra*, párr. 42.

²⁹ Cfr. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, supra* en el que se citan los siguientes casos: ECHR, *Case of Deweer v. Belgium*, 27-02-1980, Series A N° 35, para. 26; ECHR, *Case of Foti and others v. Italy*, 10-12-1982, Series A N° 56, para. 48, y ECHR, *Case of De Jong, Baljet and van den Brink v. the Netherlands*, 22-05-1984, Series A N° 77, para. 36.

³⁰ Cfr. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, supra* en el que se cita el siguiente caso: ECHR, *Case of Bozano v. France*, 18-12-1986, Series A N° 111, para. 46.

OBSERVACIONES SOBRE LA SENTENCIA N° 455/2017 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ Y LA CONCRECIÓN JURISPRUDENCIAL, ATÍPICA E IMPERTINENTE, DE LA UNIDAD CONCEPTUAL ESTADO/NACIÓN. A PROPÓSITO DE UNA POLÉMICA EN EL PAÍS VASCO

Emilio J. Urbina Mendoza*

1. La sentencia N° 455/2017 y la cristalización de la lógica nacionalizadora que blindó la convocatoria y bases comiciales de la propuesta constituyente de Nicolás Maduro Moros

La realidad venezolana invoca –*ad utrumque paratus*– una de las obras más emblemáticas de la lengua de Cicerón: *Sátiras* del poeta Juvenal. Del texto subyace una frase que no hemos podido desvanecerla con el pasar de los años, y que al contrario, se afianza al momento al emplearse la escritura académica como la atinente al ejercicio forense: “*si natura negat, facit indignatio versum*”¹. No queremos detenernos en la exquisitez del latín, sino en la esencia misma de la oración ante una Venezuela que se tensiona día a día, llegando a niveles jamás vivenciados en la República luego de la Constituyente de 2017. El texto de Juvenal día a día, adquiere mayor protagonismo ante la permanente crucifixión de las libertades públicas por un Estado que viola de forma sistemática los derechos humanos en masa, tal y como lo certificara la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, la expresidenta de Chile, Michelle Bachelet en su informe especial sobre Venezuela, de hace unos meses.

Para el momento en que cerramos estas líneas hemos sufrido cuatro sendos apagones nacionales. Un país de 33 millones de habitantes. Territorio petrolero con las más grandes reservas de crudo mundiales y la infraestructura termo e hidroeléctrica más significativa de Latinoamérica, quedó sumergido en las penumbras por más de 150 horas continuas, amén de

* Abogado (Cum Laude) egresado de la Universidad Católica del Táchira (1998). Magister Scientiarum en Ética Social (Universidad Alberto Hurtado - Santiago de Chile, 2002). Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto (Bilbao - España, 2005). Profesor de postgrado (2006-2018) de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela).

¹ *Sátiras*, l. 79, pp. 505 y ss. La edición que manejamos se corresponde a una que nos fuera obsequiada en 1992, publicada por la Editorial Gredos (Madrid, 1991), con notas e introducción de Manuel Balasch y Miguel Dolç.

sufrir lo que eufemísticamente se le bautizara como “Plan de Administración de Cargas”. Las pérdidas de puestos de trabajo, económicas y de servicios prácticamente son incalculables. Ni siquiera existe una versión oficial coherente sobre las causas reales del apagón, pues diferentes voceros indican que todo se debió a un sabotaje, a un ataque electromagnético ordenado por el gobierno de Estados Unidos, un incendio en el patio de estaciones de la represa Guri, o la última versión: el ataque con un rifle de mirada telescópica a los transformadores de 765 KVA. Cuando en 2017 el ciudadano Nicolás Maduro Moros exponía que la constituyente es la paz, nunca nos imaginamos los venezolanos que este bienio (2017-2019) sería calamitoso en todos los ámbitos de la vida, cotidianos o no. La paz parece imponerse, pero no precisamente la paz institucional, sino la que es rédito exclusivo de la hecatombe.

Ante este panorama –sombrió desde toda lógica– no queda otra que repudiar con la indignación *“quae neque odio magno neque misericordia maxima digna sunt”*². Pero la indignación no queremos emplearla como legítimamente debe asumirla un ciudadano con convicciones democráticas. Como académico debemos huir de toda tentación reaccionaria y sopesar con argumentos racionales todas las opciones, que en lenguaje argumental, sería oír al auditorio. Somos contestes que la indignación puede ser un aliciente para revisar el otro lado de la razón imperante, es decir, para centrarnos en el análisis de aquello que trajo como contrabando epistemológico³, lo que en apariencia reluce como impecable argumentación jurídica. Es el caso de la sentencia 355/2017, predecesora incuestionable de la 378/2017 de la Sala Constitucional del TSJ venezolano.

En el presente texto trabajaremos precisamente aquellos aspectos que no se reflejaron en la sentencia 378/2017, la misma que legitimó de forma selecta la imposición de una Asamblea Nacional Constituyente (en adelante ANC), que para 2019, ni siquiera ha presentado ante el país un borrador sobre cuál será la nueva Constitución venezolana, que como bien lo ha estudiado Gabriel Sira Santana, sólo *“ese cuerpo dice aprobar presupuestos, designar o ratificar a las cabezas del Poder Público, e inclusive modificar el ordenamiento jurídico, sin tener autoridad alguna”*⁴. Sólo ha respondido para dictar supuestos “actos constituyentes”, entre muchos, unos relativos a la erradicación de la Ley de Ilícitos Cambiarios⁵, Contrataciones Públicas⁶ y

² M.T. Cicerón. *De oratore*, II, 237-238. Cicerón expone en esta obra que ante una situación de “monstruosa calamidad”, lo más adecuado es emplear el método de la indignación, por cuanto ni el ridículo ni mucho menos lo analítico servirían para atacar formas supremas de maldad y crimen como de suyo ocurre en Venezuela.

³ Véase Emilio J. Urbina Mendoza, “Todas las Asambleas son Sufragios, y muchos Sufragios también son Asambleas. La confusión lógica de la sentencia 355/2017 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y la incompatibilidad de los conceptos sufragio y voto asambleario”, *Revista de Derecho Público*, N° 149-150 (2017): 107-116.

⁴ Gabriel Sira Santana. *Reporte CIDEP: La Asamblea Nacional Constituyente de 2017 a dos años de su instauración* (Caracas: CIDEP, 2019), <https://cidep.com.ve/files/reportes/reportecidep-anc-02.pdf>

⁵ Véase Decreto Constituyente derogatorio del régimen cambiario y sus ilícitos. Publicado en Gaceta Oficial N° 41.452 de 02-08-2018.

otros aspectos como Criptomonedas⁷; todas, materias que no pertenecen al ámbito constitucional sino a la legislación ordinaria. Además de ello, ha procedido a levantar la inmunidad parlamentaria de diputados no afectos al chavismo, desconociendo los mecanismos contemplados en la Constitución de 1999.

Muy al contrario de lo que previno el TSJ, tal como explicamos en el párrafo anterior, la ANC más bien ha ratificado su sabor autoritario cuando oímos a su entonces Presidenta (2017-2018), Delcy Rodríguez, manifestar que *“nosotros más nunca entregaremos el poder político”*⁸, así como tampoco se sancionaría a un Nicolás Maduro Moros en campaña electoral haciendo apología de la fuerza, al expresar *“¡Lo que no se pudo con votos, lo haríamos con las armas!”*⁹. Basta leer la prensa –incluyendo la oficialista “Noticiero de la patria”¹⁰ adscrita a la Presidencia de la República– para ratificar todas esas expresiones que fueron expuestas ante el mundo sin rubor alguno.

Ante las previsibles actitudes nada democráticas que ha manifestado la ANC, preparamos varios estudios que serían publicados en la compilación sistemática de los profesores Allan Brewer-Carías y Carlos Soto¹¹ sobre los pormenores de este mecanismo metajurídico para anular cualquier disenso frente a quienes detentan el poder político en Venezuela desde 1999. Durante estos años ha quedado demostrado que la ANC ha sido un dispositivo meramente político, no dialogante y con pretensiones de duración indefinida para establecer un permanente estado de alarma, visto, como lo expresara

⁶ Véase Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes, Servicios y Obras Públicas. Publicado en Gaceta Oficial N° 41.318 de 11-01-2018.

⁷ Véase Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos. Publicado en Gaceta Oficial N° 41.575 de 30-01-2019.

⁸ Véase declaraciones de Delcy Rodríguez: “Nosotros más nunca vamos a entregar el poder político”. *Efecto Cocuyo*, Caracas, 16-03-2018: <http://efectococuyo.com/politica/delcy-rodriguez-nosotros-mas-nunca-amos-a-entregar-el-poder-politico>

⁹ Reportaje de Jorge Flores en relación a la intervención de Nicolás Maduro en el Poliedro de Caracas en fecha 27-06-2017: “Maduro: Lo que no se pudo con los votos lo haríamos con las armas”. *Efecto Cocuyo*, Caracas, 27-06-2017: <http://efectococuyo.com/politica/nicolas-maduro-lo-que-no-se-pudo-con-los-votos-lo-hariamos-con-las-armas-27jun> Existe otra frase que revela el lado no democrático del proyecto chavista cuando el fallecido Presidente Chávez hablaba que el ¡Pueblo es Chávez!. Véase Agencia EFE. Reportaje de Alicia G. Arriivas “La Cinta venezolana El pueblo soy yo, desnuda y explica al Chávez populista”. *Agencia EFE*, Madrid, 07-10-2018: <https://www.efe.com/efe/espana/cultura/la-cinta-venezolana-el-pueblo-soy-yo-desnuda-y-explica-al-chavez-populista/10005-3773373>

¹⁰ En 2017, el Gobierno de Nicolás Maduro Moros comienza a emitir al mediodía, con frecuencia diaria, en los canales de televisión del Estado venezolano el llamado “Noticiero de la Patria”. Es un programa que encuentra perfecto paralelismo, incluyendo las marchas marciales de fondo y el tono de los narradores, con el desaparecido NO-DO que se proyectó en España entre 1942 y 1981 como sello de la propaganda del franquismo. Para más detalles, véase Ministerio del Poder Popular para la Comunicación e Información: <http://www.minci.gob.ve>

¹¹ Véase obra colectiva Allan R. Brewer-Carías y Carlos Soto (Directores), *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017* (Caracas, EEJV, 2017).

el propio ideólogo de la ANC, profesor Hermann Escarrá, que aquélla se instaló para “generar la paz. Comprobándose como se han agotado todas las vías y fórmulas de diálogo para evitar el desasosiego y la política de terror”¹².

Recapitulando, la ANC, y más que todo las sentencias de la Sala Constitucional que lucen como intérpretes constitucionales de autoridad, no deben leerse de forma aislada. Para comprender bien las consecuencias del fallo 378/2017, es necesario estudiar sistemáticamente la 355/2017 y la 455/2017. Ésta última, por cierto, introduce una interpretación telúrica –nacionalizadora y nada acorde con la historia venezolana– de cara al desconocimiento de manifestaciones culturales y políticas autonomistas –sensibles en países como España, Italia o el mismísimo Reino Unido– cuando el TSJ venezolano reconoce que sólo existe “Una Nación y un Estado, y que en la práctica, ambos son lo mismo”. Todos sabemos que esta afirmación ha sido superada en el Derecho público contemporáneo, por lo que nos preocupa su recuperación por la máxima intérprete de la Constitución venezolana: la Sala Constitucional del TSJ.

1.1. Lo no que no se dijo de la sentencia N° 378/2017 de la Sala Constitucional del TSJ: fin de la regla in claris non fit interpretatio

Cuando se dictó el primer Decreto Presidencial (N° 2.830)¹³ convocando a la realización de la ANC, no sólo se generó en todo el país un intenso debate sobre su pertinencia o no. Allende las fronteras venezolanas, diversos sectores presentaron su opinión para encausar las heterogéneas matrices. Inclusive, nos inmiscuimos en una polémica abierta en Bilbao, específicamente por lo editado en la *Revista Vasca de Administración Pública*¹⁴, donde se publicaron investigaciones que aportaron su visión sobre este problema de Estado que no sólo afecta geopolíticamente a Venezuela, sino a Iberoamérica entera. Lo trascendental del asunto envolvería las múltiples metodologías y enfoques para analizar la cuestión venezolana, fuera de la óptica venezolana. Nuevamente Venezuela se colocaba bajo la mira telescópica de quienes adversan, apoyan o sencillamente se colocan al margen de la abstracción operativa denominada “Revolución bolivariana”¹⁵.

¹² Véase Hermann Escarrá en la entrevista de fecha 01-05-2017 del Programa *Política en el Diván*, conducido por el Ministro de Comunicación e Información del gobierno bolivariano, el psiquiatra Jorge Rodríguez. Caracas, Venezolana de Televisión; <https://www.youtube.com/watch?v=X4WtWB8m1gw&feature=youtu.be>

¹³ Publicado en Gaceta Oficial Extraordinario N° 6.295 de 01-05-2017.

¹⁴ Véase Eneko Campains Silva. “Venezuela: el debate sobre la legitimidad constitucional de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente realizada por el presidente Nicolás Maduro el 1 de mayo de 2017”, *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 111 (2018): 249-269.

¹⁵ Véase Emilio J. Urbina Mendoza “La influencia de la voluntad popular sobre la interpretación constitucional judicial en Venezuela: ¿Abuso de los conceptos jurídicos indeterminados?, *Estudios de Deusto*, Vol. 58/2 (2010): 362-375. También, Allan R. Brewer-Carías. *Introducción general al régimen del Poder Popular y del Estado comunal*. En: VVAA. *Leyes orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado comunal* (Caracas, EJV, 2011): 9-182.

Dentro de los estudios publicados sobre el fenómeno constituyente venezolano, tal como señalamos, encontramos una revisión analítica que parcialmente coincide con la motivación del recurso de nulidad que nosotros presentamos ante la Sala Constitucional del TSJ venezolano para impugnar el Decreto *supra* identificado¹⁶. Sin embargo, no somos contestes con las conclusiones formuladas por el autor del artículo de la Revista Vasca de Administración Pública¹⁷, donde resaltan las siguientes:

1. No se puede deducir del tenor literal de los Artículos 347 y 348 CR que la celebración de un referéndum de convocatoria sea requisito preceptivo para poder instalar una ANC y por ello (...)

5. En consecuencia, la convocatoria realizada por el Presidente Maduro, lejos de ser fraudulenta o usurpadora de la soberanía popular, es perfectamente constitucional y conforme a Derecho. Así lo ratificó la Sala Constitucional del TSJ en su sentencia 378/2017 de 31 de mayo (...).

En el cuerpo del escrito encontramos un proceso lógico para aportar las ideas concluyentes; pero, es necesario detenernos en la historia argumental de la Sala Constitucional del TSJ venezolano, el cual, desde su estreno en enero de 2000, ha desaplicado a su antojo la señera regla hermenéutica del Derecho romano: *in claris non fit interpretatio*. Es más, hubiésemos deseado que el TSJ hubiera perseverado de forma ortodoxa su jurisprudencia pacífica y reiterada sobre cómo debe interpretarse los artículos constitucionales, y no la anomalía interpretativa y ahistórica que optó en su motivación del fallo 378/2017.

1.1.1. El argumento circunstancial de la Constituyente de 1999 y su comparación con la de 2017

Ciertamente el artículo 348 indica: *“la iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrán tomarla el Presidente o Presidenta de la República”*. El texto es categórico en cuanto a lo que se refiere la *“iniciativa de convocatoria”*, es decir, que el Presidente puede llamar, aclamar, peticionar, citar, reunir, en fin, cualesquiera del contenido que pueda deducirse del idioma castellano, que es la lengua oficial de Venezuela tal como la contempla la Constitución de 1999¹⁸, siguiendo la tradición de todas las Constitucionales republicanas desde 1830.

¹⁶ En efecto, demandamos la nulidad del Decreto N° 2.830 por los vicios de inconstitucionalidad presente en el mismo. La demanda fue signada bajo el expediente número 2017-565. Lamentablemente, la Sala Constitucional en sentencia N° 999 de 30-11-2017, no se pronunció sobre las causas reales por las cuales impugnamos el Decreto, sino que se limitó a declarar *“Decaimiento del objeto”*, es decir, dar por terminado el juicio por razones de índole procesal.

¹⁷ Campains Silva. *“Venezuela: el debate sobre la legitimidad constitucional de la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente realizada por el presidente Nicolás Maduro el 1 de mayo de 2017”*, 265.

¹⁸ *“Artículo 9. El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad”*.

Ahora bien, *la iniciativa sólo se circunscribiría a hacer el llamado*, como de suyo, hizo el propio Presidente Chávez en el Decreto N° 2 de fecha 02-02-1999¹⁹. En el citado acto administrativo ordenó:

DECRETA:

Artículo 1. La realización de un referendo para que el pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente.

Artículo 2. El Consejo Nacional Electoral ejecutará los actos necesarios para divulgar el contenido de la propuesta de convocatoria, invitar a los ciudadanos a participar en el referendo y realizar el escrutinio del acto de votación.

Artículo 3. El instrumento electoral contendrá las siguientes preguntas que serán contestadas con un “sí” o un “no”.

PRIMERA: ¿Convoca usted una Asamblea Nacional Constituyente con el propósito de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una Democracia Social y Participativa?

SEGUNDA: ¿Autoriza usted al Presidente de la República para que mediante un Acto de Gobierno fije, oída la opinión de los sectores políticos, sociales y económicos, las bases del proceso comicial en el cual se elegirán los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente?

Artículo 4. Los Ministros de Relaciones Interiores y de la Secretaría de la Presidencia quedan encargados de la ejecución del presente Decreto.

Nótese que Chávez al publicar, en Gaceta Oficial el Decreto, ya había tomado la iniciativa de convocar a una ANC. Más sin embargo, en su artículo primero fue enfático en establecer que el *“pueblo se pronuncie sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente”*.

Somos contestes que la Constitución de 1999 no contempló expresamente un referéndum como requisito preceptivo para poder tomar la *“iniciativa de convocatoria”* para una ANC, pero, su convocatoria sí requería del citado evento electoral, que de forma disparatada, el fallo 455/2017 de la propia Sala Constitucional consideró que no debía aplicarse la Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPE 2009) para dicho referéndum, como explicaremos más adelante.

Si bien es cierto, durante el debate constituyente de 1999 se hizo alusión expresa sobre este requisito, su no inclusión, es por claridad del artículo en lo que respecta a la *“iniciativa”*, más no la convocatoria en sí de una Constituyente. Maduro sólo podía dictar un Decreto con dos artículos, expresando: Primero: Convoco para la realización de una ANC, y Segundo: el CNE deberá preparar el referéndum consultivo que avale tanto la Convocatoria en sí como las bases comiciales.

Tanto la doctrina citada²⁰ como el fallo 378/2017, defendieron el argumento de la improcedencia del referéndum consultivo preceptivo apelando a una circunstancia histórica impertinente, como fue comparar el proceso

¹⁹ Publicado en Gaceta Oficial N° 36.634 de 02-02-1999.

²⁰ Campains Silva. Ob. cit., 260-261.

constituyente de 1999 con el que se buscaba instaurar en 2017: *La inexistencia en la Constitución de 1961 del mecanismo constituyente*. Sorprende que tanto el autor como la Sala Constitucional partieran por generar una suerte de polémica sobre nuestra Constitución de 1961²¹, siendo ésta última, la que propició la mayor estabilidad política y democrática en nuestra historia republicana, incluyendo, que la extinta Corte Suprema de Justicia interpretara sus preceptos²² para favorecer una constituyente sin que ésta tuviera remota posibilidad de realizarse. En pocas palabras, los arquitectos de la Constitución del 61 no incluyeron la ANC como forma para reformar la Constitución porque sencillamente estas asambleas fueron el escenario de las mayores tensiones políticas venezolanas una vez instaladas²³. Tensiones que hubiera acabado con el titánico esfuerzo²⁴ como fue la consolidación del sistema democrático venezolano instaurado en 1958²⁵.

²¹ *Ibid.*, 255, expresa lo siguiente: “Sin embargo, dicho argumento resulta discutible cuanto menos en dos aspectos. Primero: el tema del referéndum no parece una cuestión menor en relación a la ANC, por lo que resultaría un elemento digno de mención expresa, cuanto menos, si se quería que fuese preceptivo. Lo contrario sería mantener una actitud absolutamente temeraria como constituyente. Y segundo: es algo generalmente asumido que la Constitución venezolana de 1999 es una Constitución larga y en ocasiones excesivamente reglamentarista. Es decir, que peca generalmente de lo contrario a lo que acabamos de mencionar como simple hipótesis, y en muchas ocasiones regula aspectos que podrían regularse en normas de rango inferior. Ello obedece a una razón muy clara: la desconfianza que había hacia las normas genéricas y ambiguas, que en el pasado habían permitido a la clase política hacer y deshacer a su antojo. Si realmente se hubiesen querido establecer limitaciones a la convocatoria, o procedimientos concretos y preceptivos, parece que lo lógico hubiese sido establecerlos de forma literal y precisa, tal y como sí se hizo en infinidad de artículos”. Debemos aclarar que es falsa esta afirmación sobre la técnica constitucional asumida en 1961 para que la clase política hiciera o deshiciera a su antojo. Fue precisamente la Constitución de 1961 la que llevó a enjuiciar y destituir a un Presidente de la República en ejercicio, nada menos y nada más que uno de los emblemas de la democracia de partidos como fue Carlos Andrés Pérez (AD). Fue gracias a la Constitución de 1961 que el Partido Comunista de Venezuela y la izquierda lograrán encausarse y legalizarse mediante el proceso de pacificación diseñado y ejecutado durante la primera presidencia del Dr. Rafael Caldera.

²² Véase Lolymar Hernández Camargo. *El proceso constituyente venezolano de 1999*. (Caracas, Ediciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008).

²³ Véase “Exposición de motivos al proyecto de Constitución Nacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, n° 21 (1961): 371-420.

²⁴ Una vez iniciada la democracia, los Presidentes debieron sortear varios golpes de Estado, tanto de la derecha militarista afecta a la dictadura de Marcos Pérez Jiménez, como los grupos subversivos de izquierda aglutinada en zonas de conflicto guerrillero. Además, debió sortearse las actitudes jacobinas de los dirigentes partidistas, lo que obligó a la celebración no sólo del Pacto de Punto Fijo (1958) sino del pacto institucional (1970) entre los partidos mayoritarios Acción Democrática (socialdemocracia) y COPEI (democracia cristiana). Inclusive, la Constitución de 1961 facilitó la concreción de una jurisdicción contra la corrupción (denominada Salvaguarda del patrimonio público). Incluyó normas programáticas como la elección de gobernadores de estado (1989) y otros aspectos propios de las contradicciones del Estado de partidos. Véase al respecto Allan R. Brewer-Carías. *Instituciones políticas y constitucionales* (Caracas-San Cristóbal, EJV-UCAT, 1996).

²⁵ La historia republicana venezolana ha estado signada por el caudillismo y la dictadura desde el momento en que Venezuela se independiza de la Gran Colombia y nacemos como Estado independiente y soberano (1830). Las primeras elecciones universales, directas y secretas apenas ocurrieron en 1946 cuando se eligió a la Asamblea Constituyente que aprobaría la primera Constitución (1947) en consagrar dicho derecho democrático. Será a partir de 1958 cuando los venezolanos podamos decidir constitucional y democráticamente

1.1.2. La verdadera regla hermenéutica impuesta por la Sala Constitucional del TSJ para interpretar la Constitución: “interpretarla de conformidad con la mejor teoría política”

Como indicamos en las líneas precedentes, la Sala Constitucional en el fallo 378/2017 se apartó de su ortodoxo lineamiento sobre cómo debe interpretarse el texto constitucional. Desde 2001, la máxima intérprete de la Constitución venezolana no se contenta con adecuar su actividad hermenéutica a las reglas clásicas presente en el Código Civil, específicamente, en su artículo 4. Es más, siempre hemos sido de la tesis, como profesor de Teoría de la Interpretación jurídica en Venezuela en los últimos 20 años²⁶, que nuestros grandes problemas jurisprudenciales se circunscribe al desconocimiento olímpico de las reglas hermenéuticas estipuladas en la legislación. La introducción de una Sala Constitucional trastocó la concepción jurídica del sistema venezolano de justicia, transformándola en una suerte de *último chance para obtener ventajas procesales entre particulares*, o bien, para socorrer cualquier problema al Poder Ejecutivo venezolano²⁷.

En el tema constituyente de 2017, la Sala se apartó de su propia jurisprudencia, inclusive, desconociendo el *principio de autorrestricción argumen-*

te quienes conformarían las Cámaras del Congreso (Poder Legislativo Nacional), las Asambleas Legislativas de los estados (Parlamentos regionales), Concejos Municipales y el Presidente de la República. Los venezolanos logramos establecer un sistema democrático con sus imperfecciones, donde la oposición pudo acceder al poder con total libertad ideológica como signo característico. Vale destacar que entre 1958 y 1998, se eligieron democráticamente 8 períodos constitucionales de gobierno: 1959-1964: Dn. Rómulo Betancourt (AD), 1964-1969: Dr. Raúl Leoni (AD), 1969-1974: Dr. Rafael Caldera (COPEI), 1974-1979: Dn Carlos Andrés Pérez (AD), 1979-1984: Dr. Luis Herrera Campíns (COPEI), 1984-1989: Dr. Jaime Lusinchi (AD), 1989-1993: Dn. Carlos Andrés Pérez (AD) (1993-1994: interinado del Dr. Ramón J. Velásquez independiente), 1994-1999: Dr. Rafael Caldera (Convergencia). Inclusive, Hugo Chávez Frías fue electo en 1998 Presidente de la República para el período constitucional 1999-2004 bajo el amparo de la Constitución de 1961. Queremos resaltar que entre 1968 y 1988, la oposición ganó todas las elecciones. Dentro de esos 20 años, el partido político en el poder, terminaba perdiendo las elecciones y generando la llamada “alternabilidad política” que ocurría cada 5 años, consolidándose un sistema bipartidista donde muchos profesores españoles como los catedráticos Manuel García Pelayo, ayudaron a construirlo mientras vivieron exiliados en Venezuela.

²⁶ Véase nuestros trabajos: Emilio J. Urbina Mendoza. *Ética, Hermenéutica y Decisión Judicial*. En: VVAA. *Nuevos Estudios de Derecho Procesal. Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, (Caracas, TSJ, 2002): 523-557. “La (sobre) interpretación popular constitucional y la reforma de 2007: ¿Retorno a la interpretación ideológica auténtica?, *Revista de Derecho Público*, N° 112 (2007): 59-63. *El artículo 10 del nuevo Código de Ética del juez venezolano y la jueza venezolana y la ética de la interpretación jurídica*. En VVAA *Cooperativismo, Empresa y Universidad*. In memoriam al R.P. Dionisio Aranzadi Tellería sj. (Bilbao, Universidad de Deusto, 2010): 555-569. *La teoría de la interpretación de los contratos y la jurisprudencia venezolana*, (Caracas, ACIENPOL, 2010).

²⁷ Véase Emilio J. Urbina Mendoza “Las funciones de gobierno ejercidas por la jurisdicción constitucional. ¿Es aceptable una modificación de la teoría de separación de poderes por un tribunal constitucional? El caso de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela 2016.2018”, *Estudios de Deusto*, 66, N° 2 (2018): 461-497.

tal –construido por ella misma²⁸– para favorecer el proceso constituyente madurista en desmedro de la seguridad jurídica²⁹. La Sala Constitucional ha sido enfática en sus fallos sobre cómo debe interpretarse la Constitución. En el caso de marras la actual Constitución no contempla reglas específicas relativas al iter procedimental que deben cumplirse hasta la elección de la ANC.

Como vimos, sólo indica quién puede tener la “iniciativa para convocar” diferenciándola de la “convocatoria en sí”. Ante esta ausencia normativa, y siguiendo el criterio pacífico de la Sala³⁰, se debió interpretar los artículos 347, 348 y 349, “*comprometiéndose con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta*”. Esa teoría política ha sido el modelo de democracia participativa instaurada en 1999 y que bien ha sido ejecutada a lo largo de estos 20 años de su vigencia, muchas veces ratificada por el TSJ en centenares de fallos al respecto, incluyendo, la materia de reforma constitucional³¹. Este concepto participativo se ha materializado en más de 17 elecciones celebradas desde 2000 en adelante, y que a pesar de serios y fundados cuestionamientos, como los ocurridos en el referéndum revocatorio de 2004³², la costumbre política en la Venezuela bolivariana es precisamente *consultar todas las grandes decisiones al cuerpo electoral*.

Cuando se planteó la primera constituyente de Chávez (1999), se hizo énfasis que los actos que se dictasen previa a la ANC, durante y después, *gozarían de rango constitucional*. Y tiene sentido lógico esta aseveración por cuanto está disponiéndose de un mecanismo que tiene tres objetivos clave según el artículo 347 constitucional: *transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una Constitución*.

Maduro debió circunscribirse al dictar el Decreto N° 2.830, a la mera convocatoria, pero, dentro del mismo texto presidencial se extralimitó al contemplar cómo podrían ser las bases comiciales y otros aspectos que no se enmarcan dentro del concepto de “iniciativa de convocatoria” como analizaremos en las páginas siguientes. Como se indicó, todo acto previo a la ANC debe ser CONSULTADO al pueblo, en concordancia con el mandamiento de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, lamentablemente desconocido en su propio fallo 378/2017 que tantas veces se ha invocado para cerrar debates. Veamos cuál era la postura de la Sala en el año 2000 al respecto sobre la ANC:

²⁸ Véase TSJ/Sala Constitucional. Sentencia n° 1.588 de 11-11-2013 (Caso: *Caracas Baseball Club*).

²⁹ Véase Emilio J. Urbina Mendoza “La jurisprudencia del horror: las posturas argumentales de la Sala Constitucional ante el tema constituyente”, *Revista de Derecho Público*, N° 149-150 (2017): 262-308.

³⁰ Sentencia N° 1.309 de 19-07-2001 (Caso: *Hermann Escarrá Malavé*).

³¹ TSJ/Sala Constitucional. Sentencia N° 274 de 21-04-2016 (Caso: *Johnny Leónidas Jiménez Mendoza. Interpretación del artículo 340 de la CRBV*). N° 274 de 21-04-2016 (Caso: *Johnny Leónidas Jiménez Mendoza. Interpretación del artículo 340 de la CRBV*).

³² Véase Allan R. Brewer-Carías “El secuestro del Poder Electoral y la confiscación del derecho a la participación política mediante el referendo revocatorio presidencial: Venezuela 2000-2004”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 112, enero-abril (2005): 11-73.

Observa esta Sala que, en anteriores oportunidades, han sido impugnados en vía jurisdiccional los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente. En efecto, la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno, en virtud del principio de la universalidad del control de los actos del Poder Público que debe existir en todo Estado de Derecho, se pronunció afirmativamente sobre su competencia para conocer de las acciones de esta naturaleza, en sentencia de fecha 14 de octubre de 1999, recaída sobre la acción de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta por el Vicepresidente del entonces Congreso de la República contra el Decreto de fecha 25 de agosto de 1999, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente, que contenía la Regulación de las Funciones del Poder Legislativo, señalando lo siguiente:

“La Asamblea Nacional Constituyente electa el 25 de julio de 1999, tiene definido su régimen fundamental en las preguntas y Bases Comiciales consultadas en el Referéndum del 25 de abril de 1999. Estas Bases, por haber sido aprobadas en ejercicio de la soberanía popular son de similar rango y naturaleza que la Constitución. Por consiguiente, le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, ejercer el control jurisdiccional. (...) En el caso objeto de estudio, el control de la Corte, en Pleno, está fundamentado en el Referéndum Consultivo celebrado el 25 de abril de 1999, que fijó el marco jurídico político dentro del cual debe actuar la Asamblea. Es decir, en dicho Referéndum, el pueblo le precisó a la Asamblea Nacional Constituyente su misión, siendo esta “transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico”, e igualmente, le indicó límite a su actuación consagrado en la Base Comicial Octava del señalado Referéndum. De ello resulta que en el cumplimiento de su misión la Asamblea Nacional Constituyente está sometida, en primer lugar, a “los valores y principios de nuestra historia republicana”; en segundo lugar, “el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República”; en tercer lugar, “el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre” y en cuarto lugar; “las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos (...)” (...).

Tal como lo estableció la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno, las Bases Comiciales consultadas en el Referéndum del 25 de abril de 1999 y, que fijaron los límites de actuación de la Asamblea Nacional Constituyente, son –para el ordenamiento que rige el proceso constituyente– “de similar rango y naturaleza que la Constitución” y forma el fundamento normativo del proceso constituyente. También se dejó sentado, que las Bases Comiciales son supra-constitucionales respecto de la Constitución de 1961, es decir, que la Asamblea Nacional Constituyente no estaba sujeta a ésta y que dicha Constitución de 1961 sólo regía al Poder constituido”³³.

Dichas bases comiciales a las que hace alusión el fallo del año 2000, fueron las publicadas por el Consejo Nacional Electoral en su Resolución N° 990323-71 de fecha 23-03-1999³⁴. Las mismas fueron consultadas al país no en conciliábulo como lamentablemente ocurrió con el posterior Decreto Presidencial N° 2.878 de 23-05-2017, sino en un referéndum que marcó un hito en la historia constitucional venezolana. Desde allí las mismas adquirieron rango constitucional y su vigencia, según precisó la Sala, “*por argumento en contrario, sólo los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente*

³³ Sentencia N° 951 de 09-08-2000 (Caso: *Generoso Mezzocca Medina*).

³⁴ Publicada en Gaceta Oficial N° 36.669 de 25-03-1999.

con posterioridad a la publicación de la nueva Constitución estarían sujetos a ésta”³⁵.

Posteriormente, el ex Presidente Nicolás Maduro procedió a cometer otra irregularidad, como es la publicación de un segundo decreto concretando unas supuestas bases comiciales (Decreto N° 2.878)³⁶, éste último debió ser consultado en referéndum según lo expuesto en la sentencia (951/2000) citada *in extenso* de la Sala Constitucional. Al no ser consultado ni aprobado, el Decreto no adquiere rango constitucional por cuanto para que pueda suplir una laguna presente en el texto constitucional, requeriría ser sometido a consulta nacional (referéndum consultivo), que a diferencia de 1999, ahora éste tipo de consultas sí se encuentra regulado y fundamentado en el artículo 71 de la Constitución vigente que indica: “*Las materias de especial trascendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros; por acuerdo de la Asamblea Nacional, aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes; o a solicitud de un número no menor del diez por ciento de los electores y electoras inscritos en el Registro Civil y Electoral*”.

De esta forma, el Decreto N° 2.878 jamás gozó de jerarquía constitucional para que fuera válida la ANC de 2017, siguiendo el criterio jurisprudencial de la Sala, pues nunca se le consultó en referéndum. En materia de bases comiciales constituyentes, el Ejecutivo Nacional puede proponer un proyecto de las mismas, como de suyo, el entonces Presidente Chávez consumó mediante la designación al CNE de *las propuestas para las Bases de la Convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente* de fecha 09-03-1999³⁷, para que posteriormente, el CNE las consulte al cuerpo electoral venezolano.

Si bien es cierto, el 23-05-2017 en acto público el ex Presidente Nicolás Maduro consignó su proyecto de bases comiciales al CNE, éste último nunca ordenó la celebración del referéndum consultivo para aprobarlas o negarlas ante el pueblo venezolano. Este paso ha sido obviado, lo cual, debe forzosamente concluirse que el *Ciudadano Nicolás Maduro Moros en el citado Decreto 2.878 usurpó funciones constituyentes que sólo pueden ser aprobadas por el pueblo mediante consulta popular de conformidad con el artículo 71 de la Constitución*. Así, y siguiendo entonces el criterio asumido por la Sala Constitucional desde hace 19 años, las únicas bases comiciales de rango constitucional, hasta el momento válidas en Venezuela, son las afirmadas por la mayoría del pueblo venezolano en el referéndum consultivo del 25-04-1999. Si la ANC de 2017 hubiese sido consultada y escogida con dichas bases comiciales de 1999, jamás habría sido objeto de cuestionamientos sobre su legitimidad de origen.

³⁵ Sentencia N° 6 de 27-01-2000 (Caso: *Milagros Gómez y otros vs. Decreto de Régimen de Transición del Poder Público*).

³⁶ Publicado en Gaceta Oficial N° 41.156 de 23-05-2017.

³⁷ Publicadas en Gaceta Oficial N° 36.660 de 12-03-1999. Al respecto, véase Allan R. Brewer-Carías. “El desequilibrio entre soberanía popular y supremacía constitucional y la salida constituyente en Venezuela en 1999” *Revista Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 3 (1999): 31-56.

De esta manera, apelar al *claris non fit interpretatio* cuando la propia Sala lo ha desterrado en más de 20 años de jurisprudencia, no sólo es desconocer la dinámica propia de la hermenéutica en Venezuela sino que pone de relieve una sentencia atípica (378/2017) cuyo único fin fue fundamentar lo injustificable desde todo punto de vista, tanto en el contenido de fondo del *thema decidendum* como de la propia metodología para construir sus fallos asumida históricamente por la Sala Constitucional del TSJ venezolano.

1.2. Más allá de la exégesis a los artículos 347 y 348 de la Constitución de 1999, o sobre cómo Nicolás Maduro manipuló en su iniciativa el mecanismo de la ANC para modificar la “Nación venezolana” y hacerla “socialista”

El Decreto N° 2.830 de fecha 01-05-2017, así como el 2.878 (Bases comiciales) que estudiamos con anterioridad, introdujo en sus considerandos *graves afirmaciones de hecho y derecho* que no puede pasar por desapercibido y que la doctrina que analizó la supuesta legitimidad de Maduro para convocar una ANC, omitió basándose parte de su estudio en un argumento de autoridad como es afirmar que “Así lo ratificó la Sala Constitucional del TSJ en su sentencia 378/2017 de 31 de mayo”³⁸. Veamos lo que incluía el decreto:

...con la finalidad primordial de garantizar la preservación de la paz del País ante las circunstancias sociales, políticas y económicas actuales, en las que severas amenazas internas y externas de factores antidemocráticos y de marcada postura antipatria se ciernen sobre su orden constitucional, con el supremo compromiso y voluntad de lograr la mayor eficacia política y calidad revolucionaria de la construcción del socialismo, la refundación de la Nación venezolana.

Este primer considerando nos informó a los venezolanos sobre el verdadero propósito de la Asamblea Nacional Constituyente convocada el 01.05-2017. Indicó el entonces Presidente que es necesaria “la refundación de la Nación venezolana”. Al respecto debemos alertar esta grave afirmación. Según del DRAE, “*refundación es acción y efecto de refundar*”³⁹. Esto implica *apoyar o re-establecer* un nuevo pacto político societario así como nuevos valores sociales, es decir, si tomamos como referencia la histórica concepción que la Nación venezolana es equivalente al concepto de pueblo, entendido en el contexto de valores (*ethos*) y principios republicanos y democráticos.

Maduro de esta forma buscó en todo momento que la ANC rebasara los límites materiales impuestos por la Constitución de 1999 en relación a lo que puede hacer una ANC (artículo 347) que no es más que “*Transformar al Estado, Crear un nuevo Ordenamiento jurídico y Redactar una Nueva Constitución*”. Este argumento se ve reforzado con la mismísima exposición de motivos de la Constitución de 1999, que por cierto, fue analizada en las lí-

³⁸ Campains Silva. Ob. cit., 265.

³⁹ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. (Madrid, Vigésima segunda edición, 2001): 1927.

neas precedentes por la propia Jurisprudencia de la Sala Constitucional⁴⁰. Nos ilustra el constituyente en la citada exposición que la Asamblea Nacional Constituyente es “*el instrumento fundamental para garantizar al pueblo de Venezuela la posibilidad abierta de modificar sustancialmente el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, creando un nuevo texto constitucional*”.

Así, ha quedado muy claro que la ANC lo que pudiera en todo caso es Transformar al Estado venezolano y su ordenamiento jurídico –*in toto*– por medio de una Nueva Constitución. Nunca, pero nunca, una ANC podría ser establecida para “refundar la Nación”, sino al Estado sin mayores disquisiciones académicas. Es por ello que en su oportunidad denunciarnos (en primera persona y como demandantes) que los decretos de Maduro traían consigo un evidente fraude constitucional, siguiendo los mismos términos que la Sala ha trazado para definir éste último, como lo determinó en su sentencia de fecha 25-01-2006⁴¹:

Por otra parte, esta Sala considera pertinente aclarar la noción de fraude constitucional invocada por los accionantes. En efecto, en La Francia de Pétain, 1943, C. Lieut-Vaux donde observó y denunció la destrucción de las teorías democráticas en Italia, Alemania y Francia, mediante el procedimiento de cambio en las instituciones existentes aparentando respetar las formas y procedimientos constitucionales, como ocurrió con el uso fraudulento de los poderes conferidos por la ley marcial en la Alemania de la Constitución de Weimar, forzando al Parlamento a conceder a los líderes fascistas, en términos de dudosa legitimidad, la plenitud del poder constituyente, otorgando un poder legislativo ilimitado (G. Lieut-Vaux, “*Le Fraude a la Constitution*”, en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, abril-junio de 1943, pág. 116).

Por otra parte, la doctrina francesa del Derecho Público y el Derecho Constitucional comparado han diferenciado la expresión “*falseamiento de la Constitución*” (“*Faussement de la Constitution*”), que alude a esa situación en la que se otorga a las normas constitucionales una interpretación y un sentido distinto del que realmente tienen, que es en realidad una modificación no formal de la Constitución que la doctrina alemana llama (“*verfassungswandlung*”) o la trasgresión de la misma, mientras que el fraude a la Constitución se entiende como la utilización del procedimiento de reforma constitucional para proceder a la creación de un nuevo régimen político, de un nuevo ordenamiento constitucional, sin alterar el sistema de legalidad establecido. Una reforma constitucional sin ningún tipo de límites, constituiría un fraude constitucional, tal como lo sostiene Pedro de Vega en su obra “*La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*”.

En el decreto presidencial se observó cómo textualmente Maduro llamó a desconocer la propia Constitución de 1999, pues, como fue indicado *ut supra*, el artículo 347 impone el límite al trabajo de la ANC, que se dirige a la transformación del Estado no de la Nación. Esta denuncia se refuerza con la confesión presidencial que textualmente requiere de una ANC para *construir el “socialismo”*. Al respecto, debemos enfatizar que en ninguna de las manifestaciones histórico-político de Venezuela, se ha abrazado el socialismo como modelo ideológico para organizar al Estado y a la economía venezolana.

⁴⁰ Sentencia N° 355 de 16-05-2017 (Caso: *Jorge Enrique Blanco Ibarra y Otros Vs. Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal*).

⁴¹ Sentencia N° 74 de 25-01-2006 (Caso: *Partido político Acción Democrática Vs. Consejo Nacional Electoral*).

na. En la reforma constitucional de 2007⁴², rechazada por el pueblo venezolano en el referéndum celebrado el 02-12-2007⁴³, se barajó esta posibilidad de introducir el modelo socialista tal y como lo contemplaba la citada reforma en los siguientes términos:

Artículo 299. El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios socialistas, antiimperialistas, humanistas, de cooperación, de eficiencia, de protección del ambiente y de solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado, conjuntamente con la iniciativa comunitaria, social y personal, garantizará el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar la calidad de vida de la población, lograr la suprema felicidad social y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para lograr una justa distribución social de la riqueza mediante una planificación estratégica, democrática, participativa, política, económica y de consulta abierta.

Este artículo de la reforma *fue rechazado en el referéndum de 2007*. El Decreto de Maduro nunca debió incluir este tema sobre la construcción del socialismo, por cuanto, como ideología política jamás fue acariciada por la mayoría del cuerpo electoral venezolano. Es más, debemos indicar que en otro fallo de la Sala⁴⁴, ha expresado que los mecanismos constitucionales vigentes fundamentan instrumentos también extraordinarios para hacerle frente a cualquier contingencia que sufra la República, sin necesidad de reformar la Constitución. Señaló la Sala:

Al respecto, como antes se indicó, el Decreto sometido al control de esta Sala plantea desde su primer artículo, que el mismo tiene como objeto que el Ejecutivo disponga de la atribución para adoptar las medidas urgentes, contundentes, excepcionales y necesarias, para asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos, preservar el orden interno, el acceso oportuno a bienes, servicios, aumentos, medicinas y otros productos esenciales para la vida, dadas las situaciones fácticas y jurídicas bajo las cuales es adoptado y los efectos que debe surtir con la inmediatez que impone la gravedad o entidad de las circunstancias vulneradoras que el Poder Público, con facultades extraordinarias temporales derivadas del propio Decreto, pues el Presidente de la República como Jefe de Estado y del Ejecutivo Nacional está en la obligación de atender para restaurar la normalidad en el funcionamiento del sistema socio-económico, para ponderar y garantizar de forma cabal e inaplazable los derechos fundamentales de todos los ciudadanos y ciudadanas.

Por ello, se observa que se trata de un límite y ponderación legítima respecto del ejercicio de algunos derechos y garantías constitucionales, fundado en ra-

⁴² La propuesta de reforma fue presentada por el Ciudadano Presidente de la República en agosto de 2007, y sancionada por la Asamblea Nacional en fecha 02-11-2007. Sobre la normativa, véase [\[http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/elecciones/2007/referendo_constitucional/index_principal.php\]](http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/elecciones/2007/referendo_constitucional/index_principal.php). Sobre el texto propuesto para el referéndum aprobatorio de 02.12.2007, véase Allan R. Brewer-Carías. *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al proyecto inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de noviembre de 2007)*, (Caracas, EJV, 2007).

⁴³ Véase los resultados del referendo consultivo de fecha 02-12-2007 en: http://www.cne.gob.ve/divulgacion_referendo_reforma

⁴⁴ Sentencia N° 364 de 24-05-2017 (Caso: *Constitucionalidad del Decreto Presidencial N° 2.849 de 2017*).

zones excepcionales, cuyo único propósito es establecer un orden alternativo, temporal y proporcional dirigido a salvaguardar la eficacia del Texto Constitucional y, por ende, la eficacia de los derechos y garantías, en situaciones de anormalidad de tal entidad que comprometan la seguridad de la Nación, de sus habitantes, la armonía social, la vida económica de la Nación, de sus ciudadanos o ciudadanas, así como el normal funcionamiento de los Poderes Públicos y de la comunidad en general.

Observa esta Sala Constitucional que el Decreto n° 2.849 del 13 de mayo de 2017, mediante el cual se declaró el Estado de Excepción y de Emergencia Económica en todo el Territorio Nacional, atiende de forma prioritaria aspectos de seguridad económica, que encuentran razón, además, en el contexto económico latinoamericano y global actual, y resulta proporcional, pertinente, útil y necesario para el ejercicio y desarrollo integral del derecho constitucional a la protección social por parte del Estado, ineludibles para la construcción de una sociedad justa y amante de la paz y para la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo, conforme a lo previsto en el artículo 3 Constitucional.

De allí que se estime ajustado al orden constitucional y por ende procedente, que el Ejecutivo Nacional, constatadas las circunstancias suscitadas y que se mantienen en el espacio geográfico de la República, emplee las medidas amparadas por el decreto bajo estudio, en cumplimiento del deber irrenunciable e ineludible del Estado Venezolano de garantizar el acceso oportuno de la población a bienes y servicios básicos y de primera necesidad, así como el disfrute de sus derechos en un ambiente pleno de tranquilidad y estabilidad, asegurando el derecho a la vida de todos los habitantes de la República Bolivariana de Venezuela.

Por tanto, la ANC desde un inicio para introducir el socialismo, implicó un *flagrante fraude constitucional* según se ha precisado el concepto por los precedentes establecidos por la Sala. En fin, como analiza el profesor José Ignacio Hernández, las bases comiciales resultaron un duro golpe a la democracia venezolana⁴⁵.

2. La sentencia N° 455/2017 y la concreción nacionalizadora de la “Nación Única” y su errónea fusión con el concepto de Estado

Dilucidado el gravísimo problema que trajo consigo la confusión entre convocatoria e iniciativa de convocatoria, así como, el desconocimiento del entonces Presidente Maduro sobre las exigencias que la propia Sala Constitucional del TSJ había concretado a lo largo de sus 18 años de jurisprudencia en materia de ANC, procedimos en nuestro carácter de ciudadano legitimado para ello (acción popular) a la interposición de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad⁴⁶.

La Sala resolvió el recurso de nulidad contra el acto de gobierno (Decreto presidencial N° 2.878) contentivo de las *Bases Comiciales* que regularían

⁴⁵ José Ignacio Hernández. “Bases Comiciales: otro golpe a la democracia”. *Prodavinci*, Caracas, 23-05-2017: <http://prodavinci.com/blogs/bases-comiciales-otro-golpe-a-la-democracia-por-jose-ignacio-hernandez>

⁴⁶ El mismo lo interpusimos ante la Sala Constitucional, el cual fuera signado con el expediente número 610-2017.

la escogencia de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente. El recurso lo habíamos trabajado siguiendo las indicaciones metodológicas de Ronald Dworkin, que ante escenarios judiciales donde precisamente no existen límites hermenéuticos, es recomendable *armar la línea argumental de ese tribunal bajo una sola dirección troncal y lograr que se construya una única respuesta judicial correcta*⁴⁷. En efecto, para evitar someterse dentro de la hermenéutica garbosa de la Sala, asumimos narrativamente argüir sus propias decisiones a lo largo de 17 años (2000-2017), para así por lo menos someterla al *principio de autorrestricción argumental*, pues, si los desconocía, entonces, estaría también echando al cesto de la basura sus cientos de motivaciones que sustentaron decisiones judiciales en casi dos décadas de funcionamiento bajo el mote del “principio de la confianza legítima”. En pocas palabras queríamos comprobar si esta Sala Constitucional pudo ser fiel a sus propias decisiones.

Esta fidelidad la quisimos patentizar a través de la *intentio lectoris*⁴⁸, que ni siquiera reconoció, para así deshacerse del texto de la Constitución de 1999. Debemos recalcar, con toda indignación, que hubo una amnesia jurisprudencial forzada, adulterada y maniquea. La Sala mismo prefirió olvidarse de sus razonamientos y fortalecer el gobierno de los jueces a la criolla, que hemos venido denunciando desde hace unos 3 años⁴⁹.

2.1. Las advertencias de la Sala con otro thema decidendum no planteado por nosotros en la demanda

Como lo denunció en su oportunidad el profesor Brewer-Carías⁵⁰, la Sala en la sentencia 455 de fecha 12-06-2017, simplemente manifestó *negativa a impartir justicia*, rehusándose a decidir (*rectius*: argumentar) sobre las gravísimas denuncias de inconstitucionalidad que denunciábamos en el libelo de demanda. Además, en el capítulo V del fallo (Consideraciones para decidir), la Sala comienza por “advertirnos” sobre el contenido del fallo 378 de fecha

⁴⁷ Véase Julius Aarnio, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico, *Doxa*, N° 8 (1990): 31 y ss.

⁴⁸ En la hermenéutica fundamental, la intención como criterio para definir un texto es abordada desde tres ópticas: La interpretación como búsqueda de la *intentio auctoris*, la interpretación como búsqueda de la *intentio operis*, y la interpretación como imposición de la *intentio lectoris*. La teoría clásica ha primado el enfrentamiento de intenciones para la búsqueda de una respuesta hermenéutica armónica. En nuestro caso, el enfrentamiento es clarísimo entre la intención del autor de las normas (Constituyente) y la intención del intérprete (Sala Constitucional). Véase Umberto Eco. *Los límites de la interpretación*, (Barcelona, Editorial Lumen, 2000): 29.

⁴⁹ Véase Emilio J. Urbina Mendoza “¿Qué son las sentencias de gobierno? La nueva geografía de actos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 9 (2016): 295-355: http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2017/04/¿Que-son-las-Sentencias-de-Gobierno_-La-nueva-geografia-EJUM.pdf

⁵⁰ Allan R. Brewer-Carías, *El juez constitucional vs. el pueblo como poder constituyente originario (Sentencias de la Sala Constitucional n° 378 de 31 de mayo de 2017 y n° 455 de 12 de junio de 2017)*. Nueva York, 16-06-2017, p. 8: <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2017/06/161.-doc.-Sobre-proceso-constituyente-SC-sent.-378-y-455.pdf>

31-05-2017, el cual, resolvió un parcial recurso de interpretación sobre los artículos 347 y 348 constitucional. Al respecto debemos resaltar que en nuestro escrito no cuestionamos ni mucho menos planteamos el problema de la capacidad de convocatoria a una ANC, como legítimamente lo han denunciado otros accionantes, sino que nuestra demanda versó procesalmente sobre las bases comiciales planteadas por Nicolás Maduro, en razón que las mismas y todo el iter preconstituyente debía someterse a consulta popular, de conformidad con la propia jurisprudencia del TSJ.

De esta manera, la Sala olvida que ella al ser parte del sistema judicial, también se encuentra sometida a los límites legislativos impuestos en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil venezolano. Es más, en sentencia de fecha 09-05-2001⁵¹, esa misma Sala expresó que no puede ningún juez extralimitarse de lo estrictamente planteado como *thema decidendum*:

Ahora bien, en atención a la cuestión de mérito planteada, la Sala estima oportuno destacar que la función jurisdiccional implica un proceso de cognición realizado por los jueces, que persigue la aplicación del Derecho, en su sentido más amplio, a determinadas situaciones o relaciones fácticas que le son sometidas para su comprensión. Entendida así tal función, es necesario precisar que en la ejecución de su misión, los tribunales gozan de independencia, no sólo con respecto a los demás órganos del Poder Público, sino que además los jueces son autónomos e independientes cuando conocen y deciden un caso concreto, siendo soberanos en sus decisiones y en la apreciación de los hechos en que se fundamentan.

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

El producto de esa actividad interna de juzgamiento realizada por el órgano jurisdiccional, debe ser consecuencia de una conducta ajustada a Derecho y su aplicación tiene que limitarse a la determinación de la voluntad concreta de Ley que, incluso, puede obedecer a una operación racional que responda a valores del operador jurídico para un caso específico, pero siempre ceñida a las pautas dispuestas por el ordenamiento jurídico. Bajo tales premisas, la revisión de una sentencia definitiva pronunciada por un juez actuando dentro de sus competencias, exige una transgresión de tal naturaleza que autorice a esta Sala, para que de acuerdo con los nuevos lineamientos trazados en el recién instaurado esquema constitucional, intervenga, bajo ciertos parámetros, haciendo uso de sus amplias facultades de control de la constitucionalidad, en la labor decisoria ejecutada por los órganos jurisdiccionales en la administración de justicia, con el propósito de que permanezcan indemnes los derechos y garantías constitucionales, lo cual incide sobre ese principio tradicional que postula la libertad y soberanía que posee todo juez cuando administra justicia.

De tal manera que, si y sólo si se evidencia en una actuación jurisdiccional una infracción a las reglas o principios constitucionales o si la misma resulta contraria a la doctrina sentada por esta Sala Constitucional en la interpretación de

⁵¹ Sentencia N° 625 de 09-05-2001 (Caso: CANTV Vs. Sala de Casación Social).

tales normas, la injerencia de la Sala y el correspondiente control posterior que tenga como objetivo subsanar la violación producida, como una expresión de la potestad correctiva de la que goza, resulta conveniente.

Como bien lo resaltó la propia Sala en 2001, la actividad intelectual de todo juez está restringida por los límites impuestos por el conjunto normativo. Este marco normativo es también el procesal, previsto tanto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia como la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil. Es por ello que la Sala *ni puede advertirnos ni mucho menos está con facultad de imponer un criterio asentado en un fallo (378) que ventiló una interpretación parcial de los artículos 347 y 348 de la Constitución de 1999*. Al hacerlo, termina por transformar la función jurisdiccional en otra cosa que ella como Sala definió en sentencia N° 2.036 de fecha 19-08-2002⁵², al establecer:

Cabe destacar que, la función jurisdiccional es una actividad reglada, que debe adecuarse a ciertos parámetros interpretativos establecidos de manera previa y formal por el Legislador, donde la aplicación indefectible por el juzgador de ciertas consecuencias jurídicas se impone, ante determinados presupuestos de hecho.

Esta actividad reglada previene fórmulas de actuación para la magistratura en virtud de la cual si bien el juez dispone de la posibilidad de emitir juicios de opinión que obedezcan a su particular manera de comprender las situaciones sometidas a su conocimiento y posee un amplio margen interpretativo, debe, sin embargo, ceñirse en su actividad decisoria a los postulados legales que regulan tal actividad. En este sentido, se advierte como el ordenamiento jurídico introduce disposiciones normativas dirigidas especialmente a la actividad de juzgamiento.

Quisimos en nuestro escrito que la Sala se pronunciara sobre todos estos aspectos de constitucionalidad que había sido violentado en el Decreto de Nicolás Maduro tanto al momento de hacer la convocatoria (01-05-2017) tan igual al publicar unas bases comiciales que debieron ser sometida a referéndum consultivo, no pudiendo escudarse en la falacia circunstancial referida a que la Constitución de 1961 no contemplaba la ANC y por ello había que realizar la consulta. Debemos recordar que la Constitución de 1999 sí contempla la figura del referéndum consultivo en su artículo 71, amén que se asentó en 2000 por la propia Sala el criterio del rango constitucional de los actos preconstituyentes y los que se dictaren una vez instalada la ANC.

2.2. La falta de motivación al basar su justificación en razones inexistentes o “sucintamente”

Otro de los aspectos preliminares de la sentencia 455/2017, tiene que ver con la ausencia de una motivación frente a las gravísimas denuncias que planteáramos en el escrito libelar. Curiosamente, la Sala asume una extraña metodología, “resaltando” lo que ella entiende como “*presuntas razones de inconstitucionalidad*”. Expone la Sala que éstas son:

⁵² Sentencia N° 2036 de 19-08-2002 (Caso: *Plaza Suite I, C.A.*).

- a) Que en el primer Considerando del Decreto N° 2.878, se le asignan a la Asamblea Nacional Constituyente, atribuciones que exceden el artículo 347 de la Constitución de 1999, al proponer la construcción del socialismo y la refundación de la Nación venezolana.
- b) El Decreto Presidencial se encuentra en contradicción con el artículo 4 de la Constitución y colide con el carácter universal del sufragio.
- c) Que se desconoce el modelo federal venezolano y se atenta contra el principio de la soberanía popular, prevista en el principio de proporcionalidad poblacional.
- d) La falta de consulta popular de las Bases Comiciales, por oposición a la consulta por vía "referendaria" de las mismas en el proceso constituyente de 1999.
- e) Usurpación de la soberanía popular por la soberanía territorial, al contemplar las bases comiciales inconstitucionales que los constituyentes territoriales representarán a los municipios y no a los ciudadanos.
- f) Desconocimiento del principio de organización comicial en representación proporcional a la población en base federal y su sustitución por representación territorial municipal.
- g) Vicios de desfiguración del principio constitucional de la universalidad del sufragio al contemplar la representación sectorial.

Presentado los supuestos vicios, en forma baladí, la sentencia comenzó respondiendo al mismo con una frase nada acorde con el calibre de la pretensión procesal ventilada. Comenzaba la Sala por decirnos "*examinemos sucintamente los vicios denunciados*", empleando un adjetivo que no tiene cabida dentro de la actividad jurisdiccional como es el de "sucintamente".

Según el DRAE⁵³, la palabra sucinta implica el adjetivo de "Breve", "Compendioso", lo cual nos apunta que la revisión formulada por la Sala en el fallo (455/2017) es *superficial*. En sus propias palabras, pareciera que las denuncias de inconstitucionalidad no son graves, y que al contrario, no valía la pena verificar pormenorizadamente lo que planteamos en la demanda de fecha 30-05-2017 contra el primer decreto de Maduro que convocó de manera írrita una ANC. A nuestro juicio, la sentencia carece de motivación, no sólo por desechar el análisis constitucional que históricamente exige el control concentrado, sino que cualquier controversia, como ella misma ha recalado en otros fallos "*debe sustentarse en criterios de justicia y razonabilidad que aseguren la tutela efectiva de quien haya demostrado su legítima pretensión en el asunto a resolver*"⁵⁴.

Lo más peligroso de la sentencia, es que en la dispositiva, específicamente la cuarta, declara la "Constitucionalidad" del Decreto Presidencial N° 2.878 de fecha 23-05-2017 (Bases comiciales publicadas por Maduro), cuestión que no opera en la materia porque prácticamente la Sala se ha pronunciado *-urbi et orbi-*, haciendo del Decreto Presidencial una suerte de acto

⁵³ *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*. (Madrid, Tomo II, Vigésima segunda edición 2001): 2103.

⁵⁴ Sentencia N° 692 de 29-04-2005 (Caso: *Gaetano Minuta Arena y Rosa Santaromita vs. Ministerio de Agricultura y Tierras*).

de gobierno “*immune a cualquier otra acción*”, reeditando aquella vieja y ya superada controversia sobre los actos del Estado venezolano no controlables por el Poder Judicial⁵⁵. En pocas palabras, el resto de los recursos y acciones incoados contra las Bases Comiciales y la propia convocatoria de Maduro para la ANC⁵⁶, quedaron desechados de plano, sin que prive el legítimo análisis de cada pretensión propuesta, ya que, no sólo los vicios que nosotros denunciábamos pudieran ser precisamente los únicos presentes en los entonces decretos de Maduro.

2.3. El fin del concepto de fraude constitucional y la equiparación de la Nación al concepto de Estado o el retroceso a las concepciones monistas del siglo XIX

La primera denuncia, siguiendo el renglón cronológico propuesto en nuestro libelo de demanda, así como, la metodología errónea para responder empleado por la Sala, es el flagrante *fraude constitucional* que se concitó en esa oportunidad y que hoy, dos años después, ha sido verificado con las resoluciones que en la práctica ha ejecutado la ANC. No en vano el profesor Brewer haya compendiado recientemente, todos los proyectos de destrucción institucional concitados y aplicados en los últimos 20 años⁵⁷. En efecto, denunciábamos que explícitamente el Presidente de la República, en sus bases comiciales, convocaba la celebración de una ANC para “*refundar la Nación y construir el socialismo*”. Sobre el primero, formulamos algunas explicaciones que tanto en doctrina como en legislación, advierten coherentemente para diferenciar los conceptos conexos de Nación y Estado. Para ello, qui-

⁵⁵ En Venezuela, dado el sistema justicialista de control de los actos estatales, se encuentra presente el principio constitucional de “universalidad del control” de todos los actos u omisiones del Estado sea cual sea sus órganos o ramas que lo conforman. Hubo algún tiempo en nuestro país la noción de Acto de Gobierno, trasladada del sistema francés (*acte de gouvernement*), en el cual algunos actos de naturaleza política no eran justiciables, es decir, no controlables ni por la jurisdicción constitucional ni por la contencioso-administrativa. Esta tesis se superó en 1992 cuando la entonces Corte Suprema de Justicia, realizó una definición propia del acto de gobierno en Venezuela, como un “*Acto en ejecución directa de la Constitución*”. Para más detalles, véase Allan R. Brewer-Carías. “El principio de la formación del derecho por grados en la distinción entre el acto de gobierno y el acto administrativo, y el principio de la universidad del control judicial de los actos estatales”, *Revista de Derecho Público*, N° 131 (2012): 7-30. En contraposición a la tesis del profesor Brewer-Carías sobre este tema, véase Eloy Lares Martínez, *Manual de Derecho Administrativo*. (Caracas, UCV, 2001): 165-180. Véase Emilio J. Urbina Mendoza. “¿Qué son las sentencias de gobierno? La nueva geografía de actos en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, *Revista de Derecho Público*, N° 147-148 (2016): 33-66.

⁵⁶ Existen otros expedientes en la Sala, que para el 12-06-2017, todavía se encontraban sin resolver: 2017-467, 2017-505, 2017-510, 2017-565 (Propuesto por nosotros en compañía de la abogada Patricia Vargas Sequera), 2017-585, 2017-591 (UCV-JC) y 2017-599. Al dictarse la sentencia 455/2017, se ordenó, empleando mal el concepto de cosa juzgada, el decaimiento del objeto procesal del resto de acciones y demandas, las cuales, tenemos entendido, sostuvieron análisis bajo diferentes ángulos que los argumentos nuestros.

⁵⁷ Véase Allan R. Brewer-Carías. *Proyectos constitucionales del chavismo: para desmantelar la democracia y establecer un Estado socialista en Venezuela (Del principio al fin: 1999-2019)*. (Bogotá-Caracas, Editorial Temis-EJV, 2019).

simos precisar que el artículo 347 de la Constitución nos dice textualmente que la ANC servirá para “transformar el Estado”, no la Nación.

La Sala, empleando una vulgar *falacia de autoridad* (citar al renombrado y desaparecido Catedrático venezolano, Dr. Humberto J. La Roche), nos dice lo siguiente:

Por otra parte, cuando se hace referencia a la Nación venezolana, estamos enmarcados dentro de la teoría clásica francesa que asimila el Estado a la Nación. Como nos refiere el Dr. Humberto J. LA ROCHE en su texto de Derecho Constitucional (Tomo I. Parte General. Valencia. Vadell Hermanos Editores. 1999; pág. 277), en apoyo de esta posición, expone que Carré de Malberg decía que “el principio de la soberanía nacional no puede ser a la vez un atributo del Estado y de la Nación, y que la Nación no puede ser soberana al mismo tiempo que el Estado, sino con la condición de que formen una sola y única persona”. En definitiva, la Nación es un concepto esencialmente sociológico: no existe jurídicamente y no es sujeto de derecho, ni titular de la soberanía, sino en la medida en que se encuentra organizada por el estatuto estatal. Como dice LA ROCHE, “la Nación no es la substancia del régimen estatal sino su destinatario” (*idem*).

Nótese que emplea la obra del reputado profesor venezolano Humberto J. La Roche, que sin él tomar partido, la Sala le obliga a explicar lo inexplicable: *que la Nación y el Estado son lo mismo*. En la práctica, es la tesis similar de los gobiernos dictatoriales iberoamericanos del siglo pasado, que, para justificar su acción represiva, procedieron a la aplicación de un estatuto unitario y acallar cualquier manifestación –cultural, política, sociológica, autonómica– no conforme con el Estado único. Augusto Pinochet no dudó en aplicar esta concepción para silenciar la protesta de la tribu mapuche al afirmar que sólo existe una Nación: *la chilena*. En España, Francisco Franco también echó mano a la tesis de soberanía nacional (*Nación española*) para sosegar, luego de la guerra civil, las manifestaciones propias de las identidades vascas y catalanas. Hoy en día, siguen estos zigzagues, por lo que no entendemos cómo para España una tesis unitaria es nefasta, pero, si la aplica el TSJ venezolano afecto al chavismo, se observa como “*ejemplar jurisprudencia*”.

Nuestra sorpresa como profesor de Derecho Público desde 1999, es la manera en que la sentencia 455/2017, la misma que se dictara para responder nuestra demanda contra las bases comiciales para la ANC, resucitara una tesis francesa del siglo XIX, que sin identificarla, nos introduce a la anacrónica equipolación Nación-Estado que en otras latitudes hubiese sido punto de ignición u otras perturbaciones al orden público.

Afirmaciones como la expuesta por la Sala, ha sido el germen de las revueltas políticas y socio-culturales en España, Irlanda del Norte, Escocia, México y Chile. Contemporáneamente este tema parece direccionarse hacia la teoría del *Patriotismo Constitucional* popularizada por Jürgen Habermas⁵⁸,

⁵⁸ Al respecto, véase Jürgen Habermas, *Identidades nacionales y postnacionales*, (Madrid, Editorial Tecnos, 1989). También, en una versión más actualizada con la globalización, véase del mismo autor, *Ciudadanía e identidad nacional. Reflexiones sobre el futuro europeo*. En: *Facticidad y Validez*, (Madrid, Editorial Trotta, 1998): 619-643.

donde la Nación (o naciones) se diferencia del Estado, pero, que todo ciudadano en vez de tener un vínculo común identitario soportado sea a través del *ethos* o del *etnos* –como se hacía en los siglos XIX y XX– ese vínculo es ahora la Constitución y los valores constitucionales contemporáneos universalmente aceptados en defensa de los derechos fundamentales (*geschichtsbewußtsei und posttraditionale identität*). Sin embargo, muy a pesar de la novedosa doctrina propuesta, no existe hasta el momento un camino lo suficientemente claro para resolver las disputas sobre la autodeterminación de regiones, quedando el diálogo político sincero enmarcado dentro de la Constitución y los Tratados Internacionales sobre los derechos fundamentales.

Pero lo insólito no quedó allí. De forma sorprendente la Sala en un párrafo posterior a la afirmación equipolente Estado/Nación, acota la siguiente paradoja: “*Si no se realiza esta asimilación [Nación a Estado], no existirían en el mundo Estados compuestos (federales, confederados) ni unitarios ‘multinacionales’, como China*”.

Es decir ¿asumir la tesis monista Estado/Nación es la que ha permitido el reconocimiento de Estados compuestos? La contradicción en los razonamientos es evidente. Dentro de los Estados que han asimilado al concepto francés es donde precisamente los gobiernos han buscado acallar toda forma de autodeterminación y autonomismo, sea cual sea el grado del mismo. Ahora bien, la preocupación que nos atañe en Venezuela con esta teoría asumida por la Sala Constitucional en lo que respecta a la Nación-Estado, no estriba tanto en problemas de secesionismo o para sofocar alguna región con pretensiones separatistas. El peligro estriba que en nuestro país asumir entonces la conquista política del Estado, conllevaría imponer los valores nacionales como en algún momento lo hicieron los totalitarismos del siglo XX, llámese fascismo, nacionalsocialismo o marxismo-leninismo. Además, la Sala, también desconoce la existencia de otras naciones dentro del territorio venezolano, como por ejemplo, la nación Pemón, Yanomami o Yuca que la Constitución venezolana reconoce expresamente, incluyendo, su Derecho, sus prácticas ancestrales, usos y costumbres⁵⁹.

⁵⁹ El Capítulo VIII (De los derechos de los pueblos indígenas) del Título III de la Constitución de 1999, contempla todo un abanico de elementos y manifestaciones autonomistas que diferencian las tribus indígenas de lo que históricamente se ha denominado “La Nación venezolana”. El artículo 119 de la Constitución de 1999 contempla: “*El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley*”.

2.4. El nuevo concepto de acto estatal: la irrelevancia de los considerandos

Una de las conquistas del estado de Derecho es precisamente la juridificación del Estado y el sometimiento de sus actos a la constitucionalidad⁶⁰. Gracias a la progresiva procedimentalización, los actos emanados de sus diferentes órganos estatales deben someterse a una serie de requisitos para hacerlos válidos. Al fallar algunos de ellos, el acto o bien se torna nulo o anulable, según sea la categoría del acto (Vgr. actos administrativos, actos legislativos, actos judiciales).

Los considerandos forman parte de los actos estatales, ya que en ellos, sea el órgano administrativo o legislativo, precisa los fundamentos de hecho y de Derecho que permiten explicar lo decidido o acordado, según sea el caso. De igual manera, los considerandos establecen los fines del acto, incluyendo la más amplia de las teleologías. En el Decreto presidencial que habíamos impugnado, relativo a las Bases comiciales para la ANC, el entonces Presidente de la República introdujo los motivos por el cual ha tomado la decisión inconstitucional. En pocas palabras, una contradicción bajo cualquier óptica y lógica.

Como explicamos, en el Decreto se asume que la finalidad de la ANC es *refundar la Nación y construir el socialismo*, ambos conceptos, totalmente ajenos a los límites materiales de la ANC según el artículo 347 constitucional. La Sala, en una interpretación sorprendente del fallo 455/2017 nos advierte:

...si bien los considerandos pueden servir como base axiológica de un acto normalmente de naturaleza administrativa o de una declaración de principios, no forma parte del texto de tal acto. La parte normativa y vinculante del acto en cuestión está en el propio Decreto o en la Resolución.

Al no tener un contenido normativo y referir a razones precedentes al acto, usualmente tienen un valor relevante cuando invocan la potestad competencial, no conteniendo en absoluto propuestas vinculantes para el órgano encargado de la elaboración del nuevo texto fundamental.

(...)

En todo caso, menciones como la impugnada en un "Considerando", son irrelevantes a los efectos de examinar la constitucionalidad del acto (decreto), salvo si se tratara del fundamento constitucional de su competencia; así se decide.

Con esta sentencia la Sala golpea de muerte uno de los pilares de todo acto estatal: *la necesaria motivación*. De esta manera, al ser "irrelevante los considerandos", la exigencia de motivaciones en los actos estatales será optativa, dependiendo del grado de conciencia jurídica del órgano que lo emite. Con este criterio, cualquier dependencia estatal puede asumir cualquier decisión sin explicar sus razones, y ante un hipotético recurso de nulidad contencioso-administrativo o constitucional, alegaría como defensa la

⁶⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo*. (Madrid, Editorial Civitas, 1990): 35-38.

doctrina constitucional inserta en el fallo 455/2017 en razón que lo dispuesto por la Sala Constitucional del TSJ es vinculante para el resto del sistema de justicia venezolano⁶¹. Por tanto, el *vicio de inmotivación* que es frecuente en los actos administrativos, sería erradicado del derecho administrativo formal, entrando así en una etapa oscura para el Estado de Derecho venezolano. Inclusive, la desviación de poder, descontextualizada por la propia Sala al hacerla extensible hacia actos legislativos⁶², quedaría extirpada, proliferando cualquier tipo de acto con apariencia de legalidad pero cuyos fines no se corresponden con lo previsto en el bloque de legalidad o constitucionalidad.

Además, la Sala nos indica que la relevancia de los considerandos sólo se apreciaría en los casos cuando esos considerandos *establecen reglas competenciales del órgano*. Ante esto habría que preguntarnos ¿Cuál es el fundamento de esta afirmación gravísima para el Estado de Derecho?

2.5. La destrucción del principio de supremacía constitucional y la naturaleza de las bases comiciales

Otro de los puntos que sorprenden es la negación absoluta a cualquier consulta popular previa a la elección de la ANC. Esto lo afirmó en la sentencia 378/2017, y lo ratifica en la 455/2017, al calificar de “inoficiosa” pronunciarse de nuevo sobre este punto. Curiosamente jamás ha habido pronunciamiento previo sobre Bases Comiciales, pues la sentencia 378/2017, sólo aborda el problema de la iniciativa constituyente no sobre su constitucionalidad que sí había sido abordada en el año 2000 por la misma Sala, estableciendo parámetros para validar la iniciativa como la convocatoria, tal y como lo explicamos en las páginas precedentes. Por lo tanto, la Sala desconoce la realidad al establecer que hubo una interpretación previa cuando la sentencia 378/2017 jamás analiza el tema de la consulta popular sobre las Bases Comiciales, ni siquiera del decreto de convocatoria de la ANC N° 2.830; sino, sobre la iniciativa de convocatoria.

Sin embargo, en un párrafo precedente al marcado como d), la Sala indicó un trabalenguas propio del sofismo:

Las normas que regulan la materia están contenidas en las Bases Comiciales que corresponde presentarlas al convocante. El Constituyente sólo hizo referencia en el Capítulo III del Título IX, a la titularidad del poder constituyente originario: el pueblo de Venezuela (artículo 347); y a los funcionarios y ciudadanos que pueden ejercer la iniciativa de convocatoria en ejercicio de dicha soberanía (artículo 348). Si bien no hay referencia alguna a las Bases Comiciales en el articulado del Capítulo III, en la Constituyente de 1999 tal carga le correspondió al

⁶¹ El artículo 335 de la Constitución de 1999 establece: “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

⁶² Sentencia N° 259 de 31-03-2016 (Caso: Nulidad de la Ley de Reforma de la Orgánica del Banco Central de Venezuela).

Convocante y fue objeto de recursos jurisdiccionales y del control del Consejo Nacional Electoral, lo cual se ha dado en similares términos en la presente oportunidad. Así se decide.

No entendemos dónde fundamenta la Sala el enunciado “carga del convocante”, pues, ni la Constitución de 1999 ni los principios constitucionales aceptados motivan para que esto sea así. En todo caso, si como dice la Sala, el pueblo de Venezuela es quien tiene la titularidad del poder constituyente originario, entonces la carga de las Bases Comiciales es del pueblo y no de quien inconstitucionalmente tiene la iniciativa. Y esta aseveración es así, que como hicimos mención en el recurso, la Sala Constitucional en 2000 se había pronunciado sobre la jerarquía de las Bases Comiciales y de cómo se obtiene: *mediante el Referéndum aprobatorio*. Por eso, no entendemos cómo la Sala no concluye lógicamente este razonamiento, ordenando la celebración del Referéndum popular para que las Bases Comiciales propuestas por Maduro y modificadas por el CNE en fecha 07-06-2017⁶³, hubieran tenido validez y supremacía constitucional, y de esta forma, hablar plenamente de la legitimidad de la ANC de 2017. Legitimidad, que como vimos, no la tuvo desde sus inicios.

2.6. La aniquilación del principio de representación proporcional de la población y la infundada medida de “corrección numérica” de constituyentistas o de cómo se impone el principio de soberanía territorial a través del municipio en desmedro del modelo federal

La sentencia 455/2017 prosigue con sus incongruencias, sin importar si la justificación de sus razonamientos sea verosímiles. Tampoco le importó si en nuestro escrito libelar señaláramos las decisiones tomadas por ella misma desde 2001 en adelante, pues, siquiera en la sentencia 455/2017 hace mención sea para *cambiar de criterio* o bien para *ratificar la doctrina contenida* en aquéllas decisiones que la inauguraron en 2000. En pocas palabras, la Sala ignoró sus propios discernimientos como si no existiesen. Es más, llega a excesos injustificables cuando nos dice prácticamente que el proceso de escogencia de la ANC no responderá a los criterios e itinerario de cualquier elección tal y como lo prevé la Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPE)⁶⁴, pues, la “*conformación de un cuerpo o convención constituyente es diferente*”. Entonces, ¿esta elección de constituyentes (2017) no fue una elección en el sentido de proceso electoral?

La Sala precisa, como irónicamente ella explica –*una vez más hablar de la naturaleza de este proceso constituyente y a los principios que caracterizan al Estado democrático y social de derecho y de justicia*– que el *quid* del asunto sobre por qué no se aplica el principio de representación proporcional de la población: *la democracia directa*. Según el fallo, la democracia directa se ejerce:

⁶³ Resolución N° 170607-118 del Directorio del Consejo Nacional Electoral.

⁶⁴ En Venezuela, el instrumento legal rector de todo proceso comicial es la Ley Orgánica de Procesos Electorales, publicada en Gaceta Oficial Extraordinario, N° 5.928 de 12-08-2009.

...mediante los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía. Estos medios se mencionan en el artículo 70 constitucional y la "ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo". Múltiples son las modalidades de democracia directa que el Constituyente previó expresamente (como los referendos) y otros han sido desarrollados en las leyes del Poder Popular. Aunque los mecanismos de ejercicio directo de la soberanía no exigen en principio el mecanismo del sufragio, en algunos casos es necesario utilizar los comicios, normalmente universales, directos y secretos, en virtud del carácter masivo de algunas comunidades. Lo que sí es imprescindible advertir es que en la democracia directa, que implica la organización de grupos humanos según su especialidad laboral, profesional, su condición social, la necesidad de su especificidad étnica o cultural o la especial protección que requiere una discapacidad física, motora o etaria; hace que el convocante pueda y/o deba resaltar tales circunstancias para que su participación y sus derechos no se "pierdan" en la masa.

En la Constitución de 1999 el único artículo que garantiza la democracia no es el 63. En efecto, el artículo 63 garantiza en primer término la personalización del sufragio; y si bien el de representación proporcional es también reconocido, no podemos olvidar que estamos en presencia de un Estado federal particular que, al haber eliminado el Senado, ha instrumentado mecanismos para así asegurar en lo posible la igualdad de las entidades territoriales al margen del elemento cuantitativo de la población. Por ejemplo, el artículo 168 constitucional pauta que "cada entidad federal elegirá, además, tres diputados o diputadas".

Estos tres (3) diputados no tienen que ver con la base poblacional, es decir, que le corresponden tanto al Zulia o Miranda, como a Amazonas o Delta Amacuro.

Quiere significar la Sala, que de las Bases Comiciales se evidencia un mecanismo eleccionario particular que pretende una integración de la Asamblea Nacional Constituyente que respeta el artículo 62, base de la democracia participativa y protagónica; que contemple la personalización del sufragio, uno de los pilares de nuestra soberanía electoral, pero además, que garantice una adecuada representación territorial, a los fines de incorporar efectivamente a cada uno de los municipios que integran la República, en atención a su condición de "unidad política primaria de la organización nacional" (artículo 168 *eiusdem*).

Ningún sistema electoral es puro, siempre es mixto y el propuesto, que no está obligado a seguir a la Ley Orgánica de Procesos Electorales, es una modalidad que busca la personalización del sufragio y la representación nacional, a través de la unidad política fundamental: el municipio. Asimismo, la representación sectorial está en la base de la democracia directa, contemplada en la Constitución y desarrollada por el legislador (ver sentencia n° 355 del 16 de mayo de 2017). Así se declara.

La primera nota discordante es que la Sala acepta que la democracia directa no exige en principio el mecanismo del *sufragio*, sino el de *comicios* que podrían ser "*normalmente universales, directos y secretos*". Debe aterrizar a cualquier espíritu democrático que una Sala Constitucional, garante e intérprete último de la Constitución, propugne en sus fallos que puede existir otro mecanismo alternativo al sufragio universal, directo y secreto, como es el *comicio*. Éste último, en el decir de la Sala, no necesariamente puede ser ni universal, ni directo ni secreto; pero, incongruentemente es un mecanismo "democrático" de participación. Así, lo único que podemos concluir es que se consolida una tesis peligrosa para la democracia, como es el comicio, la

antítesis de la conquista democrática más emblemática del siglo XX venezolano⁶⁵: *el voto popular, universal, directo y secreto*.

La segunda nota es la confusión de la Sala al fundamentar que el convocante puede y/o debe resaltar algunas circunstancias específicas relativas a grupo, hecho social y otros, para así resaltar la participación y evitar que *los derechos se pierdan en la masa*. ¿Acaso los derechos políticos se pierden por ejercerlo en masa? A esto debemos calificarlo como una estupidez de gran calibre, pues, los derechos políticos de participación no tienen nada que ver con el origen de grupo o diferencias socio-económicas (Vgr. Pensionados, aprendices, etc.), como sí es posible aplicarlos para otros derechos sociales donde es hasta constitucional resaltar esas circunstancias que la Sala ahora quiere aplicar para los derechos políticos.

La tercera nota es la infeliz frase "*adecuada representación territorial*". Debemos recalcar lo que indicamos en el escrito de impugnación, y es que en Venezuela *no existe el principio de representación territorial como sí contemplaba la Constitución de 1961 al concebirse al extinto Senado*⁶⁶. Por ello no entendemos cómo la Sala Constitucional busca equilibrar los territorios en desmedro de su base poblacional. Esto es esencialmente antidemocrático e inconstitucional, pues, no puedo en nombre de una democracia participativa luchar por la "justa" representación territorial. Esto es un contrasentido de la Sala, que en sus párrafos precedentes descalifica a la democracia participativa, pero, traiga en defensa de otro modelo, el principio territorial más nefasto de la representación.

La cuarta nota es la negación al principio de legalidad electoral. Nos indica que la elección de la ANC no debían cumplirse los preceptos de la Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPE), ésta última, el estatuto básico de cualquier elección en Venezuela. Resalta la Sala que el modelo electoral para la escogencia de esta ANC es para "*personalizar el sufragio y proteger la representación nacional a través de la unidad política fundamental: el municipio*". Sobre este párrafo estamos de acuerdo con Brewer, cuando explica que las afirmaciones de la Sala son a la ligera, sin fundamento ni explicación, además de no ser creíbles al saberse que las leyes del Poder Popular desde 2010 precisamente ha ignorado al Municipio como unidad política primaria⁶⁷.

⁶⁵ Es importante resaltar que la introducción constitucional en Venezuela del sufragio universal, directo y secreto ocurre al incorporarlo en la Constitución de 1947 (arts. 79 y 81). La Constitución de 1961 mantuvo la tradición democrática (arts. 111 y 113), donde inclusive, le adicionó al sufragio el carácter de "función pública ciudadana". La Constitución de 1999 lo contempló de la siguiente manera: "*Artículo 63. El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de personalización del sufragio y la representación proporcional*".

⁶⁶ La Constitución de 1961 dividía al poder legislativo nacional (Congreso de la República) en dos cámaras: Senado y Diputados. El Senado, según el artículo 148 de la derogada Constitución, se elegían por sufragios dos senadores por cada estado, es decir, éstos representaban a las entidades federales y no a la población.

⁶⁷ Brewer-Carías. *El juez constitucional vs. el pueblo como poder constituyente originario*, 10.

La quinta nota está relacionada a la conclusión de que *la representación sectorial está en la base de la democracia directa, contemplada en la Constitución y desarrollada por el legislador*. Esto es falso, pues ni en el texto constitucional de 1999 ni mucho menos el legislador está autorizado para concretar una fragmentación al principio de igualdad ante la ley como ya explicamos. Para que tenga fundamento una representación sectorial, el constituyente debió ser taxativo y enunciarlo de forma clara, precisa y sin ambigüedades. En ningún artículo del texto de 1999, se contempla este tipo de representantes, salvo, el 186 que precisa expresamente la representación indígena.

La sexta nota tiene que ver con el recalco que la Sala hace sobre la *“adecuada representación territorial, para que todos los municipios tengan voz y voto y el resultado de la Asamblea no implique la imposición de unos pocos estados cuantitativamente mayoritarios”*. La Sala pareciera asumir que la distribución poblacional del territorio venezolano fuera la misma que en 1958. En Venezuela existe, con el progresivo proceso de urbanización, una concentración poblacional en todas las capitales de los estados, inclusive, ha vivenciado desde finales de los años 80 del siglo XX, un retroceso poblacional de Caracas, pues, quienes habían emigrado del campo a la capital venezolana poco a poco fueron revirtiendo el proceso, pero, en vez de retornar a los campos, muchos lo hicieron hacia las capitales de sus respectivas entidades federales. De allí que no compartimos esa aseveración de una supuesta imposición de los pocos estados cuantitativamente mayoritarios como fundamento para concretar una *“adecuada representación territorial por medio de los municipios”*. Incluso, es baladí expresar que cada municipio tendrá *“voz y voto”*, cuando, repetimos, en Venezuela no está consagrado en la Constitución de 1999 el principio de representación territorial.

3. La solicitud de aclaratoria de sentencia ante la redacción oscura de algunos párrafos de la sentencia N° 455/2017

Fugit irreparabile tempus, ante la gravedad de los razonamientos del fallo 455/2017, decidimos, como parte actora, presentar un escrito de aclaratoria, con el objeto de despejar dudas controvertibles sobre párrafos de la sentencia tal y como explicamos en las líneas precedentes. Nos preocupó que dentro de un ESTADO de Derecho, la Sala Constitucional justifique la discriminación como tesis constitucional, a través de lo que ella denomina en el fallo 455/2017 *“presencia privilegiada de sectores sociales”*, que para mayor indignación, estos sectores son concretados por el legislador a través de las leyes del Poder Popular.

Lamentablemente, la aclaratoria fue resuelta por la Sala resolviendo que la misma fue extemporánea⁶⁸, es decir, quedó consolidado en el discurso jurisprudencial venezolano todas y cada una de las incongruencias ante-

⁶⁸ Sentencia N° 713 de 14-08-2017 (Caso: *Aclaratoria del recurso de nulidad contra las bases de la ANC*).

riormente explicitadas. Por ello, quisimos exponer que no sólo alegando la sentencia 378/2017 de la Sala Constitucional queda avalada la supuesta “legitimidad de Maduro para convocar a una ANC”, sino, que se cristalizan criterios antidemocráticos tanto en los fallos conexos precedentes (355/2017) como los sucesorios (455/2017).

Conclusiones

Quisimos en el recuento histórico-constitucional explicitado en las páginas precedentes, no sólo plantear un análisis sistemático de lo que realmente ocurrió con las batallas judiciales que libramos ante la Sala Constitucional del TSJ para evitar que se convocara e instalara la ANC contrario a Derecho. Buscamos exponer los pormenores no sólo desde la óptica del profesor universitario sino también como el abogado litigante (parte actora) que inició dichos procesos judiciales. La sentencia 378/2017 es una anomalía jurisprudencial de la Sala, de cara a sus propios criterios hermenéuticos consolidados desde 2000 hasta nuestros días. Además, poco o nada puede deducirse de la 378/2017 si no se tiene muy en claro su precuela (355/2017) como su secuela (455/2017).

En primer lugar la Sala impuso, con un forzoso trabajo argumental, la ANC que hasta la fecha, casi al cumplirse dos años de su convocatoria, ni siquiera ha presentado ante el país un borrador de la nueva Constitución venezolana. Sólo se ha contentado con aprobar materias propias de la legislación ordinaria. Además, la ANC es el instrumento para silenciar al Poder Legislativo Nacional (Asamblea Nacional) electa democráticamente, mediante sufragio universal, directo y secreto, en diciembre de 2015.

En segundo lugar, para subvertir el orden lógico y los precedentes jurisprudenciales, la Sala en el fallo 455/2017 asume tesis monistas y argumentaciones que más bien complican la tranquilidad institucional venezolana, como es el caso de la asunción de la tesis de la Nación/Estado, propia de un siglo XIX con pretensiones de someter cualquier manifestación legítima de autonomismo político, cultural o sociológico. El motivo para nuestro país es que al asumir la equipolencia, quien controle el Estado nacional terminaría controlando la Nación a su antojo.

Tercero, que más allá de aclarar, el fallo 378/2017 lo que hace es borrar las sutiles distinciones entre la iniciativa de convocatoria a una ANC y la convocatoria en sí. Al desdibujar esta frontera conceptual, Maduro pudo imponer una forma de control supraconstitucional que terminó reprimiendo cualquier disidencia democrática o base institucional que limitara sus poderes como Jefe del Estado venezolano.

DESAFÍOS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA VENEZUELA ACTUAL A LA LUZ DE LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA

Ricardo Combellas*

I

La representación es una invención conceptual independiente del concepto de democracia, por ende históricamente se han desarrollado formas de representación política no necesariamente democráticas. Tales son los casos, a título de ejemplo, de la representación estamental y de la representación corporativa, aparte de que la única democracia conocida antes del surgimiento de la democracia moderna, la democracia antigua ateniense, tenía como instrumento por excelencia de actualización de la democracia el sorteo, no la elección de delegados, y menos de representantes (cfr. Manin, 1998).

En palabras de (García-Pelayo, 1991, p. 2690):

Re-presentar, en su genuino y general sentido, significa dar presencia a algo que está ausente, convertir en entidad actuante a algo que por sí mismo es incapaz de actuar, dar realidad existencial a aquello que por sí mismo no puede realizar ciertos actos de existencia. El objeto de la representación política es hacer capaz de decisiones a una entidad que por sí misma es incapaz de decidir permanentemente y como quiera que la existencia política sólo puede actualizarse a través de decisiones, resulta de ello que sólo mediante la representación se actualiza la unidad representada.

El resurgimiento de la democracia con el impacto de las revoluciones liberal-burguesas de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX planteó un debate en las asambleas constituyentes de la época entre los partidarios de la democracia directa (llamados no por casualidad demócratas o demócratas radicales, seguidores de Rousseau, que consideraba que la democracia no podía ser representada), y los partidarios del gobierno representativo, para quienes si bien el principio de legitimidad se sostiene en el consentimiento de los gobernados, este se actualiza a través de la elección de representantes. (Sieyès, 1993) diseñó un artilugio para reconciliar la democracia con la

* Abogado y Doctor en Ciencias Políticas, UCV. Profesor Titular Jubilado, UCV. Presidió por cinco años (1994-1999) la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE) y fue representante ante la Asamblea Nacional Constituyente el año 1999. Ha escrito libros y ensayos en temas vinculados al constitucionalismo desde la perspectiva política, la política venezolana y los partidos políticos.

representación, al dividir la ciudadanía en pasiva (todos los ciudadanos) y activa (los que califican como representantes), seleccionados por criterios censitarios.

Dicho en términos sencillos, las olas democratizadoras que ha experimentado el mundo en estos doscientos años, son manifestación de la lucha por cerrar la brecha entre las dos ciudadanías, solidificarlas en una sola idea, un solo concepto, consustanciado con la participación de todos, en tanto ciudadanos (el pueblo, como dice correctamente Bobbio, 1986, es el conjunto de ciudadanos), en las decisiones que en definitiva a todos nos conciernen, es decir las decisiones políticas, referidas al bien común que debe guiar la vida de la comunidad política, a la que todos pertenecemos.

Dado que la ideología triunfante de las revoluciones que los historiadores no por casualidad identifican como liberal burguesas lo fue el liberalismo, este ahora como ideología hegemónica, derrotado el republicanismos roussoniano, y en tanto artífice del moderno constitucionalismo, diseñó su particular y funcional forma de conciliar la democracia con la representación, la ahora llamada democracia representativa de cuño liberal, que tampoco por casualidad también la denominamos (y seguimos abusivamente denominándola) como democracia liberal. En efecto, para los liberales (y por ende para el constitucionalismo clásico) la democracia representativa se reviste de tres requisitos (cfr. Bobbio, 1986): el mandato libre, con lo cual se pretende liberar al representante de las viejas ataduras medievales del mandato imperativo; la representación nacional, pues ahora el representante representa a la nación en su conjunto, es decir la totalidad de la nación, cuyo interés libremente interpreta, no cualquiera de sus partes, sea la ciudad o la provincia que lo elige, tampoco el estamento ni el gremio; y en tercer lugar, el principio de mayoría, en otras palabras la legitimidad de las decisiones se expresa en el voto mayoritario de los representantes en la asamblea, no por casualidad calificada por los revolucionarios franceses a partir de entonces como asamblea nacional.

II

Las luchas sociales por la conquista del sufragio universal, desde por lo menos el último tercio del siglo XIX hasta por lo menos mediados del siglo XX, aparejaron el surgimiento de un modelo de partido, el partido de masas, diseñado como mecanismo eficaz, precisamente, para organizar y movilizar al creciente número de votantes en los eventos electorales donde se decidía la lucha agonal por obtener la mayoría, lo cual cristalizaba en el parlamento, la institución política representativa por excelencia (todavía hoy) de las democracias contemporáneas. En efecto, los nuevos partidos, articulados organizativamente en torno a una estructura rígida presente a lo largo y ancho del territorio nacional, y jerarquizados verticalmente gracias a un comando decisonal único (la dirección nacional) bajo el principio del centralismo democrático, se convirtieron, al unísono de la emergencia de las masas en la política (la bestia negra del conservatismo liberal, como es patente

en la conocida obra de (Ortega, 1963) sobre la rebelión de las masas), en los actores principales de las democracias de raigambre liberal.

Consecuencia de este proceso histórico, la democracia representativa liberal sufrió dos cambios de gran magnitud, que nos llevan a definir la democracia representativa actual como democracia de partidos: primero, el mandato libre es sustituido por el mandato de partido, pues ahora los representantes son disciplinados militantes que siguen obligatoriamente la línea que les impone la dirección partidista desde fuera de las asambleas representativas; y segundo, la interpretación del interés nacional se realiza ahora, no a través del juicio volitivo individual del representante, sino a través de la plataforma decisional (el programa ideológico y el programa de gobierno) que decide colectivamente el partido. En suma, el único componente de la democracia representativa de cuño liberal que sobrevive en la democracia de partidos es el principio de la mayoría, producto menos del debate parlamentario y más de los acuerdos que se “cocinan” fuera de las asambleas representativas, pues se resuelven preponderantemente en los conciliábulos de los partidos.

Kelsen, tuvo el mérito de ser de los primeros en analizar, por cierto con gran agudeza (en su obra *Esencia y valor de la democracia*, aparecida por primera vez el año 1920, revisada y ampliada en su segunda edición del año 1929), la profunda transformación que se estaba llevando a cabo, y que se condensa en su señera frase: *“La democracia, necesaria e inevitablemente, requiere un Estado de partidos”*. Los partidos pasan a ser los actores protagónicos por excelencia de la democracia moderna, reduciéndose la participación de los ciudadanos exclusivamente al ejercicio del derecho al sufragio. En palabras del propio (Kelsen, 1977, p. 47), verdadero precursor de la teoría elitista de la democracia (que retomarían muchos años después Schumpeter y sus epígonos): *“La democracia del Estado moderno es una democracia mediata, parlamentaria, en la cual la voluntad colectiva que prevalece es la determinada por la mayoría de aquellos que han sido elegidos por la mayoría de los ciudadanos. Así, los derechos políticos –en los que consiste la libertad– se reducen en síntesis a un mero derecho de sufragio”*.

En pocas palabras, la funcionalidad del sistema impone necesariamente el aceptar la nueva realidad de la “sobrerrepresentación” de los partidos y la “infraparticipación” de los ciudadanos, que deben contentarse en la “nueva democracia” con la elección de la mayoría que nos debe gobernar. La democracia es concebida ahora como procedimiento, democracia electoral, abandonándose en consecuencia los añejos valores de la participación ciudadana y el autogobierno.

III

La democracia de partidos no se estabilizó como en un lecho de rosas en el seno de la sociedad moderna. Tuvo que batallar con formidables enemigos. Por una parte los totalitarismos comunistas y fascistas, que en algunos casos, como todos sabemos, destruyeron los cimientos de la democracia liberal. La batalla más dura, que resurge como ave fénix cada cier-

to tiempo, cuando se debilitan los resortes que vitalizan las democracias, es la que se libra contra el comunismo y los socialismos antilibertarios (para distinguirlos de los socialismos democráticos, que han conciliado con bastante éxito las libertades civiles y políticas con las libertades sociales), algunos de ellos por cierto palmariamente fascistas en los hechos (el criptofascismo está presente de forma encubierta, como lo revela la admiración de los “revolucionarios” por el Estado total, en los socialismos antilibertarios que pululan engañosamente en nuestra “era posmoderna”). En efecto, el llamado socialismo revolucionario mostrando en los hechos su cara autoritaria, y como lo demostró la insalvable división del movimiento socialista en la II Internacional (1890-1914), abjuró definitivamente de los ideales libertarios de la Revolución Francesa, despectivamente calificada su democracia como democracia burguesa, e intentó, inspirándose en la experiencia de la Comuna de París del año 1871, infructuosamente construir un modelo alternativo, la “democracia de consejos”, que devino en los hechos en dictadura, en tres fases que la experiencia histórica no revela necesariamente como sucesivas: primero, dictadura del proletariado, segundo, dictadura del partido, y tercero, su posterior degeneración en dictadura totalitaria bajo la conducción de un líder supremo y su expresión en el culto de la personalidad.

Si el primer enemigo de la democracia de partidos es un enemigo exógeno, el segundo es endógeno, un fenómeno ya analizado en los años de sostenido crecimiento de los partidos de masas en Europa por el politólogo alemán Michels, en su libro *La sociología del partido político*, cuya primera edición data del año 1911. Se trata de las tendencias oligárquicas de los partidos, que consecuencia de factores psicológicos, organizativos y de aquellos vinculados al liderazgo, que no cabe analizar aquí, conspiran contra los ideales democráticos que pretenden defender, en suma, la conversión del instrumento en un fin en sí mismo, la formación de oligarquías y la perpetuación del liderazgo en detrimento de la aspiración democrática al debate deliberativo, la fluidez de la renovación del liderazgo y las demandas de participación ciudadana en la gestión pública. Con la “mineralización” de la democracia de partidos, transmutada ésta en partidocracia, los partidos de masas exitosos (los llamados partidos del estatus), pasan a controlar herméticamente la vida política, al mediatizar la representación, gracias al diseño de un sistema electoral funcional a sus intereses, y “colonizar” la sociedad civil, al “colorear” políticamente sus acciones y decisiones, al unísono de intentar también “colonizar” el Estado, muchas veces con éxito en los sistemas donde no se ha desarrollado el *civil service*, lográndose incluso hasta desvirtuar el dogma constitucional de la separación de poderes, gracias al control partidista del sistema judicial, en detrimento de su proclamada independencia y autonomía.

IV

Estabilizados los sistemas políticos democráticos, con el exitoso *welfare state* de los años cincuenta y sesenta, amén de los profundos cambios producidos en todas las esferas de la vida humana por la era posindustrial y su expresión en la revolución tecnotrónica, sobre todo para nuestro tema

por su impacto sobre la comunicación de masas, la democracia de partidos fue sometida a fuertes tensiones que afectaron irremisiblemente sus soportes representativos. Echemos una rápida ojeada a algunos de esos cambios: primero, el fenómeno de la desideologización, la crisis de las ideologías (que no conduce, por cierto, necesariamente al “fin de la historia”) y su derivación en la “despolitización” de una sociedad opulenta y satisfecha consigo misma gracias al bienestar (y su protuberante síntoma en la creciente apatía política), arrojó como una de sus consecuencias la flexibilización de los partidos de masas, partidos que en la mayoría de los casos habían nacido como partidos ideológicamente *heavy*, transformados ahora en lo que (Kirchheimer, 1966) calificó como *catch-all-party*, partidos de todos y para todos, partidos “autobús”, de donde me puedo bajar y subir sin ningún remilgo ideológico y menos existencial; segundo, el predominio de un tipo de político profesional (la política deja de ser una vocación, para convertirse en una profesión) que (García-Pelayo, 1974) denomina “político manipulador”, caracterizado por su inmediatez, el no asumir la responsabilidad de sus actos, la sustitución del pensamiento crítico por la farragosa manipulación del lenguaje, y su incapacidad para discernir las crisis morales de la sociedad. Ya lo decía (Weber, 1967, p. 155) en su célebre conferencia sobre la política como profesión: *“En último término, no hay más que dos pecados mortales en el terreno de la política: la ausencia de finalidades objetivas y la falta de responsabilidad, que frecuentemente, aunque no siempre, coincide con aquélla”*; y tercero, la “personalización” de la política, dado que el dirigente político se despega lo más posible del aparato del partido, producto en buena medida de la videopolítica.

Como afirma (Sartori, 2002) la imagen, sea la producida por la televisión, sea la producida por otras formas de comunicación, sobre todo la internet, pasa a ser un poder que se ubica en el centro decisivo de todos los procesos políticos contemporáneos, sustituyendo la nostálgica unión en torno a las casas y seccionales de los partidos, y donde el mitin es superado por la televisión y el resto de los medios de comunicación masiva.

En conclusión y como resumen de los cambios producidos en el sistema de representación de las democracias contemporáneas, podemos señalar dos grandes líneas de argumentación (cfr. Linz, 2007):

Primero, la democracia continúa siendo conducida por los partidos; calificados éstos como condición necesaria pero no suficiente de la democracia moderna. Sin embargo, donde predomina la oligarquía y los partidos se cierran a la participación, terminan imponiéndose las tendencias neocorporativas (partidos, grandes corporaciones, sindicatos burocráticos, tecnocracias y burocracia estatal) en la conducción del sistema político, en detrimento de la participación popular.

Segundo, la crisis del Estado de bienestar se manifiesta como una crisis de ciudadanía, pues el común del pueblo, los “indignados”, siente una creciente insatisfacción ante las carencias para alcanzar una vida medianamente digna, de lo cual se resiente su apoyo a los partidos, y un sentimiento de frustración ante “poderes invisibles”, a los cuales no puede acceder ni

controlar. Se experimenta una crisis de la política y una insatisfacción del actuar de los políticos, con lo cual la democracia es un vivir sufriente, un ideal del cual olvidamos fácilmente sus virtudes y méritos. Cito largamente a (Sartori, 2009, p143-144), pues no sobra nada en sus palabras:

¿La democracia está en peligro? Me temo que tengo que responder que, a largo plazo, sí.

La democracia es una “gran generosidad”, porque para la gestión y la creación de la buena ciudad confía en sus ciudadanos. Pero los estudios sobre la opinión pública ponen en evidencia que esos ciudadanos lo son poco, dado que a menudo carecen de interés, que ni siquiera van a votar, que no están mínimamente informados. Por tanto, decir que la democracia es una gran generosidad subraya que la democracia está potencialmente en peligro.

Sin embargo, tenemos que distinguir entre la máquina y los maquinistas. Los maquinistas son ciudadanos, y no son nada del otro mundo. Pero la máquina es buena. Es más, en sí misma, es la mejor máquina que se ha inventado nunca para permitir al hombre ser libre, y no estar sometido a la voluntad arbitraria y tiránica de otros hombres. Construir esta máquina nos ha llevado casi dos mil años. Intentemos no perderla.

V

Intentaré a continuación unas reflexiones sobre la Venezuela actual y su régimen, sus problemas de representación y participación, sus partidos, amparado en la guía de la Constitución.

Comenzaré con la Constitución, pues siempre debemos tener en cuenta que el derecho es a las instituciones políticas lo que los huesos son al cuerpo. Lamentablemente, y esto hay que decirlo, vivimos una suerte de esquizofrenia constitucional. La Constitución formal, es decir la refrendada por el pueblo el 15-12-1999, por lo menos para el régimen y sus decisiones políticas, está supeditada a la Constitución sociológica (me remito a mi ensayo *Entre dos Constituciones. La dialéctica constitucional de la V República*), por lo cual me concentraré, independientemente de las implicaciones de lo que acabo de afirmar, en la única legítima, y además legitimada por el voto popular, es decir la Constitución de 1999.

Nuestra carta magna, la primera de nuestra historia constitucional, y seguramente una de las pocas del mundo actual, erigió como principio fundamental, y por ende de todo el ordenamiento jurídico, el principio de la participación, además de pautar dentro del mismo texto constitucional los mecanismos de su implementación. El principio de representación es relevante para nuestra Ley Superior, pero se encuentra subordinado al principio participativo. Nuestro sistema es participativo-representativo y no representativo-participativo, que es la pauta que rige en la inmensa mayoría de las constituciones vigentes en el mundo. El énfasis en lo participativo, la prelación de lo participativo sobre lo representativo, es el cambio más original y profundo de la Constitución de 1999. No dudo en calificar la decisión del constituyente como una ruptura epistemológica de la cual seguramente no estamos suficientemente conscientes, pues si se lleva a la práctica el programa constitucional, por lo demás es su desiderátum, debería transformarse radical-

mente el sistema político venezolano. Por los momentos ya es bastante con reconocer la vastedad del desafío, y preguntarnos si el conjunto o por lo menos la mayoría de los ciudadanos está dispuesto a arrostrarlo. Magna tarea, pues implica educación, formación y conciencia cívica, virtudes republicanas, ciudadanía activa, voluntad política, condiciones que no estoy seguro si abundan en grado suficiente como deseamos, en nuestra cultura política. Esta tarea algunos la considerarán utópica, no lo discuto, pero estamos hablando de un mandato constitucional. Si no estamos de acuerdo, lo más sensato es proceder a la revisión de la Constitución y volver (o idear uno parecido) al paradigma representativo de la Constitución de 1961. Dentro del modelo participativo-representativo que consagra nuestra Constitución, es de desear, es mi criterio, que se fortalezcan los siguientes principios y estructuras, en aras de la transformación participativo-representativa del sistema político venezolano:

Los partidos, condición necesaria (aunque, recalco, no suficiente) de la democracia moderna, requieren reconvertirse en estructuras de participación. Construidos de abajo hacia arriba, no de arriba hacia abajo, deben predominar en su organización las relaciones horizontales sobre las verticales. En este sentido, uno de los principios de la tradición partidista nacional que debe desecharse es el principio del centralismo democrático, de origen leninista, y sustituirse por el principio de la descentralización democrática, más adecuada a la federación descentralizada, que como precepto rector modela la forma territorial del Estado que establece la Constitución de 1999. Por supuesto, también insistimos en el fortalecimiento de los derechos de los militantes, la garantía de la democracia interna y la renovación fluida de los cargos y su conveniente temporalidad y rotación, que impida la perpetuación del liderazgo. Además, los partidos deben ser escuelas de formación democrática, más aún dada su función de reclutamiento de los cuadros dirigentes del Estado.

La Constitución de 1999 establece una modalidad cooperativa de federalismo, lamentablemente despreciada y desechada por el régimen, dada su política de recentralización. La fuerza argumentativa de la Exposición de Motivos de la Constitución habla por sí sola, eximiéndome de cualquier comentario adicional. Cito textualmente:

En cuanto a la estructura del Estado venezolano, el diseño constitucional consagra un Estado Federal que se define como descentralizado, para así expresar la voluntad de transformar el anterior Estado centralizado en un verdadero modelo federal con las especificidades que requiere nuestra realidad. En todo caso, el régimen federal venezolano se regirá por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad que son característicos de un modelo federal cooperativo, en que las comunidades y autoridades de los distintos niveles político territoriales participan en la formación de las políticas públicas comunes a la Nación, integrándose en una esfera de gobierno compartida para el ejercicio de las competencias en que concurren. De esta manera, la acción de gobierno de los municipios, de los estados y del Poder Nacional se armoniza y coordina, para garantizar los fines del Estado venezolano al servicio de la sociedad.

Una de las innovaciones de la Constitución de 1999 es el reconocimiento del principio de corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil (vid. entre otros los artículos 4, 184, 165 y 326 del texto fundamental de la República). A mi entender, el principio de corresponsabilidad tiene su anclaje en el concepto de Estado democrático y social de derecho. En efecto, éste, a diferencia del Estado liberal de derecho, implica no la separación sino el entrecruzamiento del Estado y la sociedad civil, manifestación de los fenómenos de socialización del Estado y estatización de la sociedad (vid. García-Pelayo, 1980). A diferencia del pasado, lo público no se entiende hoy como una esfera referida exclusivamente al Estado. Lo público en la contemporaneidad se desdobra en “lo público estatal” y “lo público no estatal” (Bresser Pereira y Cunill, 1988), esfera ésta última donde, gracias al principio de corresponsabilidad, pasa a tener una participación activa la sociedad civil. Esto significa un deslinde de cometidos: los que la Constitución reserva exclusivamente al Estado y los que comparte solidariamente con la sociedad civil, y por ende con la compleja y plural red de organizaciones y otras formas asociativas a través de la cual aquella se manifiesta.

En la sociedad moderna el poder y la influencia de los medios de comunicación social ha crecido enormemente, lo que exige una mayor carga de responsabilidad por sus actuaciones, en ejercicio del legítimo derecho ciudadano a expresar sus pensamientos, ideas y opiniones. Es un tema complejo y espinoso sobre lo cual no voy a abundar aquí, sólo para limitarme a recalcar la necesidad de la creación de un auténtico sistema de radiodifusión de servicio público que implique la participación de la sociedad civil, así como el fortalecimiento de las garantías del derecho ciudadano a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, como lo pauta el artículo 58 de la Constitución.

Last but not least, unas palabras finales de reflexión sobre el control democrático de las instituciones del Estado. El reverso de la participación es el control, pues es una tendencia natural del poder la tendencia a extralimitarse, el peligroso camino de la arbitrariedad y el abuso de poder. Lo público es lo que nos pertenece a todos, y su brújula tiene que direccionarse sin titubeos hacia el bien común, el bien de la comunidad a la que debe servir el Estado. Fortalecer el control democrático del Estado requiere de una opinión pública vigilante, el reclamo por la transparencia de lo público y el establecimiento y fortalecimiento de las instituciones de control, desde la sociedad y dentro del Estado. Una frase del gran jurista vienés (Kelsen, 1977, p. 107) recoge el sentido de lo que deseo transmitir: *“La suerte de la democracia moderna depende en gran proporción de que llegue a elaborarse un sistema de instituciones de control. Una democracia sin control será siempre insostenible, pues el desprecio de la autorrestricción que impone el principio de la legalidad equivale al suicidio de la democracia”*.

VI

La Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), suscrita en Bogotá el 30-04-1948, toma partido a favor de la cualificación de la demo-

cracia como democracia representativa. Así, en su declaración inicial que sirve de pórtico a la Carta destaca *“que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y desarrollo de la región”*, estableciendo en su artículo 2 como propósito esencial el *“promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”*. Consecuencia del renovado impulso de promover, consolidar y garantizar el postulado democrático-representativo de la Carta de la OEA, los Estados americanos suscribieron en Lima, Perú, el 11-09-2001, la Carta Democrática Interamericana. Allí no sólo se reafirma el postulado de la democracia representativa, sino que además se señala expresamente cuáles son sus elementos esenciales y los componentes fundamentales de su ejercicio.

En efecto, de acuerdo a la CDI (artículo 3) son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, (lo cual significa que estamos frente a un *numerus apertus* y no a un *numerus clausus*):

...el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio conforme al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Los componentes fundamentales de su ejercicio, a tenor del artículo 4, son: *“la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”*. Valiéndome de la interpretación abierta de los elementos esenciales de la democracia representativa que recoge la carta, destaco a continuación la visión de dos reconocidos teóricos de la democracia, pues nos ayudan a precisar el sentido del concepto de democracia en la actualidad. Ellos son (Dahl, 1999 y Norberto Bobbio, 2003).

Así, para (Dahl, 1999, pp. 100-101) las instituciones políticas de la democracia representativa moderna son:

1. Cargos públicos electos. El control de las decisiones político-administrativas gubernamentales está investido en cargos públicos elegidos por los ciudadanos. Los gobiernos democráticos modernos a gran escala son, así, representativos.
2. Elecciones libres, imparciales y frecuentes. Los cargos públicos son elegidos en elecciones frecuentes conducidas con imparcialidad en las que, en términos comparativos, hay poca coerción.
3. Libertad de expresión. Los ciudadanos tienen derecho a expresarse, sin peligro a un castigo severo, sobre asuntos políticos, definidos en sentido amplio, incluyendo la crítica de los cargos públicos, el gobierno, el régimen político, el orden socio-económico, y la ideología prevaleciente.
4. Acceso a fuentes alternativas de información. Los ciudadanos tienen el derecho de solicitar fuentes alternativas de información, alternativas e independientes de otros ciudadanos, expertos, periódicos, revistas, libros, telecomunicaciones y similares. Además, existen efectivamente fuentes de información al-

ternativas que no están bajo el control del gobierno ni de cualquier otro grupo político individual que intente influir sobre los valores y las actitudes políticas públicas, y estas fuentes alternativas están efectivamente protegidas por la ley.

5. Autonomía de las asociaciones. Para alcanzar sus distintos derechos, incluyendo aquellos requeridos para la efectiva operación de las instituciones políticas democráticas, los ciudadanos tienen también el derecho de constituir asociaciones u organizaciones relativamente independientes, incluyendo partidos políticos y grupos de interés independientes.

6. Ciudadanía inclusiva. A ningún adulto que resida permanentemente en el país y esté sujeto a sus leyes le pueden ser negados los derechos de que disfruten otros y que sean necesarios para estas cinco instituciones políticas que acabamos de presentar. Éstos incluyen el derecho de sufragio; a concurrir a cargos electos; a la libertad de expresión; a formar y participar en organizaciones políticas independientes; a tener acceso a fuentes independientes de información; y derechos a otras libertades y oportunidades que puedan ser necesarias para el funcionamiento efectivo de las instituciones políticas de la democracia a gran escala.

Por su parte, (Bobbio, 2003, p. 460) señala las seis reglas que definen la democracia de nuestra época:

1. Todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, sin distinción de raza, religión, condición económica y sexo, deben disfrutar de los derechos políticos, es decir, cada uno debe disfrutar del derecho de expresar la propia opinión y de elegir a quien la exprese por él; 2. El voto de todos los ciudadanos debe tener el mismo peso; 3. Todos los que disfrutan de los derechos políticos deben ser libres para poder votar según la propia opinión, formada lo más libremente posible, en una competición libre entre grupos políticos organizados en concurrencia entre ellos; 4. Deben ser libres también en el sentido de que deben ser puestos en la condición de elegir entre soluciones diversas, es decir, entre partidos que tengan programas diversos y alternativos; 5. Tanto para las elecciones como para las decisiones colectivas, debe valer la regla de la mayoría numérica, en el sentido de que se considere electa o se considere válida la decisión que obtenga el mayor número de votos; 6. Ninguna decisión tomada por la mayoría debe limitar los derechos de la minoría, en especial el derecho de convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones.

La CDI a su vez realiza un aporte a la teoría de la democracia al consagrar una suerte de nuevo derecho, el derecho de los pueblos de América a la democracia. Como bien ha expresado (Briceño, 2012, p. 140) en su obra *Una carta para la democracia*:

En este orden ideal de concebir la democracia, donde la insinuación esencial es la búsqueda de un sistema libertario, el derecho a ello emerge y se trasluce de una manera tenaz y necesaria. La democracia es entonces concebida como un derecho subjetivo, del individuo que se siente titular del derecho de obtener la democracia para su satisfacción personal. La democracia es un bien que de obtenerlo satisface las necesidades de los individuos y si es instado por el estado con sus mecanismos jurídicos, mejor, con más derecho se hace su convocatoria. La democracia es entonces un Derecho Humano.

La CDI armoniza explícitamente la idea de democracia con la idea de constitución, es decir apuesta por la democracia constitucional. Si bien el concepto de democracia constitucional se inscribe dentro de la añeja tradición del constitucionalismo, modernamente ha sido rigorizado gracias a la obra de autores contemporáneos, donde resaltan, entre otros, (Kägi, 1971),

tal vez el primero en destacar su relevancia en el Derecho constitucional de la posguerra, (Bellamy, 2010), (Ferrajoli, 2008), (Elster y Slagstad, 1988), (Salazar, 2006) y Aragón (1990) y (2000). Resumidamente, el concepto de democracia constitucional significa que la democracia es un principio constitucional, por tanto dotado de fuerza jurídica superior, que se manifiesta tanto en el plano del poder constituyente como en los poderes constituidos, entrelazándose con los derechos fundamentales en una relación interdependiente, pues como afirma (Aragón, 2000, p. 113):

Un pueblo sólo puede ser soberano si es libre, es decir, si los ciudadanos que lo componen tienen asegurada su libertad. Por ello, la garantía constitucional de los derechos fundamentales, indisponibles incluso por el legislador, es, al mismo tiempo, la garantía de la soberanía popular. Hay, pues, una íntima conexión entre soberanía del pueblo y derechos fundamentales, de tal manera que sin ellos no hay propiamente Constitución, sencillamente porque sin ellos no puede existir la base en que la Constitución se asienta, la soberanía del pueblo.

Por último, es de destacar aquí la relevancia que ofrece la Carta al concepto de participación ciudadana, al jerarquizarlo, en su artículo 6, nada más y nada menos como "*una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia*".

Caben a continuación, al hilo de los propósitos del ensayo, las siguientes reflexiones:

Primero: a diferencia de la Constitución de 1999, que consagra un concepto de democracia donde la participación predomina sobre la representación, la CDI consagra un concepto de democracia donde la representación predomina sobre la participación. De allí a sacar la conclusión sobre la eventual incompatibilidad de ambos documentos me parece una apreciación excesiva. En efecto, y en esto sigo a (Bobbio, 1986), la democracia contemporánea nos muestra un *continuum* donde caben diferentes formas intermedias, unas más cerca de la representación y otras más cerca de la participación. En este sentido podemos hablar del desiderátum de una democracia integral, que incorpora con variado énfasis instituciones representativas e instituciones participativas. Encajonarnos en una concepción rígida de la democracia significa asumir dogmas reñidos con la realidad, que dificultarían el acuerdo en la búsqueda de objetivos comunes, por parte de los Estados que conforman la OEA. La razón es sencilla; si bien la mayoría de las Constituciones de los Estados suscritores de la Carta privilegian la representación sobre la participación, a partir de la experiencia venezolana de 1999, ha surgido una nueva tendencia donde las Constituciones (Venezuela, Ecuador y Bolivia) privilegian la participación sobre la representación.

Segundo: el argumento conciliador que nos unifica en torno a la concepción integral de la democracia, tiene un pilar fundamental en el novedoso artículo primero de la CDI, que consagra el derecho de los pueblos de América a la democracia. Retomo aquí la definición mínima de democracia de (Bobbio, 1986) en lo que se refiere a la atribución al pueblo (Bobbio prefiere hablar, repito, del conjunto de los ciudadanos), del derecho de participar directa o indirectamente en la toma de decisiones colectivas, en otras palabras, sea a través de formas participativas, sea a través de formas represen-

tativas. El artículo 6 de la Carta desarrolla el derecho y lo une indefectiblemente al concepto de participación, al señalar: "*La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia*". En suma, la CDI no cierra la puerta, muy por el contrario la abre, a cualquier modalidad de democracia que las constituciones de los Estados americanos incorporen a su articulado. Es más, una interpretación creativa y audaz de los dos artículos nos llevaría a privilegiar la participación sobre la representación, si concebimos a ésta como una forma de participación, la participación representativa.

Tercero: Una reflexión final. Los conceptos constitucionales tienen como el dios romano Jano dos caras, la cara jurídica y la cara política, lo cual significa que una concepción formalista del derecho indiferente al discurso político termina siendo estéril. Sé que entro en un terreno proceloso, pero no cabe duda que vivimos una época crítica donde los conceptos políticos constitucionalizados generan fuertes polémicas ideológicas, con sus deletéreas tendencias a su erosión semántica. No voy a asumir aquí el radicalismo de (Nietzsche, 2002), de sostener que sólo puede definirse aquello que no tiene historia. Pero lo cierto es que conceptos como el de representación, participación, Estado-nación, partidos políticos, pueblo, Constitución e incluso el término democracia, están hoy en el banquillo de los acusados, entre el descreimiento y el nihilismo de la pretendida era posmoderna y su poderoso efecto de liviandad y relativismo. Reivindicar su valor, insertarlos en la cultura cívica e impregnarlos de contenido ético, es el deber prioritario de los defensores de la libertad, el profundo *telos* de la idea la Constitución, sea la de ayer, sea la de hoy, y ojalá sea también la del mañana.

Bibliografía

Aragón, M. (1990): *Constitución y democracia*. Tecnos, Madrid.

___ (2000): *La democracia constitucional*, en VV.AA. *Constitución y constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas.

Bellamy, R. (2010), *Constitucionalismo político*. Marcial Pons, Madrid.

Bobbio, Norberto (1986): *El futuro de la democracia*. F.C.E., México.

___ (2003): *Teoría general de la política*. Trotta, Madrid.

Bresser, L. y Cunill, N. (eds.) (1988): *Lo público no estatal en la reforma del Estado*. Paidós, Buenos Aires.

Briceño, G. (2012): *Una carta para la democracia*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Combellas, Ricardo (2013): *Entre dos constituciones. La dialéctica constitucional de la V República*, en VV.AA. *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy*, UCAB, Caracas.

Dahl, R. (1999): *La democracia. Una guía para los ciudadanos*. Madrid.

Elster, J. y Slagstad, R. (eds.) (1988): *Constitutionalism and democracy*. Cambridge University Press, Cambridge.

Ferrajoli, L. (2008): *Democracia y garantismo*. Trotta, Madrid.

García-Pelayo, Manuel (1974): *Burocracia y tecnocracia*. Alianza, Madrid.

___ (1980): *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza, Madrid.

___ (1991): *Obras Completas, Centro de Estudios Constitucionales*. Madrid.

Kägi, W. (1971): *Die verfassung als rechtliche grundordnung des staates*, Schulthess polygraphischer verlag. Zürich.

Kelsen, Hans (1977): *Esencia y valor de la democracia*. Guadarrama, Madrid.

Kirchheimer, O. (1966), *The transformation of western european party systems*. En J. La Palombara y M. Weiner, eds., *Political parties and political development*, Princeton University Press, Princeton.

Linz, J. (2007), "*Conclusiones: los partidos políticos en la política democrática. Problemas y paradojas*", en J. Montero, R. Gunther y J. Linz, eds., *Partidos políticos: viejos conceptos y nuevos retos*, Trotta, Madrid.

Manin, B. (1998): *Los principios del gobierno representativo*. Alianza, Madrid.

Michels, R. (2001): *Los partidos políticos*. Amorrortu, Buenos Aires.

Nietzsche, F. (2002): *La genealogía de la moral*. Alianza, Madrid.

Ortega y Gasset (1963): *La rebelión de las masas*. Revista de Occidente, Madrid.

Salazar Ugarte, P. (2006): *La democracia constitucional*. UNAM-FCE, México.

Sartori, G. (2002): *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Taurus, México.

___ (2009): *La democracia en treinta lecciones*. Taurus, Bogotá.

Sieyes, E. (1993): *Escritos políticos de Sieyes* (Introducción, estudio preliminar y compilación de David Pantoja Morán. F.C.E., México.

Weber, M. (1967): *El político y el científico*. Alianza, Madrid.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO CONSTITUYENTE VENEZOLANO DE 2017

Rosnell V. Carrasco Baptista*

1. Planteamiento del problema

En primer lugar, debemos señalar que nuestro país atraviesa momentos de gran inestabilidad económica, política y social, como consecuencia de los altos niveles de inflación, escasez de alimentos y medicinas, y niveles de inseguridad ciudadana que son de los más altos del mundo.

En este contexto, se ha venido desarrollando, lo que la doctrina ha calificado como un bloqueo político institucional del Poder Legislativo Nacional democráticamente electo en el año 2015, mediante el sistemático desconocimiento de las facultades constitucionales de la Asamblea Nacional por parte de un Poder Ejecutivo deslegitimado, y del Tribunal Supremo de Justicia, conformado por magistrados designados mediante un procedimiento manifiestamente inconstitucional y que en la mayoría de los casos, no cumplen con los requisitos previstos constitucionalmente para el ejercicio de tan altas funciones.

De esta manera conviene recordar, que la inconstitucionalidad de las designaciones de los magistrados de la Sala Constitucional y demás magistrados del Tribunal Supremo de Justicia ya fue reconocida y declarada por la Asamblea Nacional, y más recientemente por la Fiscal General de la República, quien incluso ha pedido que se levante la inmunidad de los magistrados de la Sala Constitucional, y que los mismos sean procesados penalmente por haber presuntamente incurrido en el delito de atentar contra la forma republicana de gobierno, por haber violado sistemáticamente la Constitución mediante una serie de sentencias que bajo la pretensión de realizar una "interpretación" de la Constitución, en la práctica han despojado a la Asamblea Nacional de sus competencias constitucionales, desconociendo de esta manera la voluntad popular expresada en las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015.

Todo lo antes expuesto se agrava si tomamos en consideración que en la actualidad el derecho al sufragio de los venezolanos se encuentra secuestrado por quienes detentan el poder político hoy en Venezuela. En efecto,

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor del Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Metropolitana.

como consecuencia del caos que vivimos los venezolanos, la sociedad civil y los partidos políticos decidieron iniciar el procedimiento constitucional para la activación del referendo revocatorio del mandato presidencial mediante la recolección y consignación por ante el Consejo Nacional Electoral (CNE) del número de manifestaciones de voluntad requeridas por la Constitución.

No obstante, dicho proceso fue suspendido mediante una serie de “medidas cautelares” decretadas por algunos tribunales en materia penal a lo largo del país.

Es como consecuencia de los antes narrado, que se han producido en nuestro país una serie ininterrumpida de manifestaciones, por el quebrantamiento de la Democracia, del Estado de Derecho y de la Constitución, que han tenido por finalidad restablecer el orden constitucional y democrático, con un lamentable saldo de detenidos, muertos y heridos, con lo cual ha quedado en evidencia la sistemática violación de Derechos Humanos (DDHH), por parte de los cuerpos de seguridad del Estado.

Ahora bien, es en este contexto que el entonces Presidente de la República, y quien hoy ejerce ilegal e ilegítimamente ese cargo, anunció al país su inconstitucional intención de “convocar”, una Asamblea Nacional Constituyente con la supuesta finalidad de crear las condiciones necesarias para la paz y la estabilidad de la República.

No obstante, altos representantes del gobierno y del Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) han manifestado la verdadera intención de esta propuesta señalando que mediante este mecanismo pondrán fin a la supuesta impunidad por parte del bloque mayoritario, electo popularmente, que hoy hace vida en la Asamblea Nacional, y a su decir, restablecer el normal funcionamiento de la Fiscalía General de la República, órgano que en su oportunidad, denunció activamente la “ruptura del orden constitucional en Venezuela”, y cuya máxima autoridad hoy se encuentra en el exilio.

En efecto, el cuestionado Presidente de la República mediante los Decretos N° 2.830, y 2.831 de fecha 01-05-2017, publicados en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.295 de la misma fecha y Decreto N° 2.878, del 23-05-2017, publicado en la Gaceta Oficial N° 41.156 de la misma fecha, “convocó” inconstitucionalmente a un proceso nacional constituyente, y posteriormente presentó las inconstitucionales bases comiciales que tienen por finalidad fabricar una mayoría artificial, sectorizada y municipalizada de “Constituyentes”, desconociendo los principios de sufragio universal, directo y secreto, y el de representación proporcional, respectivamente.

Debemos destacar que la referida Asamblea Nacional Constituyente fue electa en el año 2017, y a la fecha, casi tres años después, no se conoce proyecto alguno de un texto constitucional, sino que por el contrario en la práctica ha pretendido asumir funciones de los Poderes Públicos del Estado Venezolano, lo que constituye un verdadero fraude, ya que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, sigue vigente, y en consecuencia sus autoridades.

2. El principio democrático y el Poder Constituyente

Lo primero que queremos aclarar es que la democracia pone de manifiesto la idea según la cual el poder político se ejerce en forma limitada, pero cuando nos referimos a límites, no estamos hablando de condicionantes políticos para el ejercicio del poder, sino de limitaciones jurídicas.

En efecto, el Estado Constitucional de Derecho, no es más que la juridificación de los principios que limitan efectivamente el ejercicio del poder y lo someten a la Constitución; en resumidas cuentas, se trata de la juridificación del ejercicio del poder político y de su sometimiento a la norma fundamental.

Por su parte, cuando nos referimos al poder constituyente, hablamos de la encarnación de la soberanía, como máxima expresión configuradora de la realidad política de una sociedad, es decir que la idea de poder constituyente expresa la noción de un poder ilimitado, no sujeto a reglas, más allá de las que resulten de la propia autolimitación.

Como consecuencia de lo anterior, el constitucionalista italiano Luigi Ferrajoli, se plantea si dichos conceptos no resultan diferentes y virtualmente opuestos, planteando la posibilidad de que existan democracias no constitucionales, como aquellas en las que no se imponen límites a las mayorías, así como supuestos –más frecuentes– de Constituciones no democráticas, como las que no establezcan la separación de los poderes o el derecho al sufragio¹.

Para fundamentar las ideas expuestas el autor define a la soberanía como *“un poder absoluto no sometido a límites ni reglas, y por tanto incompatible con el modelo del estado de derecho, que excluye la idea de poderes absolutos”*².

En nuestra opinión, ambas nociones no son excluyentes, sino que por el contrario el correcto funcionamiento de la democracia y del principio de soberanía encuentra su razón de ser en el concepto de democracia constitucional, idea que en este caso pretende transmitir que las decisiones de las mayorías se encuentran sometidas a una reserva fundamental, es decir, a la correspondencia de esas decisiones con un conjunto de valores y principios, que teóricamente denominamos Constitución³.

Ahora bien, hemos puesto en evidencia una aparente contrariedad. No obstante, así como defendemos la idea de mayorías limitadas por una reserva fundamental, de la misma manera propugnamos que la Constitución que somete o limita el ejercicio de ese poder soberano, no puede ser cual-

1 Ferrajoli, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y Democracia*. Editorial Trotta. Madrid, 2006, p. 106.

2 *Ibíd.*, p. 107.

3 Hassemer, Winfried. “Jurisdicción Constitucional en una Democracia” en: *La Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2005, p. 30.

quiera, sino que por el contrario ella debe responder a los conceptos de validez y legitimidad constitucional, de manera que podamos entonces hablar de un constitucionalismo democrático.

Y es entonces aquí que debemos hacernos la siguiente pregunta ¿cuándo es democrática una Constitución?

A los efectos de responder esa pregunta, compartimos y hacemos nuestras algunas de las ideas del maestro Manuel Aragón, quien de manera magistral nos recuerda que no cabe Constitución sin democracia, ni cabe apelar a la democracia por encima de la Constitución⁴.

Es de esta manera, que el mencionado autor desarrolla su tesis, según la cual el principio democrático es al mismo tiempo el principio que dota a la Constitución de validez, pero al mismo tiempo de legitimidad, lo cual explica con las siguientes palabras *“La Constitución es democrática porque emana del pueblo soberano, pero esa Constitución sigue siendo democrática siempre que garantice que el pueblo, bajo la Constitución, siga siendo un pueblo que conserve su libertad”*⁵.

En este sentido, la Constitución será válida, cuando ella haya sido el resultado de un proceso constituyente democrático, pero será legítima cuando desarrolle unos contenidos mínimos de conformidad con lo que la dogmática constitucional moderna entiende como signos materiales de una democracia, principalmente respeto a los derechos subjetivos y separación de los poderes, en detrimento de lo cual no puede haber una verdadera Constitución.

Es así, como podríamos hablar de una Constitución elaborada democráticamente pero que no establezca un Estado democrático, caso en el cual el principio democrático funcionaría como fuente de validez, pero nunca de su legitimidad. En este caso, no estaríamos en presencia de una Constitución democrática.

De igual manera, podemos pensar en una Constitución, dictada mediante procedimientos no democráticos, cuyo contenido se corresponde con el del Estado Democrático. En este supuesto el principio democrático funciona desde la perspectiva de la legitimidad, pero no desde la perspectiva de la validez. En este supuesto tampoco estaríamos en presencia de una Constitución democrática.

Hechas estas consideraciones pasemos entonces a revisar algunas nociones sobre el poder constituyente, para luego analizar el proceso constituyente de 2017, con la finalidad de determinar si la eventual Constitución que de ahí podría emanar puede calificarse como una Constitución democrática.

⁴ Aragón, Manuel. *Constitución y Democracia*. En: <https://biblio.juridicas.unam.mx>

⁵ *Ibid.*, p. 10.

3. El Poder Constituyente

Consideramos importante destacar que no vamos a entrar en el extenso y ya ampliamente desarrollado debate sobre las distintas teorías y posturas respecto al Poder Constituyente, sólo pretendemos aportar algunas ideas generales con la finalidad de manejar nociones básicas que nos permitan posteriormente analizar el cuestionado proceso constituyente de 2017.

3.1. Concepto

Para Pérez Serrano, cuando se habla de Poder Constituyente, nos estamos refiriendo al poder *"singular y extraordinario por virtud del cual un Pueblo que no tenía Constitución, se da su primera Ley Fundamental política, o, al menos, modifica y reforma su Código político preexistente si ya lo tenía"*⁶.

El mencionado autor nos recuerda que ese concepto de poder constituyente, está íntimamente relacionado con la idea de una Constitución escrita, formal, codificada y por lo general dotada de rigidez constitucional, por lo cual no puede reputarse como constituyente otro poder que el especial y extraordinario encargado de decretar y sancionar una Constitución de ese tipo.

Lo antes expuesto no es más que una referencia al concepto racional normativo de Constitución, que en palabras de García-Pelayo, es un *"complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias, y las relaciones entre ellos"*.

Es por ello que lo característico del concepto racional de Constitución es *"considerar únicamente como tal la constitución expresada jurídicamente y en forma escrita, pues solo el Derecho escrito ofrece garantías de racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre; solo él permite un orden objetivo y permanente ante la transitoriedad de situaciones subjetivas"*⁷.

Esta vinculación entre la idea de Poder Constituyente y el concepto racional normativo o formal de Constitución es puesta de relieve por Merino Merchan, cuando señala que *"aparece el poder constituyente, pues, muy unido al concepto racional normativo, al concepto liberal e ilustrado de Constitución como exponente máximo de la corriente constitucionalizadora, positivizadora de las normas fundamentales"*⁸.

Las ideas expuestas resultan fundamentales ya que la tradición constitucional venezolana ha estado marcada por la idea de la Constitución escri-

⁶ Pérez Serrano, Nicolas. *Tratado de Derecho Político*. Editorial Civitas. 2° ed., p. 461.

⁷ García-Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional*. Manual de Textos Jurídicos Universitarios. Manuales de la Revista de Occidente. 5° ed., Madrid, pp. 34-41.

⁸ Merino Merchan, José Fernando y otros. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Editorial Tecnos. Madrid, 1997, pp. 94-95.

ta⁹, muy probablemente como consecuencia de la influencia de las revoluciones Francesa y Americana, y en consecuencia el concepto o la idea de Poder Constituyente que acabamos de exponer, es la que se repite a lo largo de la doctrina constitucional venezolana.

En este sentido, resulta ilustrativo el concepto expuesto por Hernández Camargo, quien ha sostenido que el Poder Constituyente, en principio, puede definirse como *"aquel al que le corresponde decidir sobre la primera Constitución de un Estado, esto es el poder que constituye al Estado en el sentido de establecer las normas que le son sustancialmente necesarias para existir y subsistir"*¹⁰.

Como podemos ver, este concepto coincide plenamente con el ya expuesto al inicio de estas breves notas, al sostener que el Poder Constituyente se refiere principalmente al poder que tiene todo Estado de darse su primera Constitución, y es por eso que agrega la expresión "en principio", ya que la idea expuesta se corresponde con el denominado *poder constituyente originario*, al cual corresponde organizar políticamente a un Estado por vez primera, y que se contrapone a la idea del *poder constituyente derivado o constituido*.

3.2. Poder Constituyente originario y derivado

Lo expuesto nos permite introducir la idea según la cual, existen diferencias muy importantes de cara a si estamos frente al poder configurador inicial de la realidad política de una sociedad, tradicionalmente llamado poder constituyente originario, o si se trata, por el contrario, del poder de reforma o revisión de la Constitución ya existente, caso en el cual estaremos ante el poder constituyente derivado o constituido.

La diferencia entre ambos es importante, ya que mientras que se ha considerado que el primero de ellos es fundamentalmente un poder político, no sometido a normas o cánones preexistentes, por ser la máxima expresión del principio de soberanía popular, que además suele ser consecuencia de procesos extrajurídicos, como la revolución o el golpe de Estado, en cambio el segundo, no puede considerarse como poder absoluto y total, ya que debe su existencia a una norma jurídica previa, por lo tanto *"tendrá como límite los aspectos procedimentales que le haya fijado la Constitución precedente y los valores constitucionales inspirados en la protección de los derechos humanos"*¹¹.

En cuanto al carácter omnipotente que usualmente se atribuye al poder constituyente originario, debemos compartir la opinión expuesta por Tulio Álvarez, quien considera que en el estado actual de consolidación del Esta-

⁹ Un profundo análisis sobre la historia de los procesos constituyentes en Venezuela, puede ser consultado en: Brewer-Carias, Allan. *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999.

¹⁰ Hernández Camargo, Lolymar. *El Proceso Constituyente de Venezuela de 1999*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008, p. 28.

¹¹ *Ibíd.*, pp. 33-34.

do de Derecho y de los valores democráticos, no debe aceptarse la idea de un poder, ciertamente superior al resto de los que configuran el Estado, pero que no esté sometido a ninguna regla jurídica¹².

Por eso, en nuestra opinión, lo verdaderamente importante es determinar entonces cuáles son los patrones de juridicidad a que se debe someter el ejercicio del poder constituyente originario, de manera que el ejercicio de dicho poder resulte ajustado al moderno desarrollo de las ciencias jurídicas, en el que el principio de *interdicción de la arbitrariedad* y el respeto y desarrollo de los *Derechos Humanos (DDHH)*, es la nota características de todo el Derecho Público, y que como vimos, tiene en la forma escrita del Derecho, y en especial de la Constitución, precisamente un muro de contención a la actuación arbitraria del Estado.

En este sentido, compartimos la opinión expuesta por Hernández Camargo, quien con meridiana claridad ha sostenido que la naturaleza absoluta del poder constituyente originario, en el Estado democrático, que reconoce, a la comunidad política, la libertad para darse su propio orden jurídico, solo es posible si *"su ejercicio es coincidente con este sistema de valores y principios democráticos que informan al sistema social y dentro de los cuales el poder constituyente podrá actuar sin barreras que lo excluyan"*¹³.

En el caso venezolano, consideramos importante destacar que ese parece haber sido el criterio asumido por la recordada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, de fecha 06-10-1999, (caso Henrique Capriles Radonski, con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta), que a pesar de haber declarado el carácter originario del proceso constituyente de 1999, lo cual no compartimos, reconoció que existen valores *"supraconstitucionales"*, que incluso deben ser respetados por el poder constituyente originario.

En efecto, en ese caso, la extinta Corte Suprema de Justicia analizó la pregunta N° 1 del Referéndum Consultivo Nacional, aprobado el 25-04-1999 y su Base Comicial Octava, y estimó consagrada:

...la supraconstitucionalidad de sus prescripciones, ya que en ningún momento remite a la Constitución de 1961, sino a la tradición de cultura (valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto a los compromisos asumidos)¹⁴.

Así, la Sala Plena de ese entonces, consideró que el Proceso Constituyente de 1999, y especialmente las preguntas que fueron sometidas a consulta por el referéndum que derogó la Constitución de 1961, no estaba sometido a ella, pero por el contrario sí a *la tradición de cultura*, a los valores y

¹² Alvarez, Tulio. *Constituyente, reforma y autoritarismo del siglo XXI*. UCAB, Caracas, 2007, p. 27.

¹³ Hernández Camargo, Lolymer. *Op Cit*, p. 34.

¹⁴ Texto consultado en original, p. 22.

principios de nuestra historia republicana, al cumplimiento de los pactos internacionales válidamente suscritos por la República, al carácter progresivo de los derechos fundamentales y a la garantía democrática, en virtud, de esa consagrada "supraconstitucionalidad".

4. El proceso constituyente de 1999

Expuestas de forma general, las nociones de poder constituyente, las diferencias entre el poder constituyente originario y derivado, y los límites que tanto la doctrina como el derecho positivo venezolano han impuesto al ejercicio del poder constituyente, incluso al que tiene naturaleza originaria, es importante recordar que la Constitución hoy vigente en Venezuela fue el resultado del proceso constituyente de 1999, mediante el cual se derogó la Constitución de 1961, mediante el recurso a mecanismos distintos a los previstos en ella para su reforma o enmienda.

Es importante recordar, que aquella norma constitucional, la de 1961, no incorporaba en su articulado la figura de la Asamblea Nacional Constituyente, sino que se limitaba a las figuras de la enmienda y reforma, mediante las cuales era imposible sustituir el texto constitucional por otro, ya que sólo estaba previsto el poder de revisión, con la finalidad de adecuar la norma constitucional a los nuevos tiempos, garantizando así su plena efectividad en el tiempo.

Sin embargo, desde mediados de los años 80, el país reclamaba reformas en el sistema político que permitiera mayor participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Todavía recordamos los trágicos acontecimientos vividos en el año 1989, y que comúnmente recordamos como *El Caracazo* o los movimientos militares de febrero y noviembre de 1992, que terminaron con la defenestración del entonces presidente Carlos Andrés Pérez.

No obstante, ya desde 1984, durante el gobierno del presidente Jaime Lusinchi, se había ordenado la creación de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), cuyas recomendaciones, o por lo menos algunas de ellas, se hicieron realidad a principios de los años 90, con la entrada en vigencia de la Ley de Elección de Alcaldes y Gobernadores, y la Ley de Descentralización.

Esas normas, que modificaron el esquema centralizado previsto en la Constitución de 1961, van a permitir la elección por voto popular de esas autoridades, y la transferencia de competencias y servicios del Poder Central, a los gobiernos regionales y locales, con las consecuentes potestades para administrar los recursos provenientes de la prestación de los servicios descentralizados.

Lamentablemente esos esfuerzos no fueron suficientes para evitar y contener aquellos trágicos acontecimientos.

Es así como en 1998, el presidente electo, Hugo Rafael Chávez Frías, uno de los líderes del movimiento militar de 1992, decide cumplir su oferta

electoral de convocar una Asamblea Nacional Constituyente con la finalidad de dictar una nueva Constitución y refundar la República.

En aquel momento, se planteó uno de los conflictos jurídicos de mayor entidad que se han planteado a lo largo de nuestra historia republicana, y se trataba justamente de dilucidar si era posible o no convocar una Asamblea Nacional Constituyente, con la finalidad de modificar el texto constitucional vigente desde 1961, sin que dicha institución, como ya dijimos, estuviera constitucionalmente prevista.

En este sentido, distintas posturas se desarrollaron. Los que consideraban que era posible mediante la figura de referéndum consultivo, previsto en el artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, vigente para la época, en la que se planteaba la posibilidad de someter a consulta de los ciudadanos temas de especial trascendencia nacional.

En sentido contrario, se sostenía que, al no estar prevista la figura en la Constitución, y mucho menos el procedimiento que se debía seguir, y a los fines de respetar el principio de *supremacía constitucional*, era necesario, primero, modificar la constitución de 1961, mediante la enmienda o reforma, con la finalidad de incluir la figura, y establecer con claridad los temas procedimentales, todo lo cual debería ser materia de un extenso debate nacional.

Este problema jurídico fue decidido por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 19-01-1999, en la cual concluyó que, con vista al *principio de soberanía popular*, previsto en el artículo 4 de la Constitución de 1961, que no podía limitarse a los ciudadanos a decidir sobre su propio destino, por lo cual el Tribunal consideró que era ajustado a Derecho¹⁵.

Importante es destacar que tanto esa decisión, como las que sobrevinieron posteriormente, siempre tienen como fundamento, la efectividad del principio democrático, y luego de determinar que el titular de la soberanía es el pueblo –no la Asamblea Constituyente– son contundentes al sostener que el proyecto de Constitución, sólo podría ser el nuevo texto fundamental, si resultaba aprobada por el pueblo en un referéndum aprobatorio, ya que es el pueblo, titular de la soberanía, el sujeto político que ejerce el poder constituyente originario, y es sólo el pueblo el que se puede autolimitar mediante ese poder configurador.

En consecuencia, el Consejo Supremo Electoral, y el Presidente de la República, quedaron facultados para convocar y reglamentar el referéndum consultivo, mediante el cual el legítimo titular del poder constituyente decidiría si convocaba o no a una Asamblea Nacional Constituyente con la finalidad de redactar una nueva Constitución. Vale la pena señalar, que siempre quedó claro que el convocante era el pueblo de Venezuela, depositario de la soberanía, y titular del poder constituyente.

¹⁵ Tribunal Supremo de Justicia. *Bases Constitucionales de la Supraconstitucionalidad*. Caracas, 2002, pp. 19-36.

En consecuencia, el proceso constituyente de 1998, y que desembocó en la aprobación de la Constitución de 1999, hoy vigente, tuvo las siguientes etapas: **(i)** referéndum consultivo, mediante el cual el pueblo convocó la Asamblea Nacional Constituyente, **(ii)** elección de los miembros que conformarían la Asamblea, y **(iii)** referéndum mediante el cual el pueblo de Venezuela, aprobó el nuevo texto constitucional.

No podemos dejar de mencionar que aquella Constitución, todavía vigente, si establece en su articulado, a la Asamblea Nacional Constituyente, especialmente en sus artículos 347, 348, y 349, los cuales analizaremos de seguidas, teniendo en cuenta el proceso jurídico y político que, muy apretadamente, acabamos de describir, es la fuente directa de las normas vigentes, cuyo entendimiento, nos permitirá juzgar el “proceso constituyente”, que hoy se pretende imponer a los venezolanos, no como un instrumento para mejorar la Constitución, para lo cual bastaría con enmendarla o reformarla, sino para desconocer y bloquear institucionalmente al parlamento nacional, legítimamente electo en 2015, mediante elecciones libres.

5. La Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución de 1999

A los fines de exponer las violaciones a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a los derechos de todos y cada uno de los venezolanos, es necesario explicar, aunque sea brevemente, cuáles son los trámites que de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela son necesarios para convocar legítimamente una Asamblea Nacional Constituyente.

a. Legitimación. En primer lugar, debemos señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 347 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el titular del poder constituyente, y en consecuencia el legitimado para convocar un proceso constituyente es el pueblo de Venezuela, único detentador de la soberanía, que de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Constitución es intransferible, lo que implica que ninguno de los órganos del poder constituido puede invocar para sí el principio de la soberanía popular, ya que de lo contrario estaría violando la Constitución, usurpando funciones, y negando el principio democrático.

En este sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela regula expresamente quienes pueden tener la iniciativa de convocar una Asamblea Constituyente y en este sentido dispone el artículo 348 de la Constitución, que esta decisión puede ser tomada por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante el acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildo, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; o el quince por ciento de los electores inscritos en el registro civil y electoral.

De esta manera, resulta fundamental dejar establecido desde ya que la “convocatoria”, y la “iniciativa de convocatoria”, en nuestra opinión, son conceptos totalmente diferentes y que han sido confundidos por quienes detenen-

tan el Poder Ejecutivo, con la finalidad de secuestrar la soberanía nacional y convocar ilegítimamente una Asamblea Nacional Constituyente, que como ya se explicó sólo persigue anular institucionalmente a la Asamblea Nacional, desconociendo la voluntad popular expresada en las elecciones parlamentarias de diciembre de 2015, y destituir a la Fiscal General de la República que ha manifestado expresamente su desacuerdo con la ruptura del orden constitucional.

En efecto, la interpretación armónica y más clara de la norma constitucional, es la que indica que cuando la Constitución se refiere a la iniciativa, solo expresa quiénes pueden proponer o iniciar el proceso constituyente, siendo necesario para la convocatoria formal para consultar al pueblo venezolano, mediante referendo, si quiere una nueva Constitución.

En efecto, el mecanismo constitucional para la realización de esta consulta democrática y popular está prevista en el artículo 71 de la Constitución que señala que las materias de especial trascendencia nacional serán sometidas a referendo consultivo.

b. Elección de los constituyentes. La segunda fase del proceso constituyente, es la elección de los constituyentes, quienes son los encargados de la elaboración, redacción y discusión del nuevo texto constitucional.

Para la elección de los representantes ante este órgano constituyente que tendrá a su cargo tan elevada misión, deben respetarse los principios de sufragio universal, directo y secreto, además de la garantía de la representación proporcional, que en este caso y a los efectos de respetar la forma federal del Estado venezolano, debe hacerse tomando en consideración la base poblacional de cada una de las entidades federales que componen nuestro Estado.

c. Referéndum aprobatorio. Por último, la tercera etapa del proceso constituyente requiere de una consulta igualmente universal, directa, secreta y de carácter vinculante, mediante referendo aprobatorio, no consultivo, a través de la cual el pueblo venezolano, titular de la soberanía y en consecuencia del poder constituyente decidirá si aprueba o rechaza el proyecto de Constitución elaborado por la Asamblea Constituyente, convirtiendo dicho proyecto en el nuevo texto constitucional, que posteriormente, y solo si el pueblo lo aprueba, deberá ser publicado en Gaceta Oficial.

6. Conclusiones

Al contrastar el procedimiento constituyente descrito y el que actualmente se instrumenta mediante los inconstitucionales decretos dictados por el Presidente de la República, se puede observar que **(i)** dicho proceso constituye un fraude constitucional y constituyente que viola el derecho del pueblo venezolano a la participación en los asuntos públicos; **(ii)** hace nugatorio el derecho constitucional al sufragio por afectar su contenido esencial; **(iii)** usurpa la soberanía y la voluntad popular y en consecuencia viola el derecho constitucional que tenemos los venezolanos a vivir en democracia,

y a que el gobierno y los demás órganos del Poder Público actúen conforme a Derecho, respetando las condiciones y formas que modernamente impone a los gobernantes el Estado Constitucional de Derecho¹⁶.

Siendo ello así, y conforme con lo expuesto hasta el momento, los decretos presidenciales confunden la iniciativa con la convocatoria. En este orden de ideas el Presidente de la República, como poder constituido, no puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente, no es competente para ello, ya que como hemos dicho quién puede convocar a una Asamblea Constituyente es exclusivamente el pueblo, como el único que detenta la soberanía y en consecuencia el poder constituyente originario, es por ello que los decretos violan las normas constitucionales contenidas en los artículos 2, 3, 5, 63, 70 de la Constitución, materializando un fraude constitucional y violando el derecho del pueblo venezolano a convocar una Asamblea Nacional Constituyente.

Por otra parte los Decretos N° 2.830 y N° 2.878, resultan inconstitucionales toda vez que el artículo 2 del primer decreto, viola lo dispuesto en el artículo 63 constitucional, en el cual se establece de forma literal que el sufragio, como derecho de participación política, se ejercerá mediante elecciones libres, universales, directas y secretas. En efecto, el artículo 2 del primero de los referidos Decretos, que el segundo desarrolla, establece que la elección de los representantes se hará de manera sectorizada.

En este sentido, debemos señalar que el voto sectorial y territorial, siendo los miembros de la Asamblea Constituyente, elegidos mediante sectores establecidos por el Ejecutivo Nacional, no se corresponde con lo dispuesto en el artículo 64 de la Constitución según el cual cualquiera que detente la condición de elector (artículo 64 de la Constitución), puede elegir y ser elegido.

Por otra parte, debemos indicar que las bases comiciales deben garantizar el derecho de participación política de los venezolanos, es por ello que debe someterse a la aprobación popular, mediante referendo consultivo, las bases comiciales que regirán la elección de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente, con la finalidad de no vulnerar el derecho de participación política de todos los venezolanos.

En consecuencia, la forma como se pretendió convocar la Asamblea Nacional Constituyente de 2017, es violatorio del derecho del pueblo venezolano a vivir en democracia, a participar activamente en los asuntos públicos, a convocar una Asamblea Constituyente y a elegir representantes en condiciones democráticas, mediante elecciones universales, directas y secretas, en las que se respete el derecho de representación proporcional atendiendo

¹⁶ Sobre la inconstitucionalidad de estos decretos por obviar la convocatoria popular y sectorizar el voto, se puede consultar con provecho, el trabajo del eximio constitucionalista venezolano Dr. Jesús María Casal Hernández, titulado *“Comentarios Sobre la Inconstitucionalidad de una Supuesta Asamblea Nacional Constituyente contenido en el Decreto N° 2.830, del 1° de mayo de 2017”*, publicado en *Estudios Sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su Inconstitucional Convocatoria en 2017*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2017, pp. 259-269.

a la base poblacional de las entidades federales que componen el Estado venezolano, y no mediante la sectorización y fragmentación del voto, con el único fin de fabricar artificialmente una mayoría que le permita al Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) controlar arbitrariamente todo el proceso constituyente.

LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y SU DESNATURALIZACIÓN POR PARTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TSJ. ESPECIAL REFERENCIA A SENTENCIAS QUE SABOTEAN LA SEPARACIÓN Y CONTROL DE LOS PODERES EN VENEZUELA

Manuel Rojas Pérez* y Francisco Ramírez Ramos^Δ

“Cuando no está limitado, el poder se transforma en tiranía y arbitrario despotismo”.

Karl Lowenstein. Teoría de la Constitución

I

No hay derecho que no necesite ser interpretado. Toda norma jurídica, todo principio del derecho, requiere de una interpretación, como bien señala el profesor Pérez Royo¹. Y el derecho constitucional no escapa a tal situación.

De hecho, siendo que las sociedades van cambiando, el juez constitucional, intérprete de la Carta Magna, debe ir amoldando la forma de interpretar la Constitución a los nuevos tiempos², con el fin de potenciar las garantías formales y materiales a los derechos fundamentales.

Pero la interpretación de la constitución tiene sus propias reglas, debido a su importancia, a la necesaria rigidez³ en cuanto a la modificación de las

* Profesor de Derecho Constitucional de la UCV.

^Δ Abogado tesista de la especialización en Derecho Administrativo en la UCV.

¹ Javier Pérez Royo. *Curso de derecho constitucional*. Marcial Pons. Madrid, 2007, p. 113.

² En palabras del profesor mexicano Faya Viesca *“La estructura constitucional no es la misma al paso del tiempo, aun y cuando formalmente no haya sido reformad. Y es que la estructura constitucional está formada por frases completas contenidas en una Constitución y con un significado muy preciso. Al paso del tiempo, aun y cuando las frases se conservan inalteradas en la Constitución, al cambiar los significados cambian, en consecuencia, la estructura”*. Jacinto Faya Viesca. *Teoría Constitucional*. Editorial Porrúa. Ciudad de México, 2008, p. 203.

³ *“Los textos constitucionales, a diferencia de las leyes, son promulgados para durar un largo tiempo, son dirigidos a dotar de una organización estable a los poderes públicos, así como a las relaciones entre Estado y ciudadanos. Además, éstos son difíciles de enmendar o sustituir. Por lo tanto, deben ser interpretados (‘dinámicamente’) de modo que puedan adaptarse a los cambios de la sociedad, incluso en ausencia de enmiendas constitucionales”*. Riccardo Guastini. *Estudios de teoría constitucional*. UNAM. Ciudad de México, 200, p. 259.

normas constitucionales para garantizar uniformidad, integración y respeto al cumplimiento de la constitucionalidad; y, en el caso venezolano, un principal interprete, que es la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

La interpretación constitucional consiste en atribuir un significado a uno o varios signos lingüísticos escritos en la Constitución, con la finalidad de obtener una decisión sobre problemas prácticos de la Carta Magna. Así, siguiendo al profesor Eduardo Jorge Prats, la interpretación constitucional tiene tres dimensiones: procurar el derecho contenido en las normas constitucionales; investigar el derecho contenido en la norma constitucional y; definir el significado atribuido a la norma o normas constitucionales interpretadas y que esta tenga sentido con la Constitución como un todo para lograr una concretización armónica de la Constitución⁴.

II

La propia Constitución establece que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es *"la máxima y última intérprete de la Constitución"*. Y en algún momento de la historia venezolana de los últimos veinte años, la Sala Constitucional estableció el alcance de su potestad de interpretación constitucional de manera ponderada y racional:

4.- Por otro lado, nuestra Constitución le asigna, propiamente, a esta Sala Constitucional, lo que Peces-Barba ha denominado, en adición a la clásica división de las funciones del Poder Público en legislativo, ejecutivo y judicial, el poder garantizador de la Constitución, que es susceptible no obstante de integrarse en aquella división. De allí que el papel que les toca desempeñar a los Tribunales Constitucionales en cualquier parte del orbe, y en particular a esta Sala Constitucional, dentro de los límites de su función política como máximo custodio de la fiel aplicación de la Constitución, es interpretar la Constitución y aplicar con métodos jurídicos sus preceptos, sin dejar de tomar en cuenta, en atención a la técnica de interpretación consecencial de los textos constitucionales, las implicaciones sociales de sus decisiones. Tal facultad de interpretación debe verse, primordialmente, como una expresión más del control concentrado de la constitucionalidad, en la misma tradición kelseniana, como órgano jurisdiccional que es.

5.- Dicho esto, es menester precisar que si bien a esta Sala Constitucional le corresponde el monopolio interpretativo último de la Constitución, al universo de los órganos públicos, así como a los entes privados y personas naturales, les toca por su parte interpretar el ordenamiento jurídico desde la Constitución, así como desplegar sus múltiples actividades hacia la Constitución. Esto último se enlaza con lo que Zagrebelsky ha destacado como esencial al constitucionalismo europeo actual, cual es que la Constitución, más que un proyecto político rígidamente ordenador, es un punto en el que deben converger las acciones, sean estas públicas o privadas, con el fin de construir una administración, una legislación, una judicatura, una economía o una seguridad social inspiradas y legitimadas en la Constitución. El edificio de lo constitucional se construye, según esta visión, tanto con el esfuerzo, los proyectos y la actividad y participación espontánea de todos los actores sociales, como con la carga de principios y valores que la Constitución aporta. Tal edificio no es pues una pura ejecución

⁴ Eduardo Jorge Prats. *Derecho Constitucional*. Volumen I. Ius Novum. Santo Domingo, República Dominicana, 2013, pp. 394-395.

de la Constitución, sino una realización de los valores y principios que ésta reconoce (Cf. G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Trotta, págs. 12 y ss.)⁵.

Resulta importante a los efectos de esta breve nota, que la interpretación constitucional tiene que respetar lo que establece la Constitución. Esta afirmación parece de perogrullo, y a cualquier jurista podría resultar redundante o innecesaria, siempre que no haya analizado lo que ocurre en Venezuela.

Y es que la interpretación judicial de la Constitución debe ejercerse en interés del cumplimiento y efectividad de sus normas y principios axiológicos, con absoluto respeto, por tanto, de la supremacía normativa e ideológica que la Ley Fundamental efectúa sobre el Juez Constitucional, siendo que:

Los pronunciamientos que, sin referirse al núcleo central del debate objeto de la decisión, afectan a un tema colateral relevante para la misma, normalmente vinculados con los razonamientos jurídicos esbozados para afinar la solución al caso, no serán por lógica, vinculantes, ni en este ni en otro sentido (...) Ello significa que en la solución de los recursos de interpretación constitucional, ella no podrá convertirse, merced a las consideraciones que se hicieron sobre los principios de competencia, separación de poderes y su relación con la función de seguridad del Estado de Derecho, en un obstáculo ni en un contralor del ejercicio de las funciones de los órganos del Poder Público. En línea con este razonamiento, la Sala no podrá suplir las potestades de los órganos del Poder Público u ordenar la manera en que se desempeñarán en el ejercicio de sus actividades propias, pues a todos ellos cabe actuar según sus competencias y de acuerdo con el derecho⁶.

En consecuencia, los órganos del Poder Público, en la consecución de sus cometidos, no tienen más dirección y vigilancia que la que establezca la Constitución, las leyes y demás normas aplicables. *“Sería impropio del poder garantizador de la Constitución que ejerce esta Sala y a través de este recurso, el velar motu proprio y de manera indiscriminada, por la eficacia y eficiencia, incluso en la realización de la Constitución, de los órganos legislativos y administrativos de la jerarquía que fuesen”*⁷.

Luego, la interpretación de la Constitución, como lo advirtió la Sala Constitucional en sentencia que hemos citado antes, tiene unos límites que vienen dados por la propia Constitución, por los principios de racionalidad y razonabilidad, mediante lo cual se debe respetar el delicado margen de acción de cada uno de los órganos del Poder Público. La interpretación que se realice de la Constitución no debe jamás interferir en el ámbito de las funciones propias de cada órgano del Estado definidas por la misma Constitución. Se debe respetar la distribución de funciones consagradas por la Constitución para conservar el equilibrio entre los poderes del Estado⁸.

⁵ Sentencia N° 1347 de la Sala Constitucional del TSJ del 09-11-2000. Caso Ricardo Combellas. Magistrado ponente José Manuel Delgado Ocando.

⁶ Ídem.

⁷ Ídem.

⁸ Para Monroy Cabra la interpretación debe respetar la llamada “regla de corrección funcional” en virtud de la cual *“el intérprete deberá respetar el marco de distribución de las funcio-*

Luego, para hablar de interpretación constitucional es necesario entender que la aplicación del derecho en nuestro ordenamiento jurídico está sujeta a la norma suprema, la Constitución es el límite y ninguna interpretación puede contrariar sus preceptos, sus principios, sus valores, sus reglas y sus normas.

Ciertamente, como advierte Jorge Prats, es posible que la Constitución mute por la vía de la interpretación constitucional, lo que sería constitucionalmente admisible en cuando se justifique en un cambio de sentido del enunciado lingüístico que no sea contradictorio con el programa normativo de la Carta Magna⁹.

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado esto en términos muy claros:

La Corte Constitucional como guardiana de la integridad de la Constitución tiene la misión de confrontar las leyes con sus preceptos y excluir aquellas que los quebranten, lo que garantiza que la Carta siempre se mantenga como parámetro objetivo de la validez de las restantes normas del ordenamiento y que en todo momento pueda distinguirse lo que es obra del poder constituyente y lo que entra en el campo de los poderes constituidos. De lo dicho se desprende la existencia de un límite cierto a la función interpretativa de los poderes constituidos: sus actos no pueden fungir como interpretación auténtica de la Constitución y elevarse al rango de parámetro constitucional. La Corte en ejercicio de sus atribuciones de defensa del orden constitucional no podría cumplirlas si da cabida a interpretaciones auténticas distintas del fiel entendimiento y lectura que ella misma debe en cada caso hacer de su texto¹⁰.

III

Sin embargo, la claridad y certeza con que ve este asunto la Corte Constitucional de la hermana República, lamentablemente no es compartida por nuestra Sala Constitucional, quien desde hace años viene interpretando la Constitución obviando los límites a los que hemos hecho referencia, entendiendo que ella es la única interprete, pero lo más grave, realizando la actividad interpretativa de espaldas a la propia Constitución.

El análisis interpretativo que ha venido haciendo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no busca armonizar el entendimiento y aplicación de los principios constitucionales, sino favorecer a una posición política (la del partido político de gobierno) en desmedro de la propia Carta Magna.

De manera especialmente relevante, la Sala Constitucional ha dedicado un número alarmantemente alto de sentencias contra la Asamblea Nacional como órgano legislativo y de control político del poder público nacional, en donde la Sala ha echado mano de su facultad interpretativa de la Constitución para decidir, increíblemente, contra el texto constitucional.

nes estatales establecido en la Constitución". Marco Gerardo Monroy Cabra. La Interpretación de la Constitución. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá, 2002, p. 89.

⁹ Jorge Prats. Ob cit, p. 426.

¹⁰ Sentencia C-531 de 1993 citada por Monroy Cabra. Ob. Cit., pág. 122.

Desde el 06-12-2015, fecha en la cual la oposición democrática al gobierno de Nicolás Maduro, ganó la mayoría de los curules de la Asamblea Nacional, a la fecha de redacción de esta monografía, 15-11-2019, el Tribunal Supremo de Justicia, especialmente la Sala Constitucional, pero también la Sala Electoral, ha dictado ciento trece sentencias¹¹, todas contrarias a las pretensiones procesales de la Asamblea Nacional, todas las cuales limitan o anulan competencias del Parlamento venezolano.

Para ello se ha basado el Tribunal Supremo de Justicia en un supuesto “desacato” de la Asamblea Nacional contra las decisiones del órgano judicial¹². Vale destacar que el desacato es una figura procesal contenida en la Ley Orgánica de Amparo y Garantías Constitucionales que consiste en sancionar a la persona que, siendo parte de un proceso de amparo constitucional, no cumpla con el fallo dictado por un juez.

Dicha figura, por ser sancionatoria, es de aplicación restrictiva y solo podría aplicarse en esos casos en concreto, y no ante cualquier proceso judicial que conozca el Tribunal Supremo de Justicia; ergo, no es admisible la figura del desacato esgrimida por ese Tribunal en la actualidad, según la cual, por haber –supuesta y negadamente– incurrido la Asamblea Nacional en desacato en un caso en concreto, serían nulas todas las actuaciones posteriores de este órgano de jerarquía constitucional.

Como la intención de este trabajo es analizar esta –fallida– postura interpretativa de la Sala Constitucional, tomaremos algunas pocas de estas ciento trece sentencias, para demostrar como la Sala Constitucional no hace una verdadera labor de interpretación de la Constitución, sino que falla en contra de los principios de la Carta Magna y el constitucionalismo venezolano.

Comencemos por la sentencia que declaró la constitucionalidad de un decreto de estado de excepción por emergencia económica dictado por el presidente de la República sin la aprobación de la Asamblea Nacional.

La Constitución venezolana establece en su artículo 339 que el decreto presidencial que declare el Estado de Excepción debe ser presentado ante la Asamblea Nacional, dentro de los ocho días siguientes a su promulgación, para su consideración “y aprobación” y a la Sala Constitucional para que esta se pronuncie sobre su constitucionalidad.

Vale destacar que la Constitución en la norma del artículo 339 establece dos supuestos diferenciados: **(i)** la aprobación del decreto de Estado de Excepción por parte de la Asamblea Nacional y **(ii)** la declaratoria de constitucionalidad por parte de la Sala Constitucional. Siendo diferenciados, uno no es negatorio del otro. Pero, la falta de uno determina la falta de validez del decreto.

¹¹ <https://www.accesoalajusticia.org/tsj-venezolano-una-fabrica-de-sentencias-contra-el-parlamento/>

¹² Sentencia N° 1 del 11-01-2016 de la Sala Electoral del TSJ.

Nos explicamos: siendo dos hechos distintos, puede ocurrir que el decreto sea declarado constitucional por la Sala Constitucional, y, sin embargo, no sea aprobado por la Asamblea Nacional en ejercicio de su control político, que es competencia y característica esencial de los Parlamentos. Esto es, siendo aún constitucional, según el Tribunal Supremo de Justicia, si el decreto no cuenta con aprobación parlamentaria, el mismo no es válido ni surte efectos jurídicos. También podría pasar lo contrario, que el Parlamento apruebe un decreto de estado de excepción que sea luego considerado inconstitucional por el máximo órgano judicial. En cualquiera de ambos supuestos, el decreto nunca podría ser jurídicamente válido ni surtir efectos.

Lo que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no dice en ninguna parte, ni es su espíritu, es que la declaratoria de constitucionalidad dictada por la Sala Constitucional implica la obligación de la Asamblea Nacional de proceder a la aprobación de un decreto de estado de excepción. Y esto tiene una justificación sencilla: la Asamblea Nacional tiene el mismo rango de importancia y jerarquía constitucional que el Tribunal Supremo de Justicia y que el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, la Sala Constitucional, en su falaz ejercicio interpretativo arbitrario y doloso, determinó en sentencia N° 4 del 20-01-2016, que el Decreto N° 2.184, dictado por el presidente de la República que decreta estado de emergencia económica, no solo es constitucional, sino que ordenó su validez jurídica y publicación en Gaceta Oficial, sin verificar que la Asamblea había desaprobado dicho decreto.

Así lo señaló la Sala, en un claro lenguaje de contenido político proselitista:

En fuerza de las anteriores consideraciones, esta Sala Constitucional debe pronunciarse afirmativamente respecto de la constitucionalidad del Decreto n.º 2.184, mediante el cual se declara el Estado de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y su ordenamiento jurídico, por un lapso de sesenta (60) días, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º 6.214 Extraordinario del 14 de enero de 2016, en la medida en que cumple los extremos de utilidad, proporcionalidad, tempestividad, adecuación, estricta necesidad para solventar la situación presentada y de completa sujeción a los requisitos constitucionales, dirigiéndose a adoptar las medidas oportunas que permitan atender eficazmente la situación excepcional; extraordinaria y coyuntural por la cual atraviesa la economía venezolana, e igualmente mitigar los efectos de la inflación inducida, de la especulación, del valor ficticio de la divisa, el sabotaje a los sistemas de distribución de bienes y servicios, así como también contrarrestar las consecuencias de la guerra de los precios petroleros, que ha logrado germinar al calor de la volátil situación 'geopolítica internacional actual,' que 'ha impactado de manera sustantiva el ingreso nacional', por lo cual se circunscribe a una de las diversas clasificaciones contempladas en el artículo 338 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Elo así, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, declara la constitucionalidad del Decreto n.º 2.184, dictado por el Presidente de la República, mediante el cual declara el Estado de Emergencia Económica en todo el territorio Nacional, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y su ordenamiento jurídico, por un lapso de sesenta (60) días, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º

6.214 Extraordinario del 14 de enero de 2016, el cual deberá ser acatado y ejecutado por todo el Poder Público y la colectividad, conforme a sus previsiones y al resto del orden constitucional y jurídico en general, para alcanzar cabalmente sus cometidos. Así se decide.

No es cierto que la sentencia a que hace referencia el artículo 338 constitucional, deba ser *“acatada y ejecutada por todo el Poder Público”*, ya que según la propia norma de ese artículo 338, la Asamblea Nacional *“puede”* (tiene la facultad, que no la obligación) aprobar el decreto de estado de excepción. Una interpretación distinta, como la que hizo la Sala Constitucional en la sentencia comentada, es negar la potestad de control político y el sistema de pesos y contrapesos tan necesario en las democracias.

Luego, tal fallo de la Sala Constitucional pretendió hacer una interpretación de la Constitución que contraría lo que la propia carta magna establece de manera expresa.

Otra sentencia por comentar es la dictada por la Sala Constitucional el 01-03-2016 bajo el N° 9, donde, increíblemente, interpretó las funciones de la Asamblea Nacional *“y establece sus límites democráticos para garantizar el equilibrio entre Poderes”*.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece como una de las funciones principales de la Asamblea Nacional el *“Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y la ley”*.

Una de las formulas históricas de control parlamentario es la figura de las interpelaciones a funcionarios de la Administración Pública Nacional, que fue anulado por la sentencia *in commento*:

A su vez, parte fundamental del sistema de controles y equilibrios a lo interno del Poder Público Nacional, puede apreciarse en los artículos 186 y siguientes del Texto Fundamental, respecto de todos los órganos del Poder Público; quedando evidenciado, en síntesis, que las fuentes del derecho han reconocido y esta Sala declara, que el control político-parlamentario previsto en los artículos 187.3, 222, 223 y 224 constitucionales se circunscribe en esencia al Ejecutivo Nacional, dentro del marco Constitucional; base sobre la cual deberán interpretarse las normas infra-constitucionales.

Así, una principal expresión a la cual se circunscribe ese control político-parlamentario en lo que atañe al Jefe del Ejecutivo Nacional (artículo 226 Constitucional), se evidencia en el artículo 237 *eiusdem*, según el cual el Presidente o Presidenta de la República presentará cada año personalmente a la Asamblea Nacional un mensaje en el que dará cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior; ámbito al cual se ajusta ese control en lo que respecta al Jefe del Estado y del Ejecutivo Nacional.

Por su parte, en lo que respecta al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, órgano directo y colaborador inmediato del Presidente o Presidenta de la República en su condición de Jefe o Jefa del Ejecutivo Nacional (artículo 238 Constitucional); ese control se expresa en la moción de censura al mismo, dentro del marco Constitucional (artículo 240 *eiusdem*).

A su vez, respecto de los Ministros y Ministras, el control parlamentario encuentra expresión esencial en el artículo 244 Fundamental, cuando dispone que

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

los mismos “presentarán ante la Asamblea Nacional, dentro de los primeros sesenta días de cada año, una memoria razonada y suficiente sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior, de conformidad con la ley.

La sentencia va desde ya perfilando que el control parlamentario es limitado a la presentación de la memoria y cuenta de los funcionarios públicos a que hace referencia la Constitución o a la moción de censura. Así se destaca de párrafos siguientes:

Así pues, dicho control, en primer término, está referido a la presentación de la memoria y cuenta en las condiciones que ordena el artículo 244 eiusdem. Por su parte, el artículo 245 Constitucional, como sistema de contrapeso, le da a los Ministros o Ministras derecho de palabra en la Asamblea Nacional y en sus comisiones; e, inclusive, dispone que podrán tomar parte en los debates de la Asamblea Nacional, sin derecho al voto, también dentro del marco constitucional y, por ende, dentro del marco de los postulados de utilidad, necesidad, racionalidad, proporcionalidad y colaboración a lo interno del Poder Público.

Seguidamente, el artículo 246 prevé la consecuencia del ejercicio del control parlamentario sobre Ministros y Ministras, cuando dispone que “la aprobación de una moción de censura a un Ministro o Ministra por una votación no menor de las tres quintas partes de los o las integrantes presentes de la Asamblea Nacional, implica su remoción. El funcionario removido o funcionaria removida no podrá optar al cargo de Ministro o Ministra, de Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva por el resto del período presidencial”. Evidentemente, tal actuación, al igual que las demás, debe ser compatible con el resto de reglas, valores y principios constitucionales.

Nótese como el fallo va limitando el espectro del control parlamentario, al punto de someterlo a un proceso de coordinación con el Poder Ejecutivo. Es decir, para ejercer control parlamentario sobre funcionarios del Poder Ejecutivo:

Fuera de esos casos, respecto de los demás funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional, distintos al Presidente o Presidenta de la República, Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, y Ministros y Ministras, el control político en este contexto, se concreta a través de los mecanismos previstos en los artículos 222 y 223 del Texto Fundamental, conforme a las demás reglas, valores y principios que subyacen al mismo, especialmente, el axioma de colaboración entre poderes, así como los de utilidad, necesidad y proporcionalidad, para que logre su cometido constitucional y, por ende, para impedir que ese control afecte el adecuado funcionamiento del Ejecutivo Nacional, y, en consecuencia, evitar que el mismo termine vulnerando los derechos fundamentales; para lo cual debe observarse la debida coordinación de la Asamblea Nacional con el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, tal como lo impone el artículo 239.5 Constitucional, para encausar la pretensión de ejercicio del referido control (canalización de comunicaciones, elaboración de cronograma de comparecencias, etc.), respecto de cualquier funcionario del Gobierno y la Administración Pública Nacional, a los efectos de que, conforme a la referida previsión constitucional, la Vicepresidencia Ejecutiva de la República centralice y coordine todo lo relacionado con las comunicaciones que emita la Asamblea Nacional con el objeto de desplegar la atribución contenida en el artículo 187.3 Constitucional, desarrolladas en los artículos 222 al 224 eiusdem; además de la consideración de las circunstancias políticas, económicas y sociales en general que imperasen en la República para el momento en el que se coordina y ejerce el referido control, tal como ocurre en la actualidad, en la que principalmente el Ejecutivo Nacional, como en todo sistema presidencialista o semipresidencialista de gobierno (cuya característica elemental es que gran parte de las funciones cardinales del Estado recaen sobre el jefe del referido poder), está aten-

diendo de forma especial la situación de emergencia económica que existe en el país (ver sentencia de esta Sala n° 7 del 11 de febrero de 2016), circunstancia que amerita toda la colaboración posible entre los diversos órganos del Poder Público (ver artículo 136 Constitucional), para superar esa situación excepcional que se ha venido manteniendo y que tiene visos regionales y mundiales; circunstancia que también convoca al Poder Legislativo Nacional, el cual debe sopesar que especialmente en estas circunstancias, la insistencia de peticiones dirigidas hacia el Poder Ejecutivo Nacional e, inclusive, hacia el resto de poderes públicos, pudiera obstaculizar gravemente el funcionamiento del Estado, en detrimento de la garantía cabal de los derechos de las ciudadanas y ciudadanos, así como también de los derechos irrenunciables de la Nación (ver artículo 1 Constitucional).

Advertir como la Sala Constitucional limita el control político a la rendición de memoria y cuenta del presidente y ministros, y al voto de censura del presidente. Pero el mismo fallo va más allá:

En este contexto, debe indicarse que la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, es pasible de control a través de su Comandante en Jefe y del control parlamentario mediante el control político que se ejerce sobre su Comandante en Jefe y autoridad jerárquica suprema: El Presidente o Presidenta de la República; el cual, como se advierte del artículo 237 Constitucional, dentro de los diez primeros días siguientes a la instalación de la Asamblea Nacional, en sesiones ordinarias, presentará cada año personalmente a esa Asamblea un mensaje en que dará cuenta de los aspectos políticos, económicos, sociales y administrativos de su gestión durante el año inmediatamente anterior (a ello se limita el control previsto el artículo 187.3 Constitucional –desarrollados en los artículos 222 y 223, en lo que respecta a dicha Fuerza). Por lo demás, la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (cuyo calificativo “Bolivariana” se cimienta en la propia denominación de la Constitución y de la República homónima -Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, y, por ende, en el ideario de Simón Bolívar, El Libertador, que irradia el Texto Fundamental desde su primer artículo-) está sometida al control constitucional y legal (a través de la ley o leyes respectivas, dentro del marco fundamental), así como de los controles que emanan del Poder Ciudadano y del Poder Judicial; en ejecución del orden jurídico, pues tal como lo dispone el artículo 328 Constitucional, la misma, “en el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna” y “sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación”.

Expresamente la Sala excluye a la Fuerza Armada Nacional de los sujetos de control parlamentario por parte de la Asamblea Nacional. Para la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la Fuerza Armada Nacional es incontrolable, es una caja negra que no puede revisarse parlamentariamente, a pesar de que este componente forma parte integral de la Administración Pública Nacional y que en virtud de lo dispuesto en el artículo 141 constitucional, no hay actuaciones ni personas jurídico-públicas que escapen a los controles que establece la Constitución (judicial, parlamentario y fiscal).

Esta supuesta interpretación es rotundamente contraria al constitucionalismo y la letra de la Constitución venezolana.

Primero porque, como bien señaló en su momento la misma Sala Constitucional que hoy desmerita la importancia de los controles parlamentarios, la institución parlamentaria tiene que ver filosóficamente con la necesidad republicana de limitar el ejercicio del poder, de manera moderada y racional,

ciertamente, pero necesaria de conformidad con los principios democráticos¹³; se requiere, por tanto, el funcionamiento de ciertos órganos que, o bien sirvan de freno a la autoridad misma o garanticen la armonía interorgánica y respeto a los derechos fundamentales.

Y segundo, porque la Constitución no permite excepciones al control. Por ninguna parte la letra de la Constitución refiere sectores no controlables. No hay inmunidades al control. Y el constituyente de 1999 siguió claramente esa línea de pensamiento política-constitucional.

Como ésta, el Tribunal Supremo de Justicia viene haciendo interpretaciones abiertamente contrarias a la Constitución, alterando su espíritu, modificando lo señalado de manera expresa por el constituyente y rompiendo, en ese sentido, la importancia de la figura de la interpretación constitucional, convirtiéndola en un instrumento contrario a su propósito de interpretación.

Aquí hemos analizado unas pocas sentencias que son fiel reflejo de lo que viene ocurriendo con el sistema judicial venezolano y cómo la máxima autoridad judicial de Venezuela ha colaborado en destruir la República y la democracia en la nación.

IV

El maestro García de Enterría, al referirse al Tribunal Constitucional, acostumbrada a decir que es el *"comisario del poder constituyente, encargado de defender la Constitución y de velar que todos los órganos constitucionales conserven su estricta calidad de poderes constituidos"*¹⁴.

Nótese que García de Enterría utiliza el verbo *defender* para referirse a la función del órgano constitucional. Éste está para defender la Constitución, para protegerla, para diseñar mecanismos que permitan que el núcleo de la constitucionalidad sea debidamente preservado.

Por ello, como señala el también maestro Allan R. Brewer-Carías *"es inconcebible bajo este ángulo, o si se quiere, sería una contradicción intrínseca, que un Juez Constitucional pudiera tener como misión la de demoler el Estado de derecho y con ello, destruir las bases del sistema democrático"*¹⁵. No obstante, es esto lo que ha venido haciendo ese órgano, en cabeza de magistrados nombrados de manera ilegal con el claro propósito de controlar el aparato de justicia políticamente en beneficio de Nicolás Maduro.

Al final, como alguna vez lo dijo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, cuando aún actuaba como un órgano judicial y no como un actor político:

¹³ Sentencia N° 33 de la Sala Constitucional del TSJ del 25-01-2001. Caso Baker Hughes.

¹⁴ Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas. Madrid, 1998, p. 199.

¹⁵ Allan R. Brewer-Carías. *La Justicia Constitucional, la demolición del estado democrático en Venezuela en nombre de un "nuevo constitucionalismo", y una tesis "secreta" de doctorado en la Universidad de Zaragoza*. Editorial Jurídica Venezolana International. Panamá, 2018, p. 15.

Esta posición delimita la función político-jurídica que le toca asumir a este Tribunal en cuanto a su función de máximo custodio de la Constitución. De allí que, si bien él se encuentra en la cúspide de los órganos judiciales que refieren sus funciones a la Constitución, su labor consiste, primeramente, de cara al universo de operadores jurídicos, en mantener abierta la posibilidad de que, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, cumplan con sus objetivos, participen plenamente en la toma de las decisiones en que les quepa actuar, y, una vez actuadas estas potencialidades, derechos, deberes o potestades, según sea el caso, controlar en grado a la competencia que la propia Constitución le faculta, la correspondencia de dichas actuaciones con respecto a la norma fundamental.

Lo político administrativo o legislativo, en el sentido de elegir el camino o el modo más acorde con el bienestar social, si bien el procedimiento de su elección en muchos casos viene ya señalado por la Constitución, así como los campos en que se mueve la realidad social a que deben prestar sus servicios, sólo le corresponde dictarlo a los entes que ejercen las estrictas funciones político administrativas o legislativas, sin que este Tribunal ex ante les señale la mejor forma de hacerlo.

8.- En definitiva, la Sala se cuidará, con el mayor rigor, al absolver un recurso de interpretación, pues es su propio juez y freno, de no pronunciarse sobre acciones a ser ejecutadas, programas a ser encaminados, políticas a ser establecidas o, en fin, sobre la manera de ejercer sus funciones otros órganos; siempre orientándose dentro del marco teleológico de la norma que estuviere en cuestión, sea que ésta persiga definir diferentes grados de organización y cohesión de la vida social, establecer autoridades y roles sociales, reglas de comportamiento o directivas para la acción, procedimientos para la resolución de conflictos, o la distribución del uso de la fuerza; ya sea que dichas normas respondan a la función conservadora o promocional que se le asigna al derecho, con sus respectivos mecanismos positivos o negativos de control¹⁶.

¹⁶ Sentencia N° 1347 de la Sala Constitucional del TSJ del 09-11-2000. Caso Ricardo Combellas. Magistrado ponente José Manuel Delgado Ocando.

LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS EN EL ZULIA DURANTE LA PANDEMIA COVID-19

Juan Alberto Berríos Ortigoza*

1. Consideraciones preliminares

Una característica de la regulación en tiempos de pandemia ha sido la restricción de derechos a través de decretos de gobernadores y alcaldes, divulgados mediante anuncios por radio y televisión, y/o redes sociales. El decreto nacional de estado de alarma, dictado el 13 de marzo, prorrogado el 12 de abril, y extendido el 12 de mayo y el 11 de junio, ha sido una de las referencias para las regulaciones regionales y locales, pero también, otros anuncios informales de la administración de Nicolás Maduro.

A la par, el estado de excepción por emergencia económica ha mantenido su vigencia desde enero de 2016, persistiendo el desconocimiento a las competencias representativas, legislativas y contraloras de la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015, y prolongándose *sine die* el funcionamiento de la asamblea nacional constituyente organizada en 2017. Es decir, estos decretos restrictivos de derechos han sido dictados en el contexto de un estado de cosas inconstitucional que ha involucrado, además, una emergencia humanitaria compleja.

Antes de estudiar el contenido de los decretos restrictivos de derechos dispuestos por el Gobernador del Estado Zulia y los alcaldes de esta región, es preciso hacer referencia a la regulación prevista en los decretos de estado de alarma dictados en marzo y mayo, para examinar su alcance.

2. Restricciones contenidas en el decreto nacional de estado de alarma

El estado de alarma fue establecido mediante el decreto N° 4.160, publicado en la Gaceta Oficial de la República N° 6.519 extraordinario de 13-03-2020. El 24 de marzo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justi-

* Abogado y Magíster en Ciencia Política y Derecho Público de LUZ. Doctor en Derecho por la UNED. Docente e investigador en LUZ y UCAB. Coordinador general de la Comisión para los Derechos Humanos del Estado Zulia (CODHEZ).

cia, declaró su conformidad constitucional mediante la sentencia 57/2020¹, obviándose el trámite aprobatorio ante la Asamblea Nacional.

El decreto contiene cinco capítulos. El primero, relativo a disposiciones generales, dispone un mandamiento para todas las autoridades del Poder Público, incluyendo gobernadores y alcaldes, en los siguientes términos (artículo 2):

Todas las autoridades del Poder Público venezolano, en sus ámbitos nacional, estatal y municipal, darán cumplimiento urgente y priorizado a este Decreto de Estado de Excepción y mantendrán oportunamente informado al Ejecutivo Nacional, por órgano de la Vicepresidencia Ejecutiva, sobre todas las situaciones bajo su competencia que resulten o pudieran resultar afectadas con ocasión de los riesgos de la epidemia del coronavirus COVID-19.

También, en este primer capítulo se habilita a la Vicepresidenta Ejecutiva y las(os) ministras(os), para desarrollar mediante resolución las medidas previstas en el decreto (artículo 4):

La Vicepresidenta Ejecutiva de la República Bolivariana de Venezuela, los Ministros y Ministras, en el marco de sus competencias materiales, desarrollarán 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.

El segundo capítulo contiene las “medidas inmediatas de prevención”. Destaca, como premisa general, la declaratoria de “emergencia permanente” del sistema de salud para la prevención y atención de casos de COVID-19 que se puedan presentar (artículo 6). En atención a esta circunstancia, *“Todas las autoridades sanitarias, funcionarios y empleados públicos de los establecimientos públicos de salud en los ámbitos nacional, estatal y municipal deberán cumplir las órdenes directas emanadas del Ministro del Poder Popular para la Salud, en cuanto sean necesarias para responder a la emergencia sanitaria declarada en este decreto”*.

Como “medidas inmediatas de prevención” el capítulo contempla las bases para las restricciones a la circulación (artículo 7) y la suspensión de actividades (artículos 8 y 9), el uso obligatorio de mascarillas que cubran boca y nariz (artículo 10), la suspensión de actividades escolares y académicas en todo el territorio nacional (artículo 11), la suspensión de *“cualquier evento de aforo público o que suponga aglomeración de personas”* (artículo 12), reglas para los establecimientos de expendio de comidas y bebidas (artículo 13), la orden de cierre de parques, playas y balnearios (artículo 14), la potestad de suspensión de vuelos internacionales (artículo 15), medidas de control sanitario en medios de transporte y áreas de puertos, aeropuertos, terminales y puntos de fronteras (artículo 16), y medidas para la atención sanitaria (artículos 17 al 22).

¹ En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/309859-0057-24320-2020-20-0187.HTML>

Se observa que los artículos 7 y 8 estipulan la potestad del Presidente de la República para ordenar, mediante decreto en ejecución del decreto de estado de alarma, restricciones a la circulación y la suspensión de actividades “*en determinadas áreas o zonas geográficas*”.

En relación con las restricciones a la circulación, el artículo 7 prevé una serie de bases que deben ser desarrolladas mediante decreto presidencial. En primer lugar, se refiere lo siguiente:

Los Decretos mediante los cuales se acuerden las restricciones señaladas en el encabezado de este artículo observarán 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.

Otra base que contempla el artículo 7 para desarrollar restricciones a la circulación está orientada a reducir la movilidad:

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.

Una vez impuestas las restricciones a la circulación en determinadas áreas o zonas geográficas mediante decreto presidencial, corresponde la competencia ejecutiva a los ministros en materia de tránsito, relaciones interiores y transporte de coordinar con las autoridades de los Estados y municipios el “*estricto cumplimiento*” de tales regulaciones específicas. Estas autoridades ejecutivas, “[a] tal efecto, podrán establecer los mecanismos idóneos para facilitar las autorizaciones para tránsito y su ágil verificación, así como las medidas de seguridad necesarias” (artículo 7).

Se advierte, entonces, que no se habilita a autoridades ejecutivas de los estados y municipios para establecer o desarrollar restricciones a la circulación. Ni gobernadores ni alcaldes tienen potestad constitucional restringir derechos, tampoco en el marco de un estado de excepción², cuya regulación –que debe ser específica y precisa– mediante decreto corresponde en exclusiva al Presidente de la República en Consejo de Ministros, con las limitaciones y los controles previstos en los artículos 337 al 339 de la Constitución. Estas consideraciones son extensivas al artículo 8 del decreto de estado de alarma relativo a la potestad del Presidente de la República de sus-

² TSJ, Sala Constitucional, sentencia 780/2011, de 24 de mayo, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/780-24511-2011-05-0153.HTML>.

pender mediante decreto actividades “en determinadas zonas o áreas geográficas”, con excepción de las señaladas en el artículo 9.

El tercer capítulo contiene las “medidas concurrentes en caso de contagio o sospecha de contagio”, regulando la cuarentena y el aislamiento para “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” (artículo 23), y también, para “las personas que [...] hubieren estado expuestos a pacientes sospechosos o confirmados de haber contraído el coronavirus que causa la Covid-19” (artículo 24). El resto de los artículos de este capítulo regula el alcance de estas medidas sanitarias, aunque sin ordenar una cuarentena masiva.

El capítulo cuarto crea y regula la “Comisión Presidencial para la Prevención y Control del Coronavirus (Covid-19)”, designándola como “órgano rector para la implementación del estado de alarma”.

Entre las disposiciones finales, se destaca la segunda, cuyo contenido expresa que “[l]a Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, central y descentralizada, prestará el apoyo para las medidas e implementará los planes y protocolos aplicables según sus competencias para prevenir y controlar este suceso sanitario, bajo la coordinación que corresponda al Ejecutivo Nacional”. En este sentido, se reitera la intervención de las autoridades de los estados y municipios en la implementación de las medidas de control sanitario bajo la coordinación del Ejecutivo nacional.

El estado de alarma fue prorrogado mediante el decreto N° 4.186, publicado en la Gaceta Oficial de la República N° 6.528 extraordinario, de 12-04-2020, cuya constitucionalidad fue declarada por la Sala Constitucional del Tribunal mediante la sentencia 58/2020, de 22 de abril³. Al finalizar esta prórroga, se dictó el decreto N° 4.198, publicado en la Gaceta Oficial de la República N° 6.535 extraordinario, de 12-05-2020, con el propósito de extender el estado de alarma como ha sido la práctica desde enero de 2016 en relación con el estado de emergencia económica. Este decreto reproduce en su totalidad el contenido del decreto de 13 de marzo. La constitucionalidad de esta extensión fue declarada por la Sala Constitucional mediante la sentencia 63/2020, de 21 de mayo⁴. A su vez, este decreto N° 4.198 fue prorrogado mediante el decreto N° 4.230, publicado en el N° 6.542 extraordinario de la Gaceta Oficial de la República, de 11-06-2020.

En lo sucesivo, se han dictado otros decretos nacionales en ejecución del estado de alarma, estableciendo restricciones horarias para la movilidad en algunos municipios y estados. Es el caso de los decretos para el estado Nueva Esparta (Gaceta Oficial de la República N° 6.530 extraordinario, de 19 de abril), y los municipios Simón Bolívar y Pedro María Ureña del estado

³ En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/309860-0058-22420-2020-20-0187.HTML>

⁴ TSJ, Sala Constitucional, sentencia 63/2020, de 21 de mayo, expediente 20-0198.

Táchira (Gaceta Oficial de la República N° 6.525 extraordinario, de 6 de abril), Páez del estado Apure (anunciado el 18 de mayo), y Gran Sabana del estado Bolívar (anunciado el 19 de mayo). En el Zulia estos decretos se han dictado para los municipios Guajira y Jesús María Semprún (anunciado el 19 de mayo), y Mara (anunciado el 29 de mayo).

Durante la vigencia del estado de alarma se ha constatado que la coordinación en el diseño y la implementación de la política pública sanitaria para atender la emergencia ha sido deficiente. Tanto los decretos de restricciones por autoridades de las ramas ejecutivas de los estados y municipios, como los anuncios informales a través de radio, televisión y redes sociales, que han dado lugar a desinformación, confusión, abusos, y en definitiva, a transgresiones a derechos y garantías constitucionales, son evidencias de la improvisación. El caso del estado Zulia, uno de los más afectados por la pandemia, demuestra los riesgos prácticos de establecer regulaciones inconstitucionales para afrontar una emergencia sanitaria.

3. Restricciones decretadas por el Gobernador del Zulia

Luego de decretarse el estado de alarma, el Gobernador del Estado Zulia dictó el decreto N° 822, estableciendo que *“se declara estado de alerta en todo el territorio del estado Zulia, por ser un hecho público, notorio y comunicacional la emergencia nacional decretada por el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela en el marco de la pandemia mundial por el virus Covid-19 ‘coronavirus’”*⁵. Este decreto se publicó en la Gaceta Oficial del Estado Zulia N° 2.809 extraordinario, de 16-03-2020⁶. La base normativa aludida en el decreto es la siguiente:

⁵ Para el estudio de este acto normativo se copia de forma textual su contenido sin advertir, por numerosas, tanto las inexactitudes como las faltas ortográficas y gramaticales con el adverbio *sic*.

⁶ El 13 de marzo se divulgó en Carabobo el decreto del Gobernador N° 1.341 que declara el “estado de alerta” en esa entidad federal. El texto puede consultarse en <http://www.carabobo.gob.ve/wp-content/uploads/2020/03/Decreto-1341-Estado-de-Alerta-en-Carabobo.pdf> También, el 13 de marzo, en Apure se publicó el decreto G-137 en el N° 87 ordinario de la Gaceta Oficial de esta entidad. Otros ejemplares de decreto regional corresponden a Miranda. El decreto 2020-0054 que declara el “estado de emergencia” fue publicado el 13 de marzo en el N° 5.052 de la Gaceta Oficial del estado; y el decreto 2020-0055 “*mediante el cual SE SUSPENDE la apertura al público de los locales y establecimientos comerciales, a excepción de los establecimientos comerciales de venta de alimentos, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, médicos, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, combustible para vehículos y alimentos para animales domésticos*”, publicado en el N° 397 extraordinario de la Gaceta Oficial del estado. El decreto 2020-0054 puede consultarse en <http://www.miranda.gob.ve/wp-content/uploads/2020/03/Gaceta-Ofc-Ord-5052.pdf>, y el decreto 2020-0055 puede leerse en <http://www.miranda.gob.ve/wp-content/uploads/2020/03/GACETA-OFC-EXT-0397-COVID-19-DEF.pdf> En Lara, la Gobernadora divulgó a través de su cuenta personal en Twitter el decreto número 04039(G), de 17 de abril, que establece una serie de restricciones, similares a las previstas en los decretos de otros estados. El texto del decreto, compartido en imágenes, está disponible en <https://mobile.twitter.com/gestionperfecta/status/1251495307675869185>; y <https://mobile.twitter.com/gestionperfecta/status/1251498638930575360>.

En uso de las atribuciones que le confiere el artículo 160 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; los artículos 68, 77, 78 numeral 21 y 81 de la Constitución del estado Zulia, publicada en la Gaceta Oficial del estado Zulia Extraordinaria N° 772 de fecha 13 de agosto de 2003; artículos 3 y 5 de la Ley de Administración Pública del estado Zulia, de fecha 29 de septiembre de 2015, publicada en Gaceta Oficial del estado Zulia ordinaria Nro. 5178 de fecha 02 de octubre de 2015; artículos 14 y 15 numeral 4 de la Ley Orgánica de Salud de fecha 17 de septiembre de 1998, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.263 de la misma fecha, en concatenación con lo dispuesto en los artículos 7, 14 y 72 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 2.818, de 01 julio de 1981.

Cabe advertir que la citada Constitución del Zulia fue reformada como consecuencia de su declaratoria de inconstitucionalidad parcial, mediante sentencia 597/2011, de 26 de abril, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁷. La Constitución vigente de la entidad fue publicada en la Gaceta Oficial del estado Zulia N° 1.573 extraordinario, de 21-12-2011. En específico, el precepto que regula la competencia referida por el Gobernador, es el numeral 21 del artículo 78 que prevé la potestad de “[d]eclarar el estado de emergencia, en los casos de calamidad pública o de conmoción civil y tomar las medidas necesarias para la reparación de los daños causados, pudiendo disponer de los recursos que se requieran para superar la situación y garantizar la vida y la seguridad de la población afectada”. Este precepto es inconstitucional pues en el contexto de circunstancias extraordinarias es potestad exclusiva del Presidente de la República en Consejo de Ministros decretar estados de excepción, y en consecuencia, restringir derechos constitucionales en los términos previstos en los artículos 337 al 339 de la Constitución. Asimismo, entre los considerandos del decreto del Gobernador se afirma “[q]ue corresponde al Gobernador, en su carácter de Jefe de estado y del Ejecutivo, dirigir la acción de gobierno y de la Administración Pública Estatal, así como dictar las medidas que considere convenientes para la conservación de la salubridad pública”, y:

Que es deber del ciudadano Gobernador, según la Constitución del Estado Zulia, cumplir y hacer cumplir las decisiones del Poder Nacional, así como, decretar Estado de alarma y de Emergencia, ante acontecimientos que pongan en peligro al estado y sus ciudadanos, pudiendo dictar órdenes, instrucciones y coordinar la acción de las diversas dependencias de la Administración Pública Nacional, central o descentralizada, que actúan en el estado Zulia, de conformidad con la ley.

Sobre una regulación similar, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró la inconstitucionalidad de la competencia atribuida por la Constitución del estado Yaracuy al gobernador relativa a “tomar las medidas necesarias” en circunstancias de emergencia. En criterio de la Sala Constitucional, desarrollado en la sentencia 780/2011, de 24 de mayo⁸:

[...] en ejecución de los preceptos normativos contenidos en la Constitución de la República [...] y la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, no es posible que una autoridad distinta al Presidente de la República en Consejo de Minis-

⁷ En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/597-26411-2011-03-2594.HTML>

⁸ En <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/780-24511-2011-05-0153.HTML>

tros, pueda asumir competencias relativas a la declaratoria y gestión de los estados de excepción, en sus diferentes formas, como lo son el estado de alarma, estado de emergencia económica, estado de conmoción interior y estado de conmoción exterior.

Sin embargo, no escapa al examen de esta Sala que existan supuestos en los cuales también se verifican circunstancias excepcionales, que generan la necesidad de establecer un régimen jurídico especial que permita a los entes y órganos de la Administración Pública atender de forma efectiva la satisfacción del interés general, ya que es un hecho incontrovertible, que la Administración confronta una serie de incalculables situaciones que imposibilitan el correcto desenvolvimiento de su actividad, tales como desastres o acontecimientos que alteren la estructura social y económica de la comunidad o su funcionamiento cotidiano, produciendo daños materiales o pérdidas de vidas humanas, entre otras causas; en los cuales no se justifica la aplicación del régimen estatutario de derecho público regulado en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, pero que requieren de medidas extraordinarias efectivas para regresar a la normalidad y garantizar el desarrollo de la actividad de la Administración.

Uno de los supuestos más significativos de normas estatutarias, que coexisten con la regulación contenida en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, para la gestión de circunstancias especiales, es la prevista como parte de las competencias del Poder Público Nacional, referida al *"régimen de la administración de riesgos y emergencias"* –Cfr. Artículo 156.9 de la Carta Magna– con base a la cual la Asamblea Nacional dictó leyes, como la Ley de la Organización Nacional de Protección Civil, que permite que *"el Presidente de la República, el Gobernador o el Alcalde en sus respectivas jurisdicciones declararán la existencia de un estado de alarma o de emergencia, y en el mismo acto la clasificarán según su magnitud y efectos, y determinarán las normas pertinentes, propias del régimen especial para situaciones de desastre"* –Cfr. Artículo 34 *eiusdem*–.

En tales casos, no cabría cuestionarse si conforme a las consideraciones antes expuestas, el contenido de la Ley de la Organización Nacional de Protección Civil es contrario a las competencias exclusivas que la Constitución confiere en sus artículos 337 al 339, respecto a los estados de excepción y sus distintas manifestaciones, toda vez que al constituirse tanto el régimen de los estados de excepción como el de administración de riesgos y emergencias –así como la legislación general en las materias mencionadas en el artículo 156.32 de la Constitución–, como competencias propias del Poder Público Nacional, comporta que la Asamblea Nacional ostente un amplio margen para la regulación de la actividad de los órganos y entes del Poder Público para afrontar situaciones de emergencias o crisis de cualquier naturaleza.

Así, el ordenamiento jurídico vigente admite que sobre un mismo hecho –vgr. Desastres naturales o situaciones de crisis– puedan generarse y coexistir diversos estadios normativos, que permitan o garanticen que el derecho estatutario responda proporcionalmente a las necesidades materiales que justifican su aplicación –no se correspondería ante el desborde de una quebrada, una declaratoria de estado de alarma, por parte del Presidente de la República o la simple implementación de Plan Nacional para la Protección Civil y Administración de Desastres, frente a eventos catastróficos como terremotos o inundaciones que generen alteraciones significativas del orden público–, pero cuya validez estará condicionada a la efectiva coherencia que mantenga con el resto del ordenamiento jurídico, bien sea porque no invada competencias definidas en el Texto Constitucional o se constituya en un acto arbitrario, ya que al afirmarse que *"el legislador en el ejercicio de sus funciones deba actuar bajo el principio de racionalidad o de no arbitrariedad, comporta que toda medida adoptada debe responder o ser idónea a los fines y límites que el ordenamiento jurídico establece"* (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 2/09).

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

Una interpretación en contrario, llevaría a sostener que la aplicación de medidas extraordinarias como consecuencia de “*circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico*” deban ser necesariamente abordadas mediante la legislación de los estados de excepción, desconociendo que existen un considerable número de supuestos, en los cuales ante tales hechos, se requiere igualmente la aplicación de una legislación especial general –Ley de la Organización Nacional de Protección Civil– o particular –Ley de Contrataciones Públicas o la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público–, que supone la declaratoria de emergencia en los precisos términos que establecen los correspondientes instrumentos legislativos.

Ahora bien, en el caso de la Ley de la Organización Nacional de Protección Civil si bien se regulan los estados de alarma y emergencia –numerales 3 y 4 del artículo 4–, su contenido, alcance y consecuencias jurídicas, no se corresponden con la regulación vinculada a los estados de alarma o emergencia económica contenida en la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción y la Constitución.

Así, en el caso de la declaratoria del estado de alarma o emergencia conforme a la Ley de la Organización Nacional de Protección Civil, será “*activado el Plan Nacional de Emergencias, el Órgano de Protección Civil y Administración de Desastres procederá a elaborar un Plan de acción Específico para el retorno a la normalidad. Cuando se trate de situaciones estatales o municipales, el plan de acción específico será elaborado y coordinado en su ejecución por la Coordinación Estatal o Municipal respectiva, de acuerdo con las orientaciones establecidas por la Coordinación Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres (...). En la declaratoria de estado de alarma o de emergencia se señalará, según su naturaleza, las entidades y organismos que están obligados a participar en la ejecución del Plan de Acción Específico, las labores que deberán desarrollar y la forma como se someterán a la dirección, coordinación y control por parte de la entidad o funcionario competente. Igualmente, se determinará la forma y modalidades de participación de las entidades y personas privadas y los mecanismos para que se sometan a la dirección, coordinación y control por parte de la entidad o funcionario competente*” (Cfr. Artículos 35 y 36 *eiusdem*); por lo que en estos casos, el Presidente, los Gobernadores o Alcaldes, no pueden afirmar una amplia discrecionalidad en las medidas para afrontar la respectiva crisis y deben someterse al contenido de los correspondientes planes. En tanto, que declarado el estado de excepción en cualquiera de sus modalidades –estado de alarma, emergencia económica y conmoción interior– conforme a la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, el Presidente de la República en Consejo de Ministros asume amplias facultades para afrontar la emergencia o crisis [...].

[...]

De ello resulta pues, si bien en ejecución de los preceptos normativos contenidos en la Constitución de la República [...] y la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, no es posible que una autoridad distinta al Presidente de la República en Consejo de Ministros, pueda asumir competencias relativas a la declaratoria y gestión de los estados de excepción, en sus diferentes formas; es viable que la Asamblea Nacional prevea un régimen estatutario de derecho público para la administración de riesgos y emergencias o, en general, respecto a situaciones de crisis vinculadas con la legislación ordinaria en las materias contenidas en el artículo 156 de la Constitución; siendo ésta una competencia propia del Poder Público Nacional, en la cual tiene un amplio margen de regulación y cuya validez estará condicionada en cada caso, a la efectiva coherencia que mantenga con el resto del ordenamiento jurídico, bien sea porque no invada competencias definidas en el Texto Constitucional o se constituya en un acto arbitrario.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, esta Sala advierte del contenido de los artículos 156.9 y 32, 187.1, 236.7, 337 338 y 339 de la Constitución de

la República [...], en concordancia con la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción, en comparación con las normas previstas en la Constitución del Estado Yaracuy, la similitud que existe entre algunas de las funciones que atribuye la Constitución a la Asamblea Nacional y al Presidente de la República, y las que contienen los artículos 156.24 y 222 de la Constitución del Estado Yaracuy, que atribuye al Gobernador del mencionado Estado, la competencia para “*tomar las medidas necesarias para*” atender el “*estado de emergencia o alarma*”, estableciendo además supuestos ajenos a la procedencia de estados de alarma o emergencia regulados en las previsiones constitucionales y legales aplicables.

Ciertamente, frente a desastres o acontecimientos que alteren la estructura social y económica de la comunidad o su funcionamiento cotidiano, produciendo daños materiales o pérdidas de vidas humanas, no se deriva del Texto Constitucional la posibilidad que los Gobernadores puedan asumir cualquier medida necesaria para afrontar tales hechos (artículo 156.24 y el encabezado y primer aparte del artículo 222 de la Constitución del Estado Yaracuy), por el contrario, en ejercicio de sus competencias propias, la Asamblea Nacional reguló la actividad del Poder Ejecutivo a nivel nacional –Ley Orgánica sobre Estados de Excepción–, estatal y municipal, limitándolos a asumir las medidas contenidas en los instrumentos legales aplicables –Ley de la Organización Nacional de Protección Civil, Ley de Contrataciones Públicas o la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, entre otras–.

[...]

Por ello, si bien es posible que los Estados puedan desarrollar normas especiales vinculadas a las competencias propias del artículo 164 de la Constitución, ellas deben adecuarse al ordenamiento jurídico nacional que necesariamente las afecta, en la medida que la homogeneidad o estandarización por normas de rango legal dictadas por la Asamblea Nacional –en el ámbito de sus competencias–, viabilizan la consecución de un funcionamiento eficaz y adecuado de la prestación de servicios y bienes a los intereses generales de la nación –vgr. Numerales 3, 4, 5 y 6 del artículo 164 eiusdem–.

En consecuencia, estima esta Sala Constitucional que la actuación por parte del entonces Consejo Legislativo Estatal al asignarle competencias tan similares al Gobernador del Estado Yaracuy a las que constitucional y legalmente –en los términos antes expuestos– están atribuidas a órganos del Poder Público Nacional como lo son la Asamblea Nacional y el Presidente de la República en Consejo de Ministros, resulta contraria a lo previsto en el Texto Fundamental.

El decreto regional contiene dieciséis artículos. En el artículo 1 “[s]e declara Estado de Alerta en todo el territorio del Estado Zulia, por ser un hecho público, notorio y comunicacional de la Emergencia Nacional decretada por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela en el marco de la Pandemia Mundial por el virus COVID-19 ‘Coronavirus’”. Destaca que la causa de la declaratoria de estado de alerta –que conforme a los argumentos anteriores no es una potestad que corresponda a un gobernador de estado– es la emergencia nacional decretada alegada como “*hecho público, notorio y comunicacional*”, a pesar de haber sido establecida mediante un acto formal, publicado en la Gaceta Oficial de la República. No obstante, el artículo décimo sexto del decreto regional prevé que:

El presente decreto se dicta en estricto cumplimiento a los lineamientos y directrices decretados por el Ejecutivo Nacional en fecha trece (13) de marzo de 2020, por medios públicos comunicacionales donde se declara en “Estado de alarma Constitucional” y “en emergencia permanente” a la República Bolivaria-

na de Venezuela en el marco de la Pandemia Mundial por el virus Coronavirus (COVID-19), para su prevención, protección y preparación.

Los artículos segundo al quinto contienen una serie de restricciones a derechos constitucionales. El artículo segundo reproduce de forma parcial la suspensión de *"cualquier evento de aforo público o que suponga aglomeración de personas"* prevista en el artículo 12 del decreto nacional de estado de alarma, aunque precisando que se trata de una prohibición que comprende *"todo tipo de concentraciones públicas"*, y entre otros eventos públicos masivos incluye *"festividades programadas, asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias religiosas"*, de modo que las restricciones se extienden al derecho a la reunión pública, y a facultades relativas a la libertad de religión y de culto, que no están previstas en el decreto nacional. El texto íntegro del precepto dice que:

Queda prohibido en todo el territorio del estado Zulia, todo tipo de concentraciones públicas, aglomeración, y eventos públicos masivos, como: conciertos, espectáculos, obras de teatro, cine, eventos deportivos, culturales, festividades programadas, asistencia a los lugares de culto y las ceremonias religiosas, o actos similares a fin de evitar la cadena de expansión o de propagación del coronavirus (COVID-19), y el riesgo de la población Zulia. Prohibición que se fundamenta en la declaratoria de Estado de alarma dictado por el Presidente de la República.

Resulta confusa la redacción del artículo tercero, relativo a la ingesta de bebidas alcohólicas, y a las reglas sobre la actividad comercial, tanto de expendio de comidas y bebidas, como de *"venta de alimentos, bebidas, productos y bienes de primera necesidad"*:

Se prohíbe de manera temporal en todo el territorio del estado Zulia, la ingesta de bebidas alcohólicas en sitios públicos y en especial en calles, veredas, bulevares, avenidas, paseos peatonales, plazas, parques públicos, en establecimientos comerciales como: licorerías, tascas, discotecas, piano bar, restaurantes, ferias de comida o expendio de comida rápida, entre otros, así como también la permanencia y consumo de alimentos y bebidas en los sitios antes descritos, por parte de las personas, pudiendo presentarse exclusivamente servicio para llevar y entrega a domicilio. Exceptuando de tal prohibición a los establecimientos comerciales de venta de alimentos, bebidas, productos y bienes de primera necesidad. Los horarios de funcionamiento de estas últimas serán de 10:00 hasta las 18:00 horas.

Se destaca que la *"venta de alimentos, bebidas, productos y bienes de primera necesidad"* se somete a un horario, circunstancia que no está prevista en el decreto nacional de estado de alarma.

En general, este precepto replica, en cierto sentido, el contenido de los artículos 12 y 13 del decreto nacional, que hacen referencia a establecimientos dedicados al expendio de comidas y bebidas. El artículo 12 señala que *"[p]ermanecerán cerrados [...] 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"*. Entre tanto, el artículo 13 expresa que:

Los establecimientos dedicados al expendio de comidas y bebidas, de los indicados en el artículo precedente, 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.

El artículo cuarto contradice de modo parcial el decreto nacional de estado de alarma al restringir derechos culturales, ordenando que “[*quedan suspendidas las actividades culturales y recreacionales en las siguientes instalaciones: Biblioteca pública Ana María Campos, Teatro Baralt, Teatro Lía Bermúdez, Casa de la Cultura, sitios distintos recreacionales tales como balnearios, entre otros, fomentados por éste Gobierno Regional*”]. Al respecto, el artículo 12 del decreto nacional señala que:

No serán objeto de la suspensión indicada en el encabezado de este artículo 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.

Sí consta el cierre de parques de cualquier tipo, playas y balnearios, públicos y privados, en el artículo 14 del decreto nacional. Según el artículo quinto:

Quedan suspendidas de conformidad con lo dictado por el Ejecutivo Nacional, las actividades escolares presenciales de educación inicial hasta universitaria y de todo el sistema que incluye las Misiones Sucre y Ribas que se desarrolla en el estado Zulia en todos los niveles a partir del Lunes 16 de marzo 2020, exhortando al Magisterio Zuliano a tomar las acciones pedagógicas correspondientes para continuar los procesos de formación a distancia y manteniendo activo el programa de Alimentación Escolar para garantizar alimentación a los niños y niñas y adolescentes con las medidas de cuidado necesarias.

Este precepto reproduce, aunque especificando los niveles de educación, lo previsto en el artículo 11 del decreto nacional de estado de alarma, cuyo texto ordena a:

...los Ministros y Ministras del Poder Popular con competencia en materia de educación, en cualquiera de sus modalidades y niveles, [...] 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.

Cabe apuntar que en el N° 6.518 extraordinario de la Gaceta Oficial de la República, de 13 de marzo, consta la publicación del Decreto presidencial 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 de marzo de 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.

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

Esta publicación es previa a la del decreto de estado de alarma, de la misma fecha, contenido en el N° 6.519 extraordinario de la Gaceta Oficial de la República. El decreto, además de suspender las actividades educativas presenciales, señala que:

Los organismos con competencia en materia educativa, las máximas autoridades de los planteles educativos y las máximas autoridades de las instituciones de educación universitarias oficiales y de gestión privadas del país, tomarán las medidas preventivas garantizando la prosecución educativa ante las circunstancias que imposibilitan la asistencia a las aulas de clases, a objeto de culminar los programas de formación, año escolar o carrera de Pre y Post Grado (artículo 2).

También, este decreto expresa que:

Las máximas autoridades de los planteles educativos e instituciones de educación universitarias oficiales y de gestión privadas del país, están en el deber de cumplir y hacer cumplir lo dispuesto en el artículo anterior, prestando la mayor colaboración a las ciudadanas y los ciudadanos en el territorio nacional en pro de la difusión y divulgación de las medidas preventivas del contagio del Coronavirus COVID 19 (artículo 3).

La ejecución de este decreto corresponde a los ministerios del poder popular para la educación y para la educación universitaria, *“como órganos rectores competentes del Sistema Educativo Nacional”* (artículo 4).

La previsión del artículo quinto del decreto regional, más allá de su inconstitucionalidad por extender la restricción a niveles y modalidades cuya gestión no le corresponde a la rama ejecutiva de los estados, resulta innecesaria, y por ello confusa, pues ya había quedado establecida y ratificada, mediante sendos decretos nacionales, la suspensión de actividades educativas presenciales.

No obstante, la regulación contenida en el artículo noveno del decreto regional sí correspondería al ámbito de competencias relativo a la rama ejecutiva de los estados de conformidad con la legislación nacional sobre la administración de los servicios de educación. En este precepto:

Se ordena a la Secretaría de Educación, Cultura, Deporte, y recreación de la Gobernación en coordinación con la Zona Educativa del estado Zulia a vigilar y velar por la correcta ejecución de la orden del Ejecutivo Nacional sobre la suspensión de las actividades académicas de las diferentes escuelas adscritas a esta entidad gubernamental a partir de dieciséis (16) de marzo del 2020.

Otra de las restricciones se establece en el artículo séptimo, que *“ordena al sistema de transporte público y privado masivo, la obligatoriedad de exigir a sus pasajeros el uso de tapabocas dentro de las diferentes unidades.”* La previsión del decreto nacional sobre este aspecto es más específica (artículo 10):

Se ordena el uso obligatorio de mascarillas que cubran la boca y nariz:

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 aéreos, terrestres y marítimos.

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.

Se instruye 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.

Se resalta el contenido del artículo décimo quinto donde “[s]e insta a la ciudadanía en general ‘a tomar las medidas conscientes, solidarias y responsables para coadyuvar de manera participativa y protagónica en el resguardo de las medidas correspondientes a la prevención de la propagación del virus COVID-19 (coronavirus)’. Lo no previsto en el presente documento será regulado posteriormente mediante Decreto y/o resoluciones”. En los hechos, con posterioridad a la publicación de este decreto regional, se han dictado diversas restricciones mediante simples anuncios en ruedas de prensa, redes sociales y/o radio y televisión, tanto por parte del Gobernador, como por funcionarios militares, en concreto, los jefes de la Zona Operativa de Defensa Integral Zulia (ZODI-Zulia), y de la Región Estratégica de Defensa Integral Occidente (REDI-Occidente). Entre otras, se han restringido días y horarios de atención en mercados populares, horarios para comercios que expenden alimentos, horarios de restricción para el tránsito vehicular, y horarios de funcionamiento para estaciones de combustible, así como se ha prohibido el suministro de combustible para vehículos particulares (en contravención al artículo 10.2 del decreto nacional de estado de alarma), haciendo énfasis en que el incumplimiento de estas medidas acarrearía investigaciones penales, y en consecuencia, sanciones de privación de libertad y/o retención de vehículos en estacionamientos públicos, según sea el caso, a pesar de que no existe ningún fundamento normativo en correspondencia con el principio de legalidad relativo a faltas y sanciones, y en general, el debido proceso, previsto en el artículo 49 de la Constitución.

El resto de los artículos comprenden una serie de instrucciones a diversas autoridades regionales, e incluso, nacionales y locales, a pesar de no corresponder tal competencia al Gobernador. Así, en el artículo octavo, en materia de transporte:

Se instruye y se exhorta, a las autoridades y demás funcionarios de las instituciones del estado, ya sean nacionales, estatales y municipales, así como al sector privado con competencia y actividades relacionadas en la materia, a tomar medidas de control sanitarias de prevención y seguridad adicionales, en los aeropuertos y terminales terrestres ubicados en todo el territorio del Estado Zulia, y a velar por el estricto cumplimiento de los lineamientos y directrices del Ejecutivo Nacional en materia de transporte y carga aérea.

En el ámbito de la salud, en el artículo décimo:

Se ordena a la Secretaría para la Salud, a la Corporación de Salud del estado, a los centros hospitalarios y de atención primaria de salud de carácter público o

privado, así como a Protección Civil a prestar el apoyo y realizar las acciones tendientes a llevar a cabo en observancia y estricto cumplimiento los protocolos de prevención y de cuarentena emanados del Gobierno Nacional para atender la emergencia sanitaria y epidemiológica en la jurisdicción del estado Zulia, tomando las precauciones y medidas estrictamente necesarias para que en el ejercicio de estas actividades prestacionales resguarden su salud.

En materia de protección al público consumidor, a pesar de no corresponder esta competencia a los estados sino, según la Ley Orgánica de Precios Justos⁹, a la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos, en el artículo undécimo:

Se exhorta a las Instituciones públicas con competencia en la materia y en acompañamiento con los organismos de seguridad adopte las medidas urgentes, efectivas, excepcionales y necesarias enmarcadas dentro de la Ley, para evitar el acaparamiento, sobreprecio, especulación, remarcaje de los precios de los productos, la escasez o distorsiones en sus precios; el desarrollo de actividades tendientes a impedir la normal distribución y comercialización de bienes y la prestación de servicios regulados a fin de asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos el acceso oportuno a servicios, alimentos, medicinas y otros productos necesarios para la vida y destinados a la prevención de este virus, tales como los tapabocas, alcohol, sustancias desinfectantes entre otras.

Este tipo de regulación ha derivado en diversidad de abusos tanto de funcionarios regionales como locales, así como en amenazas públicas contra los sectores industrial y comercial, en particular, desde la fijación de precios de 27 rubros alimenticios, cuya lista fue publicada el 27 de abril con base en la Ley Constitucional de Precios Acordados¹⁰, con sucesivos ajustes los días 6, 7, 9 y 13 de mayo.

En el artículo duodécimo:

Se exhorta las Alcaldías y entidades públicas municipales el Ejecutivo Regional para que en el ejercicio de sus competencias dicten y establezcan las medidas necesarias en ejecución y estricto apego al mandato Presidencial, mediante el cual se declara en "Estado de emergencia permanente" a la República Bolivariana de Venezuela en el marco de la Pandemia Mundial por el virus Coronavirus (COVID-19), para su prevención, protección y preparación, así como en lo establecido en el presente Decreto.

Este precepto evidencia la incompreensión sobre el alcance de las competencias que corresponde a cada ámbito territorial de gobierno en un estado de excepción. Menos imprecisa es la disposición final segunda del decreto nacional de estado de alarma que ordena que *"La Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, central y descentralizada, prestará el apoyo para las medidas e implementará los planes y protocolos aplicables según sus competencias para prevenir y controlar este suceso sanitario, bajo la coordinación que corresponda al Ejecutivo Nacional"*.

⁹ Presidencia de la República, Decreto número 2.092 mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, publicada en el número 6.202 extraordinario de la Gaceta Oficial de la República, de 8 de noviembre de 2015.

¹⁰ Asamblea Nacional Constituyente, Ley Constitucional de Precios Acordados, Gaceta Oficial de la República número 6.342 extraordinario, de 22 de noviembre de 2017.

La confusión sobre las competencias que corresponden al Gobernador es mucho más alarmante en el artículo décimo tercero del decreto regional, en cuyo texto:

Se insta a los órganos y entes adscritos al Ejecutivo Regional, así como a los diferentes componentes militares adscritos al Ministerio respectivo, a prestar la cooperación y asistencia activa que pudieren serles requeridas en el ámbito de sus competencias y aplicar las sanciones correspondientes a los establecimientos y personas que no cumplan con los preceptos y normas establecidas en el presente decreto.

El precepto no solo involucra a la Fuerza Armada Nacional, cuya actuación no debe responder a órdenes del Gobernador, sino que también supone su participación para aplicar sanciones que no le competen. En este sentido, la redacción de este precepto es una muestra del desarrollo de un orden regulatorio que fomenta la arbitrariedad, opuesto –en este caso– a las bases constitucionales relativas a la distribución territorial y funcional de competencias del Poder Público. El mismo comentario se hace extensivo al artículo décimo séptimo, donde “[s]e ordena a la Secretaría General de Gobierno, a las demás instituciones Públicas del Ejecutivo Nacional, estatal y municipal ubicadas en el estado Zulia a velar por el fiel cumplimiento del presente Decreto”.

En el artículo décimo cuarto:

Se ordena la creación de un puesto de Comando Estatal integrado por un equipo multidisciplinario en la sede de la Gobernación del Estado Zulia, en la cual se recepcionará, supervisará, verificará, controlará las actividades que desarrollen las diferentes instituciones del Estado orientadas al logro de los fines y objetivos del Estado, con base en los lineamientos dictados conforme a la planificación, en el marco de la emergencia nacional decretada por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela debido a la Pandemia Mundial por el virus COVID-19 (coronavirus).

La confusa redacción de este precepto impide comprender su alcance. Por último, se establece que “[e]l presente Decreto entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del estado Zulia”. Cabe acotar que no es posible consultar las ediciones de la Gaceta Oficial del Zulia en registros electrónicos de acceso público. Además, se destaca que, en la práctica, ni el Gobernador ni otros funcionarios de la administración regional han solido reivindicar este decreto como fundamento de las regulaciones y decisiones posteriores.

4. Restricciones decretadas por el Alcalde del municipio Maracaibo

En el municipio Maracaibo se han dictado decretos que restringen derechos constitucionales, a pesar de que los alcaldes, como en el caso de los gobernadores, no tienen competencia para ello¹¹. El alcalde de Maracaibo ha

¹¹ En otros municipios también se dictaron decretos de este tipo. Muchos de estos decretos fueron divulgados a través de cuentas en redes sociales. Es el caso, por ejemplo, del decreto N° RWAE/I-023-2020 de la alcaldesa del municipio Guacaipuro de Miranda, de 20 de

dictado varios decretos relativos a la declaratoria de “cuarentena colectiva y social”¹². El primero, N° 0023-2020, el día 16 de marzo. Apenas tres días después, lo derogó mediante el decreto N° 0024-2020. El 7 de mayo fue divulgado el decreto 0036-2020, que flexibilizaba algunas restricciones, manteniendo la vigencia parcial del N° 0024-2020. Al día siguiente, 8 de mayo, se anunció que había sido enmendado, revocándose las medidas de flexibilización, aunque conservándose la nomenclatura 0036-2020. El alcalde argumentó que lo hacía “siguiendo orientaciones del gobierno nacional”¹³. En resumen, se encuentran vigentes de forma parcial, los decretos 0024-2020 de 16 de marzo y 0036-2020 de 7 de mayo (con enmienda), aunque los horarios allí previstos han sido afectados por medidas anunciadas por el Gobernador del Zulia.

Del primer decreto, el N° 0023-2020, se destaca el artículo 1, cuyo texto ordenó la “cuarentena social y colectiva” dentro del municipio Maracaibo, una medida con alcance más restrictivo que la establecida en el decreto nacional de estado de alarma, que regula la cuarentena para ciertas categorías de personas, en particular aquellas diagnosticadas con Covid-19, sospechosas de haber contraído la enfermedad, o que hayan estado expuestas a éstas (artículos 23 y 24). Esta declaratoria de cuarentena masiva se ha mantenido, pues no ha sido revocada en las reformas sucesivas, y en concreto, las que se encuentran vigentes, los decretos 0024-2020 y 0036-2020.

El artículo 2 del decreto 0024-2020 dispone que “[s]e suspenden las actividades laborales, quedando exceptuadas todas aquellas denominadas servicios básicos (cadenas de distribución de alimentos, servicios sanitarios, servicios de telecomunicaciones, medios de comunicación y servicios de seguridad policiales) con obligatoriedad de exigir la protección del tapabocas”. Este precepto reproduce de forma parcial lo previsto en los artículos 8 y 9 del decreto nacional de estado de alarma, aunque, como ya se advirtió, esta medida ha debido ser dictada por el Presidente de la República. De

abril, <https://twitter.com/AlcaldiaGuaica1/status/1252367394908995584>. Otro ejemplo es la circular 001/03/2020 del alcalde del municipio Bolívar de Táchira, de 26 de marzo, en la que se establecen restricciones horarias a comercios y a la libertad de tránsito. Menos informal fue el caso de Chacao (Miranda), cuya Gaceta Municipal N° 8.972 extraordinario, de 3 de abril, contiene el 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 nro. 4.160, mediante el cual se declaró el estado de alarma en el territorio nacional”. Este decreto puede consultarse en <https://es.scribd.com/document/454873286/G-M-N-E-8972-03-04-2020>; y <http://ley.tuabogado.com/leyes/decretos/decreto-municipal-016-2020-se-restringe-circulacion-vehicular-y-peatonal-en-municipio-chacao-entre-4-00-pm-a-5-59-am#gsc.tab=0>

¹² Para el estudio de estos actos normativos se copia de forma textual su contenido sin advertir, por numerosas, tanto las inexactitudes como las faltas ortográficas y gramaticales con el adverbio *sic*.

¹³ Willy Casanova en *Twitter* (08-05-2020), https://twitter.com/willy_casanova/status/1258829745032216576 El texto del mensaje dice: “Siguiendo orientaciones del Gobierno Nacional y en conversaciones con @OmarPrietoGob, realicé una enmienda al decreto 0036, con el mayor interés de resguardar la salud de los maracaiberos, hacia una flexibilización progresiva de la cuarentena”.

hecho, el decreto municipal es más restrictivo –salvo la mención que se hace a los medios de comunicación y los “servicios de seguridad policiales”– que el decreto nacional con respecto a las actividades que no deben ser suspendidas en caso de que el Presidente de la República decidiera hacerlo en “*determinadas zonas o áreas geográficas*”. El artículo 9 del decreto nacional, al respecto, señala:

No serán objeto de la suspensión indicada en el artículo precedente:

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.

La Vicepresidenta Ejecutiva de la República Bolivariana de Venezuela, 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, podrá 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).

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

La Superintendencia de Instituciones del Sector Bancario, SUDEBAN, sin dilación alguna, divulgará por todos los medios disponibles las condiciones de prestación de los servicios de banca pública y privada, así como el régimen de suspensión de servicios, incluidos los conexos, y el de actividades laborales de sus trabajadores.

Además, el decreto municipal exige el uso de tapabocas para la realización de las actividades no exceptuadas, en sintonía a lo previsto en el artículo 10 del decreto nacional, cuyo texto es más preciso.

En el artículo 3 del decreto 0024-2020:

S]e exhorta a todas aquellas personas naturales o jurídicas dentro del municipio Maracaibo, tales como: centros de recreación, piscinas, clubes, universidades, gimnasios, centros nocturnos, centros comerciales, cines, heladerías, discotecas, funerarias, licorerías, bodegones y en general cualquier establecimiento que genere la aglomeración de personas, al cumplimiento de las medidas de prevención establecidas por el estado Venezolano tal como lo es el CIERRE TEMPORAL, a los fines de evitar el contagio del COVID-19 (coronavirus) y su posible propagación.

Esta disposición es una réplica parcial de los artículos 12 y 13 del decreto nacional, y del artículo tercero del decreto regional, que regulan la situación de establecimientos de mucha concurrencia.

Ahora bien, el artículo 4 del decreto municipal es de orden sancionatorio: “[e]l incumplimiento de esta medida acarreará la sanción de arresto preventivo al dueño del establecimiento comercial, cierre temporal hasta tanto se encuentre en vigencia el estado de alarma y la imposición de una sanción pecuniaria que va desde 100 a 500 Unidades Tributarias Municipales”. El precepto no solo es inconstitucional por crear sanciones que, además, se aplicarían de forma concurrente. También es impreciso, pues es confuso que se establezca una sanción de cierre temporal “*hasta tanto se encuentre en vigencia el estado de alarma*” pues en eso consiste la medida señalada en el artículo 3.

El artículo 5 del decreto 0024-2020 fue reformado por el artículo 1 del decreto 0036-2020. La reforma consistió en extender el horario para los establecimientos comerciales que expenden alimentos. El 19 de marzo se estableció un horario de 8 am a 2 pm, pero el 7 de mayo se extendió de 8 am a 6 pm, distintos al horario de 10 am a 6 pm señalado en el artículo tercero del decreto regional. En la práctica, los horarios han sido reducidos o extendidos por el Gobernador mediante anuncios. En todo caso, los términos del reformado artículo 5 son los siguientes:

Los establecimientos comerciales cuya actividad sea el expendio de alimentos como: carnicerías, charcuterías, fruterías, supermercados, panaderías solo podrán ejercer su actividad de manera limitada, siempre y cuando, cumplan con los lineamientos establecidos por la Organización Mundial de la Salud y el estado Venezolano respecto al uso debido de las normas de sanidad e higiene, aunado a la utilización del equipamiento necesario tales como: mascarillas tapabocas, guantes y tener para el uso de los usuarios Jabón líquido en lugares visibles, en un horario comprendido entre las 8:00 a.m. y las 6:00 p.m.

Se advierte que ya no se exige una cantidad máxima de personas que podía concurrir en esos establecimientos. En la formulación original del artículo 5 del decreto 0024-2020, “[d]ichos establecimientos comerciales solo podrán albergar hasta un máximo de diez (10) clientes, a los fines de evitar aglomeraciones, so pena de incurrir en las sanciones descritas en el artículo 4 del presente decreto”¹⁴.

El decreto 0036-2020 introduce una regulación horaria para establecimientos comerciales que expenden comidas y bebidas, prevista en el artículo 2:

Los establecimientos comerciales cuya actividad sea el expendio comidas y bebidas, podrán permanecer abiertos en un horario de 8:00 a.m. hasta las 6:00 p.m. prestando servicios exclusivamente bajo la modalidad de reparto, servicio a domicilio o pedidos para llevar, siempre y cuando, cumplan con los lineamientos establecidos por la Organización Mundial de la Salud y el estado venezolano respecto al uso debido de las normas de sanidad e higiene, aunado a la utilización del equipamiento necesario tales como: mascarillas tapabocas y guantes.

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.

Cabe advertir que este tipo de establecimientos, antes de esta regulación, continuaron prestando sus servicios bajo la modalidad de reparto, servicio a domicilio o pedidos para llevar, en correspondencia con el artículo 13 del decreto nacional de estado de alarma (que, se insiste, no señaló ningún horario) y el artículo tercero del decreto regional (que lo fijó de 10 am a 6 pm).

Entre tanto, el artículo 6 del decreto 0024-2020 se refiere a los establecimientos comerciales destinados a la actividad farmacéutica, que *“deberán cumplir de manera expresa los lineamientos plasmados en el presente decreto respecto a la sanidad e higiene, siendo estas de carácter obligatorio para el personal que se encuentre laborando dentro de los diferentes espacios, sin restricción de horarios alguna”*.

El artículo 7, por su parte, suspende el servicio de transporte público en todo el municipio Maracaibo. Esta regulación difiere de lo previsto en el decreto nacional de estado de alarma (artículo 10) y el decreto regional (artículo séptimo), que se limitaron a establecer el uso obligatorio de mascarillas en las unidades de transporte público. En la práctica, la municipalidad habilitó rutas de transporte público, aunque con restricción horaria. Como consecuencia, se observaron situaciones de hacinamiento en buses y concentración en paradas, en particular, las ubicadas en el centro de Maracaibo.

El artículo 8 contempla otra sanción:

¹⁴ El artículo 5 del decreto 0023-2020 se había fijado la concurrencia de personas hasta un máximo de veinte.

Se estable como sanción a todas aquellas personas naturales o jurídicas, que ejercen vida comercial dentro del municipio Maracaibo, que mantengan una conducta contumaz y desafiante, incumpliendo las medidas orientadas por la Presidencia de la República, por la gobernación del estado Zulia y por esta Alcaldía Bolivariana de Maracaibo, llamando a su personal a cumplir el horario laboral de forma administrativa, en disconformidad a las medidas de cuarentena social y colectiva para la prevención del virus COVID-19, serán objeto de multa con 1.000 Unidades Tributarias Municipales, sin menoscabo a las establecidas en el artículo 4 del presente decreto.

Este precepto inconstitucional –por disponer una sanción que no debe preverse mediante un decreto municipal– demuestra, en todo caso, la deficiente técnica regulatoria. Se trataría de una multa coercitiva cuya causa no es precisa: si es por realizar actividades no permitidas, actividades permitidas fuera de horario, o actividades en disconformidad con medidas de prevención aunque tales actividades estén permitidas y se realicen dentro del horario establecido. Los incentivos para la arbitrariedad son notorios en esta regulación municipal, impropia de un orden que debe estar fundamentado en la seguridad jurídica como principio.

5. Restricciones decretadas por otros alcaldes en el Zulia

En Cabimas, el alcalde anunció el 16 de marzo, mediante su cuenta personal en la red social *Twitter*¹⁵, la emisión del decreto 003-2020, declarando “estado de alerta o emergencia municipal” (artículo 1). En el decreto “[s]e ordena a todos los habitantes del Municipio Cabimas permanecer en sus hogares en cuarentena preventiva para contener la propagación del COVID-19” (artículo 2). Asimismo, se dispone el cierre del terminal del municipio (artículo 3), de autopistas y avenidas “a nivel municipal” (artículo 4), y de “parques recreativos, mecánicos y de cualquier otra índole”, cines, teatros, así como la suspensión de cualquier evento público (artículo 5).

Por otra parte, “[s]e ordena el cierre de todos los establecimientos de comidas y bebidas alcohólicas tales como, restaurantes, bares, fuentes de soda”, especificándose que “[ú]nicamente se podrá expedir comida para llevar o a domicilio”, en horario comprendido entre las 10 am y las 6 pm –al igual que el decreto regional (artículo 6). Esta restricción “no aplicará para los Establecimientos Comerciales del Municipio Cabimas, que se dediquen a actividades relacionadas con la Salud, tales como Farmacias, Clínicas, Laboratorios, Centros de Imágenes, y otras, quienes comercializaran a cualquier horario” (parágrafo único del artículo 6).

Entre tanto, “[l]as licorerías y heladerías podrán expender licor y helados pero sin tener aglomeración de ningún tipo, igualmente las panaderías que cuentan con cafetín deberán cerrar estos”, fijándose para estos locales un horario de 7 am a 7 pm (artículo 7). Se destaca que este horario es mucho

¹⁵ Pedro Duarte en *Twitter* (16-03-2020), <https://twitter.com/pedrokelsem/status/1239711963166449666>. El texto del mensaje que anuncia la emisión del decreto dice: “He emitido el Decreto Nro 003-2020 con fecha 16 de Marzo de 2020 asumiendo el cuidado de nuestro Municipio #Cabimas allí se los dejo”.

más extenso que el señalado para los establecimientos que expenden comidas y bebidas (bajo la modalidad de servicio a domicilio o pedidos para llevar), y el de “supermercados, abastos, carnicerías y charcuterías”, de 8 am a 6 pm (artículo 8). Entre tanto, el artículo 9 prevé que “[e]l servicio de transporte se prestará solamente a usuarios que entren en la excepción de la norma, con la utilización de las respectivas mascarillas o tapa boca”. No obstante, no se precisa cuál sería tal “excepción de la norma”.

En el caso de San Francisco, el decreto municipal fue anunciado por la cuenta en *Twitter* de Venezolana de Televisión¹⁶. El decreto N° 001-2020, de 16 de marzo, dispone una serie de prohibiciones: “concentraciones públicas tales como: conciertos, espectáculos, eventos públicos masivos culturales, deportivos, religiosos y similares” (artículo primero); “velatorios sea residencial o capillas velatorias y se ordena las exequias directas de los fallecidos” (artículo segundo); “la pernocta de aglomeraciones de personas en los supermercados, abastos, charcuterías, carnicerías, mini markets, fruterías, farmacias, panaderías” (artículo tercero); “el consumo y el expendio de bebidas alcohólicas, en licorerías, bodegones, restaurantes, tascas, discotecas y afines” (artículo cuarto); y “la pernocta de personas en restaurantes, puestos de comida rápida y afines, los cuales solo despacharan en la modalidad para llevar y a domicilio” (artículo quinto).

Además, “[s]e ordena el funcionamiento para el público de supermercados, abastos, charcuterías, carnicerías, mini markets, fruterías, panaderías en un horario comprendido de 8:00 de la mañana a 8:00 de la noche” (artículo sexto), es decir, en un horario distinto al fijado en el artículo tercero del decreto regional (de 10 de la mañana a 6 de la tarde). Para estos establecimientos y las farmacias se ordena “dotar a sus empleados de guantes y tapabocas descartables, así como colocar en un lugar visible alcohol al 70% o antibacterial para el correcto aseo de las manos de los empleados y público en general al entrar y salir al establecimiento”. Asimismo, “todo usuario que ingrese a alguno de los mencionados establecimientos comerciales privados o públicos debe utilizar tapabocas” (artículo séptimo).

El alcalde de Lagunillas también dictó un decreto regulatorio. Se trataría del decreto N° 005-2020, de 20 de mayo, publicado en la *Gaceta Municipal* N° 1.824 extraordinario, relativo a medidas de higiene que deben cumplir los establecimientos comerciales, bajo pena de multa y cierre temporal por un plazo de 72 horas. Su contenido no está disponible en ninguna fuente oficial, apenas se cuenta con alguna referencia en la prensa local¹⁷.

¹⁶ VTV Canal 8 en *Twitter* (17-03-2020), <https://twitter.com/VTVcanal8/status/1239909499265261569>

¹⁷ *iPlayWeb* (07-06-2020), “Alcaldía Bolivariana de Lagunillas entrega al sector comercio decreto municipal para prevenir el COVID-19”, <https://iplayweb.net/2020/06/07/alcaldia-bolivariana-de-lagunillas-entrega-al-sector-comercio-decreto-municipal-para-prevenir-el-covid-19/>

Consideraciones finales

La preeminencia de los derechos humanos es la premisa fundamental del orden constitucional venezolano. En específico, es la premisa fundamental para su conservación como orden democrático y justo. La transgresión a esta premisa axiológica, que debe orientar el desarrollo e implementación de regulaciones y decisiones, ha conllevado a una emergencia humanitaria compleja. En este contexto ha sobrevenido una emergencia mundial de tipo sanitario, que ha dado lugar a que se decrete un estado de alarma en todo el país.

A pesar de su incompetencia, algunos gobernadores y alcaldes, teniendo como referencia el decreto nacional de estado de alarma, han establecido restricciones a derechos constitucionales. En el estudio de las regulaciones decretadas en el Zulia se observó una serie de irregularidades formales: faltas ortográficas y gramaticales, deficiencia técnica, imprecisiones; y sustanciales, en particular, violaciones a los principios de competencia y legalidad relativo a faltas y sanciones, así como al debido proceso. Asimismo, el contenido de los decretos no consta en ningún repositorio oficial de acceso público, y de hecho, han sido complementados o reformados de facto mediante anuncios radiotelevisivos y/o redes sociales, demostrando la improvisación con respecto al diseño de medidas que, en la práctica, solo han incentivado arbitrariedades.

Se trata de regulaciones que no tienen como propósito la resolución de la emergencia en garantía de los derechos humanos. Más de cien días después de haberse decretado el estado de alarma se ha intensificado el déficit humanitario en medio de las más diversas violaciones a las libertades: persecución por razones políticas, detenciones arbitrarias, transgresiones a la propiedad, allanamientos, censura, tratos discriminatorios, entre otras, sin expectativas de un control judicial independiente e imparcial.

La restauración de un contexto de libertades y condiciones óptimas para la vida es el desafío político y jurídico de este tiempo. Para restablecer el orden constitucional debe procurarse un proceso de transición que fomente la restauración de las instituciones de control, y en consecuencia, de la protección a los derechos humanos, tanto aquellos de libertad como los de bienestar social.

LA CONSTITUCIÓN Y SU CONTEXTO EN EL HUNDIMIENTO DE LA REPÚBLICA DE WEIMAR

Jesús María Casal*

Introducción

Al haberse cumplido en 2019 el centenario de la aprobación de la Constitución de Weimar, se ha renovado la discusión académica acerca de su significado como fuente político-normativa del periodo de entreguerras¹, que reflejaba aspiraciones de transformación política y social y a la vez conservaba puntos de apoyo con la tradición heredada. Se subrayan sus aportes al constitucionalismo, entre los cuales sobresale la consagración de un sistema democrático, con sufragio universal, igual y libre, lo cual inauguraba la democracia en Alemania, bajo un marco republicano. Ello implicaba un cambio en el paradigma de legitimación, en un régimen que todavía en 1918 mantenía, en el importante Reino de Prusia, un sufragio limitado y desigual que se canalizaba a través de estados o clases, y que tenía una estructura general de poder monárquica, con un parlamento para toda Alemania cuyas funciones eran reducidas, principalmente de deliberación y ratificación de algunas decisiones del Emperador o de su Canciller. Este parlamento era electo mediante sufragio universal masculino, pues las mujeres estaban excluidas del ejercicio del derecho al voto, y las reglas electorales, especialmente las relativas al tamaño de los circuitos, generaban enormes desigualdades con clara orientación desfavorable hacia las mayorías populares².

* Abogado Summa Cum Laude de la Universidad Católica Andrés Bello, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

1 *Vid.* entre otros, Häberle, Peter, "La Constitución de Weimar en su texto y su contexto. Una mirada cultural en retrospectiva y perspectiva", en *Revista Historia Constitucional*, N° 20, 2019, pp. 297 y ss.; Di Fabio, Udo, *Die Weimarer Verfassung, Aufbruch und Scheitern*, Munich, Beck, 2019. Con una óptica referida al antiparlamentarismo de entreguerras *vid.* Esteve Pardo, José, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2019; Koessler, Manfredo y Zuluaga, John (Ed.), *La Constitución de Weimar en los desafíos del siglo XXI. Una mirada desde Latinoamérica. Homenaje a los 100 años de la Constitución de Weimar (1919–2019)*, Weimar, Eckhaus Verlag, 2019. Se recomienda también consultar en general el N° 20 de la *Revista Historia Constitucional* (2019) con una sección dedicada a la Constitución de Weimar, en <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/issue/view/24/showToc>

2 Frotscher, Werner y Pieroth, Bodo, *Verfassungsgeschichte*, Beck, Munich, 2018, pp. 222 y ss.

Estas barreras a la participación política fueron mitigadas mediante reformas que reflejaban reclamos históricos de los sectores obreros, que se habían organizado en lo social y en lo político para obtener condiciones dignas de trabajo y mayores posibilidades de influencia en los asuntos públicos. Algunos logros se obtuvieron durante la Primera Guerra Mundial, como la eliminación de las desigualdades más ostensibles en el sufragio al parlamento del Imperio, y la introducción de las bases para un sistema parlamentario, con el otorgamiento de mayores facultades decisorias a la representación popular y, por tanto, con más incidencia de las mayorías sociales en la conducción política. Sin embargo, esto último ocurrió ya al final de la conflagración mundial y con una élite gobernante que procuraba diluir o evadir responsabilidades ante el previsible fracaso militar y la ulterior firma de la paz, trasladándolas al parlamento³. La Constitución de Weimar abrió las compuertas a las exigencias pendientes y reconoció el verdadero sufragio universal, masculino y femenino, igual y directo, lo que se tradujo entre otras cosas en la supresión del voto por estados en Prusia. La soberanía popular como principio de legitimación se proyectaba además en la previsión de los referendos y otros mecanismos de democracia directa concebidos para dirimir diferencias entre poderes y favorecer la iniciativa popular en la formación de las leyes.

Esta cristalización constitucional de la que ha sido calificada como democracia de masas fue un giro copernicano en Alemania y define un aspecto neurálgico de la Constitución de Weimar. A ello se sumó como signo distintivo la incorporación a la Constitución de contenidos económicos y sociales vinculados a lo que sería denominado el Estado social de Derecho, lo cual trascendería al constitucionalismo comparado. Igualmente, dicho texto normativo abordó un tema que ha sido crucial en la formación del Estado Alemán como lo es la organización político-territorial, esto es, la articulación entre el poder federal y el de los Estados federados (*Länder*), lo cual dio lugar a intensas discusiones durante la preparación de la Constitución, con ajustes, a petición de los *Länder*, en algunos elementos centralizadores del proyecto inicial, que impactaron en la elaboración ulterior del texto constitucional⁴ y desembocaron en un ensayo relativamente original de arreglo institucional en materia de forma de Estado.

El centenario de la Constitución de 1919 ha colocado también en el tapete la discusión recurrente sobre las causas de la caída de la República de Weimar y sobre la influencia de esa Constitución en dicho naufragio y en la irrupción del totalitarismo nacionalsocialista. Los estudios recientes se apartan de algunas visiones que habían estado centradas en los errores en el diseño constitucional como causa explicativa del hundimiento y asumen una perspectiva más amplia y matizada⁵. En general, prevalece la opinión de

³ *Ibid.*, pp. 244 y ss.

⁴ Jellinek, Walter, "El proceso de elaboración de la Constitución de Weimar", en Mortati, Constantino, Jellinek, Walter y Bühler, Ottmar, *La Constitución de Weimar, Colección Clásicos del Pensamiento (Eloy García, Dir.)*, Madrid, Tecnos, 2010, pp. 77 y ss.

⁵ Dreier, Horst y Waldhoff, Christian, *Das Wagnis der Demokratie*, Beck, Munich, 2018, pp. 9 y ss.; Di Fabio, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

que son equivocadas las aproximaciones monocausales y de que fueron factores diversos los que condujeron al ocaso de la República de Weimar, de índole interna e internacional; de carácter tanto político como económico; de origen civil y militar. La cultura política jugó también un papel relevante. La Constitución repercutió igualmente en ese desenlace, pues algunas de sus disposiciones facilitaron la erosión institucional que allanó el camino para el dominio autoritario de Hitler. Corrientemente se ha afirmado que el artículo 48 de esa Constitución, referido a las medidas de emergencia que podía adoptar el Presidente del Reich en situaciones de excepción, fue la clave para el derrumbamiento de la República proclamada en 1918, pero la cuestión demanda un tratamiento más detenido.

Luego habrá ocasión de examinar esa Constitución y algunas de las críticas que ha recibido. Lo que ahora interesa puntualizar es que, si nos ceñimos a un análisis sobre la incidencia del texto constitucional en la caída de la República de Weimar, el criticable artículo 48 es claramente insuficiente para explicarla, ya que han de tomarse en cuenta asimismo otros preceptos de la Constitución con los que estuvo acoplado en la fase de degeneración autoritaria. Además, no puede entenderse la funcionalidad de esos preceptos sin considerar las instancias políticas que utilizaron y adulteraron normas de la Constitución para socavarla y el contexto institucional en que esa labor de instrumentalización normativa se llevaba a cabo. La fractura del mundo político, la lucha a muerte entre el comunismo y la socialdemocracia o entre la derecha nacionalista y la izquierda radical, la fragmentación de la representación parlamentaria, y la imposibilidad de construir compromisos para una mínima gobernabilidad, debilitaron enormemente al parlamento y abrieron las puertas a gobiernos dependientes del Presidente del Reich y no del respaldo de la mayoría parlamentaria, a falta de una previsión constitucional expresa sobre la necesidad de contar con la confianza parlamentaria para la investidura del Canciller del Reich.

Esas complicaciones en la dinámica parlamentaria se usaban como pretexto para acudir al artículo 48 de la Constitución, enlazado como veremos con su artículo 25. Esto implicó un desplazamiento hacia una forma de gobierno ejecutivista, con concentración de poderes. El trasfondo de la inoperancia del parlamento y de este desenlace fue, no obstante, la ausencia de lealtad hacia la República por parte de sectores conservadores, que se reunirían en torno al Presidente Hindenburg, y de los comunistas. La República de Weimar se derrumba en gran medida en virtud de la existencia de “una República sin republicanos”, “una Democracia sin demócratas”⁶. Esto por supuesto es una simplificación, por cuanto había sectores importantes comprometidos con el cambio hacia un sistema republicano y democrático. Pero los hechos históricos coetáneos a la instauración de la República democrática, junto a la pervivencia en posiciones de poder civil y militar de quienes seguían ligados a la mentalidad monárquica y a los valores de ese orden político y social, conspiraron contra el naciente orden constitucional.

⁶ Schildt, Axel, *Die Republik von Weimar, Deutschland zwischen Kaiserreich und "Drittem Reich" (1918-1933)*, Erfurt, Landeszentrale für politische Bildung Thüringen, 1997, p. 6.

En otras palabras, al determinar el influjo de los errores de la Constitución de 1919 en el declive y ocaso de la República de Weimar debe incluirse en el análisis la realidad del ejercicio del poder en que aquella se insertaba, y al examinar el naufragio de esta República han de tenerse en cuenta, entre otras, circunstancias como el Tratado de Versalles y sus condiciones; la leyenda de la puñalada por la espalda fraguada en torno a la finalización de la guerra y la firma de la paz; la cruenta pugnacidad desatada en la primera fase republicana, entre los inflexibles defensores de un proyecto de república de consejos de trabajadores y soldados, de inspiración soviética, y quienes en el frente revolucionario de 1918 respaldaron el tránsito hacia un sistema representativo-parlamentario; la grave situación económica inflacionaria sufrida en esa fase, junto a las elevadas reparaciones de guerra y las acciones emprendidas contra Alemania para garantizar su cobro; la generalización de la violencia, hasta el punto de poner en entredicho el monopolio estatal sobre el uso de la fuerza; el apuntalamiento de los militares como factor autónomo de poder, en medio de una significativa militarización de la vida pública, con la propagación de grupos paramilitares, en parte formados o apoyados por el ejército; la desvinculación de cuadros importantes de las fuerzas armadas, de la judicatura y de la administración respecto del nuevo orden republicano y democrático; el acervo e irreconciliable enfrentamiento entre las distintas fuerzas políticas, como antes se apuntó; y el desplome de la economía en 1929⁷. Igualmente, ha de ponderarse la repercusión de los errores de la Constitución, pero una visión de conjunto permite afirmar que la Constitución de 1919, como marco normativo del primer ensayo democrático en Alemania, fue también una víctima de los actores y circunstancias mencionadas, sobre lo cual volveremos. Por tanto, al aludir al hundimiento de esta Constitución ha de prestarse atención al contexto que llevaba sobre sus hombros.

El estudio del periodo final de la vigencia de la República de Weimar y de su Constitución ha recobrado interés últimamente también en virtud de la creciente literatura relativa a los procesos de desmantelamiento de la democracia constitucional. Se ha mencionado la caída de dicha República como un ejemplo del abrupto colapso de un sistema democrático, en virtud del derrumbe institucional que se precipitó por el uso del artículo 48 que propició Hitler en enero de 1933 y por la subsecuente sanción de la ley de plenos poderes⁸, lo cual merece una reflexión histórico-constitucional más pormenorizada que ponga de manifiesto el carácter determinante de la degeneración sufrida por esa República al menos desde 1930 y que muestre las insuficiencias de una fotografía focalizada en la llegada del Hitler al poder, en el incendio del parlamento (*Reichstag*) y en las medidas abusivas que se adoptaron con el pretexto de garantizar la seguridad.

Bajo estas premisas y con estos propósitos, en este trabajo se abordarán algunas de las críticas formuladas contra la Constitución de Weimar, así

⁷ *Ibíd.*, pp. 9 y ss.

⁸ Ginsburg, Tom y Huq, Aziz, *How to save a constitutional democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018, pp. 35 y ss.

como algunos de los factores determinantes de su hundimiento. También se efectuará un análisis sobre las herramientas jurídicas que, puestas al servicio de una estrategia de gobierno ejecutivista y de planes autoritarios, favorecieron este desenlace. En particular, se aludirá al periodo de los denominados gabinetes presidenciales que se inició en 1930 y culminó con el completo naufragio de la República en 1933. Al considerar los hitos constitucionales fundamentales de esta etapa se destacará también el papel de los juristas. No se pretende desarrollar un tratamiento exhaustivo o histórico de estos temas, sino poner de relieve aspectos clave de esta evolución y de su desembocadura. Al final se formulará una reflexión crítica de conjunto.

1. La Constitución de Weimar: luces y sombras

Es trágica la suerte que corrió la Constitución de Weimar, asediada constantemente por la fragmentación y radicalización política, por los extremismos de la derecha y de la izquierda, hasta 1933, y lanzada luego por el nacionalsocialismo a la fosa común de los despojos del Estado de Derecho. ¿Cómo explicar este naufragio?

Para responder este interrogante es pertinente acudir a los elementos que tomó en cuenta el jurista italiano Constantino Mortati cuando examinó, en 1946, la Constitución de Weimar, en los prolegómenos de la elaboración de la Constitución de la República Italiana de 1948. Son los siguientes: la tradición histórica en que se encuentra inserta la Constitución; el ambiente en que se formó y desenvolvió, y las fuerzas político-sociales y los acontecimientos que recorrieron su existencia⁹.

Es preciso reiterar que sería infundado aludir al fracaso de esa Constitución sin ulteriores matizaciones, ya que en su derrumbe influyeron causas extrañas al diseño constitucional, y sería, por otro lado, un error equipararla al tratado de Versalles de 1919, como símbolo, para los alemanes, de la humillación sufrida y del entreguismo, pese a que esa haya sido entonces una extendida consigna. Tampoco es exacto incluirla entre las Constituciones de profesores del periodo de entreguerras¹⁰, por la notable influencia ejercida durante su formulación por el jurista Hugo Preuss, que sería semejante a la que tuvieron Hans Kelsen y Adolfo Posada sobre las Constituciones austríaca de 1920 y española de 1931, respectivamente, ya que ha sido puesta de relieve su significación histórica como Constitución democrática que reflejaba por primera vez el esfuerzo por incorporar en dicha Carta Suprema reclamos de sectores diversos, bajo el impulso de un pluralismo social y político que rompía los esquemas habituales del siglo XIX en la producción constitucional¹¹.

⁹ Mortati, "La valoración de conjunto sobre la experiencia de la Constitución de Weimar", en Mortati y otros, *op. cit.*, pp. 18-19.

¹⁰ Vid. Biscaretti, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, D.F./Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 513.

¹¹ De hecho, el proyecto inicial de Hugo Preuss debió ceder justamente en temas relativos a las disposiciones sociales y económicas de la Constitución y a las exigencias de los Esta-

La Constitución de Weimar jugó un papel trascendental como expresión y símbolo de la lucha por hallar una senda política democrática y de contenido social, alternativa al comunismo, que preservara a la vez los fundamentos del liberalismo. De allí que sirviera de referencia en su tiempo como muestra del constitucionalismo democrático. El ensayo concreto ciertamente fracasó, pero no porque este propósito fuese equivocado ni principalmente porque la Constitución estuviera mal formulada, sino por motivos asociados básicamente al contexto histórico y político a que hizo mención Mortati y a una razón de fondo ligada a la idea motriz de la gestación constitucional.

En lo que atañe al diseño institucional, los constituyentes se empeñaron en que ningún órgano constitucional pudiera actuar unilateralmente en la dirección política: ni el Presidente del Reich, ni el Canciller o el Gobierno en su conjunto ni el parlamento. Las facultades del parlamento (*Reichstag*) aumentaron y el Presidente del Reich, si bien era electo directamente por el pueblo, estaba concebido, aunque no completamente, como una instancia *super partes*. Como fuente última y árbitro permanente del proceso político estaba el pueblo, al cual podía acudir para dirimir conflictos mediante los referendos o plebiscitos constitucionalmente establecidos. Ocurrió, sin embargo, que ni el rol del Presidente terminó correspondiéndose con lo pensado, en lo que pudo influir la ausencia de segunda vuelta limitada a los dos candidatos con mayor votación que no hubieran obtenido mayoría absoluta, ni los referendos llegaron a ser un mecanismo realmente operativo de participación democrática y fueron usados con fines demagógicos. En el fondo, el edificio constitucional dependía para su buen funcionamiento de la construcción de mayorías parlamentarias sólidas, que llevaran a trazar con estabilidad una orientación política definida¹². Pero el parlamento se mostró como un cuerpo incapaz no ya de conducir sino de seguir el paso a la dinámica política. La imposibilidad de formar mayorías y de alcanzar consensos, que era manifestación de la división entre los partidos democráticos y de la atomización del electorado, terminó anulándolo como órgano constitucional. Mientras que el Presidente, con legitimación democrática directa, podía actuar con resolución dentro de su ámbito competencial, que ofrecía algunas pistas de desplazamiento fuera del molde de una instancia moderadora o *super partes*.

El artículo 48 de la Constitución, que otorgaba poderes excepcionales al Presidente en situaciones de emergencia, dio lugar a reiterados abusos ejecutivos que socavaron la institucionalidad democrática, pero no ha de perderse de vista que ello se debió en buena medida a la ausencia de un parlamento mínimamente cohesionado con posibilidad de dictar oportunamente

dos o *Länder* referidas al reconocimiento de su estatus constitucional y competencias en términos más amplios a los que aquel preveía. La estructura política compuesta de Alemania es evidentemente anterior a esta Constitución, pero el intento de Preuss de racionalizarla y de reforzar la posición del Imperio o Reich y la de los municipios no pudo doblegar todas las reservas planteadas por los Estados, con lo cual lo profesoral que pudiera tener su texto fue en buena medida contrarrestado por las demandas de la realidad; véase Mortati, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

¹² Mortati, *op. cit.*, p. 35.

leyes frente a las crisis recurrentes de índole política, económico-financiera y social que vivió la República de Weimar. El parlamento ni siquiera estuvo en condiciones de ejercer efectivamente sus competencias de control sobre los decretos presidenciales de excepción, contempladas en el mismo artículo 48, que hubieran podido conducir a que estos quedaran sin efecto. Solo una vez hizo uso el parlamento de esta facultad antes de 1930, mientras numerosos decretos fueron consentidos, al menos tácitamente¹³. La debilidad del parlamento se hizo patente además en el empleo de leyes de autorización o habilitación, no previstas en la Constitución, mediante las cuales se abonaba el terreno para la ejecutivización del sistema, antes de que Hitler figurara de manera relevante en la escena pública nacional.

La formulación del artículo 48 pecó por la extensión de las facultades vagamente contempladas¹⁴ y por no exigir una autorización o aprobación parlamentaria sobre la adopción de las medidas allí previstas, sino solo la obligación del Presidente de dejarlas sin efecto si el *Reichstag* lo requiriera. Este precepto no tenía que conducir a la derivación autoritaria que terminó adquiriendo, si el contexto institucional hubiera sido otro, pero facilitó la concentración de poderes que menoscabó la República. En los primeros años de vigencia de la Constitución fue empleado frente a verdaderas situaciones de conflicto interior, aunque luego se ensancharía su campo material de aplicación, lo cual sería una de las grietas por las que discurriría el exacerbado poder presidencial, que se traduciría en la sustitución de la legislación por decretos ejecutivos¹⁵. La laxitud de interpretaciones doctrinales y de pronunciamientos judiciales secundó asimismo este recorrido. La degeneración del artículo 48 en arma antidemocrática se hizo palmaria a partir de la formación del gobierno de Brüning en marzo de 1930, el cual carecía de sustento parlamentario. Cuando este gobierno dictó, con base en el artículo 48, un decreto sobre el saneamiento socioeconómico contentivo de medidas que no contaban con respaldo de la mayoría parlamentaria, el parlamento le negó su aprobación, y el asunto fue zanjado autoritariamente por el Presidente del Reich mediante la disolución del parlamento, la consecuente convocatoria a elecciones y la reedición del decreto desaprobado¹⁶.

Pueden apuntarse otras deficiencias regulativas, como la ausencia de una previsión explícita sobre la necesidad del voto de confianza positivo para la formación del gobierno, lo cual permitió al Presidente Hindenburg designar al Canciller y a los Ministros en marzo de 1930, sin que este gobierno tuviera base parlamentaria, como primer paso hacia el absoluto declive del parlamento que se escenificaría entre ese año y 1933. Sin embargo, pesaron mucho las otras razones arriba apuntadas, junto a las interpreta-

¹³ Bühler, Ottmar, "Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos" en Mortati y otros, *op. cit.*, pp. 203 y ss.

¹⁴ Para una comparación respecto de los poderes extraordinarios que ostentaba el Emperador *vid. Lübbe-Wolff, op. cit.*, p. 269.

¹⁵ Entre 1920 y 1924 fueron dictados más de cien decretos de emergencia con fundamento en el artículo 48 de la Constitución: Bühler, *op. cit.*, p. 205.

¹⁶ Schildt, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

ciones de juristas y tribunales que acompañaron el relajamiento del tejido constitucional.

Así, las leyes de habilitación no estaban contempladas en la Constitución, pero la crisis económica, secundada por las obligaciones derivadas de las reparaciones impuestas por el tratado de Versalles, y el deterioro del marco partidista y parlamentario, propiciaron su adopción. Ante la discusión sobre su posible inconstitucionalidad, se adujo que, al ser dictadas tales leyes con una mayoría de las dos terceras partes, se alcanzaba la mayoría calificada prevista en la Constitución para su reforma, por lo que no tendría sentido plantearse la inconstitucionalidad de tales leyes, pues en todo caso la Constitución habría quedado tácitamente modificada en virtud de las mismas. Según la interpretación dominante del artículo 76 de la Constitución de Weimar, este permitía las reformas constitucionales tácitas¹⁷, pero aun así la fragilidad de la solución salta a la vista, ya que una cosa hubiera sido modificar con carácter general la Constitución para admitir las leyes de autorización o habilitación y otra distinta era sancionar puntualmente leyes que se apartaran de las disposiciones constitucionales, intentando justificarlas mediante mayorías calificadas.

La grieta abierta en la constitucionalidad por los abusos en la invocación del artículo 48 y por las leyes de habilitación, en cuyo trasfondo se hallaba, no lo olvidemos, el hundimiento del parlamento, fue luego transitada por el nacionalsocialismo, con el apoyo del propio Presidente Hindenburg, por medio de la emisión del decreto de emergencia del Presidente del Reich para la Protección del Pueblo y del Estado, del 28-02-1933, fundado en el artículo 48 de la Constitución de Weimar, con la cual se respondía a los hechos ligados al incendio de la sede del parlamento del Reich. Este decreto suspendió varios derechos civiles y políticos y fue usado para convalidar la detención de diputados y líderes comunistas, lo cual facilitó la sanción por un parlamento agónico, cercado y mutilado, de la ley de autorización o de plenos poderes del 24-03-1933, que representó la demolición de la institucionalidad de la Constitución de Weimar, como veremos. El nacionalsocialismo no se molestó en derogar expresamente esta Constitución y en dictar una nueva.

Sorprende que un jurista como Walter Jellinek, al escribir en 1930 sobre la Constitución de Weimar, no hubiera apreciado el declive hasta entonces sufrido por esa Constitución y los serios riesgos que la acechaban. Hallándose en el borde del precipicio hacia el régimen autoritario y luego totalitario que se avecinaba, Jellinek sostuvo, refiriéndose a esa Carta Magna, que: *"Sus diez años de vigencia han servido, a ojos vista, para consolidarla. Quien hoy pretendiera poner en duda su consistencia jurídica o su duración quedaría en ridículo"*¹⁸. Esto puede deberse a un error de percepción de los fenómenos en desarrollo, ya avanzados, aunque se explica también por el punto de inflexión que en parte representó ese año de 1930, en el cual todavía estaba abierta en términos históricos la posibilidad de una salida a la crisis de

¹⁷ Bühler, *op. cit.*, pp. 240-241.

¹⁸ Jellinek, *op. cit.*, p. 112.

Weimar distinta a la que finalmente se impuso. Cuando se examina retrospectivamente el ascenso de Hitler al poder, tiende a verse una línea perfectamente continua e inexorable entre el progresivo debilitamiento de la institucionalidad parlamentaria de la República de Weimar y la hegemonía del nacionalsocialismo, pero la cuestión es más compleja, pues como ha sostenido el historiador Ian Kershaw, este no fue un resultado inevitable¹⁹. Pero ya conocemos el desenlace. El mismo Jellinek fue removido de su cátedra como Profesor de Derecho Público de la Universidad de Heidelberg en 1935, por su ascendencia judía.

¿Cuál fue en definitiva la causa principal del naufragio de la Constitución de Weimar? Fueron muchas, pero desde el punto de vista constitucional Constantino Mortati y Walter Jellinek formularon observaciones dignas de atención. Mortati insistió en que no había en esa Constitución "*un principio unificador claro y coherente*"; de allí la cualidad que le atribuyó de ser una Constitución "*poliédrica*", por la multiplicidad de motivaciones que presidieron su gestación e impidieron "*dar vida a un organismo coherente en sus partes y bien definido en sus principios de conjunto*"²⁰. Jellinek, si bien reconocía las virtudes generales de esa Constitución, destacó la ausencia de una "*gran y estimulante idea*", de una "*idea nuclear conductora*", como la que inspiró a la Asamblea Nacional francesa de 1789 o a la alemana de Fráncfort de 1848; faltó, además, decía, un estadista "*demoníaco*" o demiúrgico de la talla de Bismarck²¹. Estos planteamientos, sin compartirlos del todo por lo que después acotaré, invitan a considerar un factor clave al estudiar la génesis y evolución de las Constituciones: la idea o ideas constitucionales que las inspiran y que son determinantes en su concepción.

Desde esta óptica, el ocaso de la Constitución de Weimar obedeció no precisamente a la ausencia de un "organismo coherente", pues es normal que las Constituciones democráticas alberguen tensiones internas, fruto del pluralismo que les sirve de cimiento y están llamadas a preservar. Tampoco sería exacto atribuir su fragilidad a la inexistencia de un liderazgo personal sobresaliente, ya que este puede contribuir a la consolidación de un proyecto constitucional pero no es indispensable. El problema estuvo más bien en que la idea constitucional medular de Weimar, la de la instauración de la democracia y de la república, en sustitución de la Monarquía, no adquirió el vigor social y político suficiente para articular a las demás, por lo que dicha Constitución resultó desgarrada a causa de la pugnacidad existente entre la democracia liberal y la democracia radical; entre la economía capitalista y el socialismo. Como se ha afirmado, las clases burguesas o tradicionales que respaldaron la fundación de la República, "*en el fondo desconfiaban de ella*"²² y en parte conspiraron contra la democracia naciente. La falta de convicción con que fue aceptada por muchos esa idea constitucional ten-

¹⁹ Kershaw, Ian, *Hitler. La Biografía Definitiva*, Madrid, Colombia, Crítica, 2016, p. 330.

²⁰ Mortati, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

²¹ Jellinek, *op. cit.*, p. 85.

²² Mortati, *op. cit.*, p. 70.

dencialmente aglutinante fue, pues, una de las razones del desplome del edificio institucional de Weimar.

Con todo, el frágil arraigo de la idea constitucional de Weimar no basta para explicar su deceso, pues este probablemente no hubiera ocurrido, o al menos no en el momento y en la forma en que se precipitó, de no ser por la exacerbación de las pugnas en el frente democrático y de los extremismos ocasionada entre otras causas por la crisis económica de 1929, así como por los avances de una de las fuerzas radicales que se alimentaban del hundimiento de la democracia de Weimar, el nacionalsocialismo, que desde afuera y desde adentro de sus cauces operó como factor decisivo de su caída.

Carl Schmitt formuló críticas acerbas contra el sistema político-constitucional de Weimar que iban más allá de las antes comentadas. Se insertaban en la interpelación sistemática que formuló contra el parlamentarismo y sus fundamentos filosóficos y políticos. Para Schmitt era insostenible un orden estatal basado en la idea de la neutralidad ideológica y un régimen de gobierno sostenido en partidos políticos que expresaban la fragmentación de la conciencia nacional. En el marco de lo que calificaba como un fenómeno entonces extendido de un Estado “total”, que invadía las más variadas esferas de la existencia humana concreta, la República de Weimar representaba una versión paradójica de totalidad fracturada que degeneraba en debilidad. El Estado pluralista de partidos encarnado en la República y en la Constitución de Weimar daba lugar a una multiplicidad de “partidos totales”, cada uno de los cuales procuraba abrazar en sí mismo la totalidad, desde su propia cosmovisión. Esta totalidad fragmentada, o esta agregación de partes con pretensión de totalidad, parcelaban la unidad del pueblo alemán y convertían la dinámica política en una satisfacción de intereses particulares y en la búsqueda de compromisos entre partidos, escenificados en el parlamento²³. El parlamento como espacio de construcción racional de soluciones se habría desdibujado por completo. Las bases liberales del parlamentarismo, sostuvo, se habían disuelto en el contexto democrático, por lo que contraponía liberalismo y democracia²⁴.

Esto por supuesto arrastraba a la Constitución de Weimar, que desde su génesis era reflejo del “Estado de partidos” que él objetaba duramente. Desbordaría el propósito de este trabajo un análisis del pensamiento de Schmitt sobre estos temas. Basta con señalar que él no se limitaba a plantear observaciones respecto de prácticas o desviaciones que considerara viciadas, cuya corrección pudiera salvaguardar el sentido de la institucionalidad parlamentaria de su tiempo. Por el contrario, se trataba de un cuestionamiento profundo e insalvable con ese modelo político. Su pluralismo debilitante y paralizante, que se agotaba en un funcionalismo mayoritario, tenía que ser sustituido por un orden que abandonara la neutralidad valorativa y dejara de prometer igualdad de condiciones para todos los contenidos ideológicos,

²³ Schmitt, Carl, “Weiter Entwicklung des totalen Staats in Deutschland”, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, Duncker & Humblot, 1958, pp. 359 y ss.

²⁴ Esteve Pardo, *op. cit.*, pp. 108 y ss.

finés y corrientes políticas. Había que reconocer los “*contenidos sustanciales y fuerzas del pueblo alemán*”²⁵, y superar las indecisiones de una República que ni siquiera era conceptualmente capaz de enfrentar a los enemigos declarados del sistema que había fundado. La Constitución era vista como contradictoria, dado que en su primera parte, referida a la organización del poder, procuraba conservar un esquema de gobierno de base liberal y parlamentaria, cónsono con una neutralidad valorativa, mientras que en la segunda, relativa a los derechos y obligaciones fundamentales de los alemanes, optaba por contenidos materiales específicos. A su juicio, había allí en realidad dos Constituciones irreconciliables, debiendo imponerse la idea que nutría a la segunda, la de la opción valorativa, sobre la primera²⁶. Esto suponía lograr una homogeneidad que en la República de Weimar estimaba imposible alcanzar.

Las críticas de Schmitt esbozadas en esta apretada síntesis lo son, en gran medida, contra la democracia constitucional, inconcebible sin la garantía del pluralismo ideológico y sin su reproducción en diversidad de partidos políticos. En lo que concierne a la Constitución de Weimar y la aludida contradicción entre su primera y su segunda parte, hay que observar que si bien esta Constitución estaba llena de tensiones internas, estas no se manifestaban solo entre su primera y su segunda parte sino que recorrían la Constitución en distintas áreas y bajo criterios diferentes a los allí planteados. Eran en esencia nudos referidos a la transición desde el orden de la monarquía constitucional, cuyos soportes sociales eran en principio homogéneos, a un sistema democrático, abierto al protagonismo de fuerzas sociales plurales. Los había también entre la democracia representativa y los nuevos procedimientos de participación directa, o entre la garantía de derechos de libertad y la de derechos o cometidos sociales. Y estas tensiones no resultaban insalvables. Presentar el problema como una alternativa entre la Constitución neutral o pluralista y la Constitución militante en defensa de unos contenidos específicos que correspondieran con la unidad del pueblo alemán, era ya un anticipo del tipo de régimen político, no total sino totalitario, que Schmitt estaría pronto dispuesto a secundar, de la mano de uno de los enemigos acérrimos de la República de Weimar. Como afirmó certeramente Hans Kelsen, los tempranos cuestionamientos de Schmitt contra el parlamentarismo lo eran en realidad contra la democracia misma²⁷.

2. Los gabinetes presidenciales y la grave degeneración institucional sufrida desde 1930

2.1. Los gabinetes presidenciales

No es objeto de este trabajo examinar la evolución de la República de Weimar desde su proclamación el 09-11-1918 hasta la dimisión del gabinete

²⁵ Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Munich, Duncker & Humblot, 1932, p. 97.

²⁶ *Ibid.*, pp. 40 y ss. y 97-98.

²⁷ Kelsen, Hans, *Das Problem des Parlamentarismus*, Viena, Wilhelm Braumüller, 1925, pp. 39 y ss.

encabezado por Hermann Müller el 27-03-1930, el cual representó el último gobierno de base parlamentaria de esa República. Ello marca el inicio del abierto socavamiento de los fundamentos parlamentarios de la República de Weimar, como también del relato y del análisis que se expondrán a continuación. Es preciso advertir, sin embargo, que esa dimisión guarda continuidad con un proceso previo de deterioro en la marcha de las instituciones, cuyo trasfondo fueron, entre otros factores, la radicalización de posiciones tanto en el sector trabajador como en el industrial o empresarial, con invitaciones de un lado a la construcción de una democracia económica que entraba en pugna con el sistema capitalista y, del otro, a abandonar las contemplaciones con el socialismo y con ciertos excesos de la legislación social y a mitigar el poder de los partidos políticos²⁸. Esto además atravesado por la crisis económica mundial de 1929 y el enorme desempleo que ocasionó. Por otra parte, ya estaban en la escena nacional Hitler y el Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán (NSDAP, por sus siglas en alemán), el cual había obtenido doce escaños en las elecciones parlamentarias de 1928, como parte de una estrategia que Goebbels resumió así: “*Vamos a entrar en el Reichstag...como el lobo entre el rebaño*”²⁹. La participación de corte demagógico de Hitler en la consulta popular sobre el Plan Young de diciembre de 1929 le dio una proyección importante en toda Alemania y su partido y posturas extremistas adquirieron un peso significativo dentro de la derecha nacionalista y popular³⁰.

Los resultados de las elecciones de 1928 hicieron indispensable la formación de una gran coalición, dominada por el Partido Socialdemócrata de Alemania (SPD, por sus siglas en alemán), la cual naufragó en marzo de 1930 por diferencias que en sí mismas eran de poca significación pero que fueron magnificadas por la radicalización de posiciones ya mencionada. Ante el conflicto surgido entre los integrantes de la coalición, el Canciller Müller dimitió y cayó este gabinete, lo cual no dio lugar a que se buscaran seriamente fórmulas para un nuevo gobierno nacido de acuerdos entre bandadas, sino que eso fue descartado y se aprovechó la ocasión para desarrollar ideas que se habían venido gestando, según las cuales convenía prescindir de la dependencia del parlamento y de las componendas partidistas para formar gobierno³¹, a fin de avanzar, sin ataduras con el SPD, en el despliegue de programas políticos y económicos.

Inmediatamente, Heinrich Brüning fue designado Canciller por el Presidente Hindenburg y el gabinete correspondiente se oficializaría el 30-03-1930. Para ello Hindenburg se valió del artículo 53 de la Constitución, que le facultaba para nombrar al Canciller, y de su artículo 54, que si bien supeditaba el desempeño de este cargo a la confianza del parlamento no exigía expresamente un voto de investidura, sino solo aludía a la posibilidad de que el

²⁸ Schildt, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

²⁹ Kershaw, *op. cit.*, p. 276.

³⁰ *Ibid.*, p. 283.

³¹ *Ibid.*, pp. 286 y ss.; Grimm, Dieter, “Weimars Ende und Untergang”, en Dreier y Waldhoff, *op. cit.*, p. 264.

Canciller fuera cesado en sus funciones mediante una moción de censura aprobada por el parlamento. Esta regulación restringida sobre la confianza parlamentaria ya había sido introducida en la Constitución del Imperio mediante una reforma constitucional de 1918, poco antes de la caída de la monarquía, con lo cual hubo aquí una cierta proyección o vestigio de un esquema de parlamentarismo no consolidado, con un Presidente del Reich que, si bien era elegido por el pueblo, evocaba en parte la figura y poderes del Emperador del régimen precedente. El Presidente del Reich no solo designaba al Canciller, y a los Ministros a propuesta de este, sino que podía de igual modo removerlos. Estos y otros aspectos de la regulación constitucional explican que este sistema de gobierno haya sido calificado como semi-parlamentario³².

Antes de 1930 se había acudido a este mecanismo de la designación presidencial sin sustento parlamentario, pero se asumía que ello generaba una situación pasajera, llamada a superarse tan pronto fuera posible, mediante la formación de un gobierno nacido del acuerdo de una mayoría parlamentaria. Mientras que a partir de la integración del gabinete del Canciller Brüning, Hindenburg decidió obviar cualquier intento de alcanzar un gobierno surgido del apoyo parlamentario. La enorme dificultad en que se hallaban los partidos representados en el parlamento para articular posiciones y tomar decisiones allanaba el camino a esta evolución, que Hindenburg apuntaló, en lugar de procurar contrarrestarla. Ello dio inicio a los denominados gabinetes presidenciales (*Präsidiakabinette*)³³, lo cual implicaba en apariencia un desplazamiento hacia un sistema de gobierno cada vez más semipresidencial, ya que se reducía la relevancia del parlamento en la formación del gobierno y se incrementaba la del Presidente, electo por sufragio universal y directo. Sin embargo, en realidad se trataba de una degeneración autoritaria del sistema de Weimar. La praxis institucional y el marco democrático-parlamentario del ejercicio del poder habían decantado la fórmula del artículo 54 de la Constitución en una dirección distinta a la que hubiera tenido en el régimen del Imperio. Los fundamentos democráticos del sistema de Weimar apuntalaron desde el principio la búsqueda de mayorías en el parlamento y de su confianza para constituir el gobierno. Cuando Hindenburg abandonó los gabinetes parlamentarios y optó por designar con perspectivas duraderas a un Canciller de su confianza para que llevara a cabo las políticas concertadas con él mismo, se produjo una mutación de orientación autoritaria que pronto se haría visible.

Al menos desde abril de 1930 el funcionariado jurídico del Ministerio de Justicia venía trabajando en la definición de la mejor ruta que habría de seguirse para hacer viable este nuevo esquema de gobierno. Se consideraron alternativas como una ley de habilitación o la aplicación del artículo 48, pá-

³² Lübke-Wolff, Gertrude, "El concepto de democracia de la Constitución de Weimar", en *Revisita Historia Constitucional* N°. 20, op. cit., pp. 256 y ss.

³³ Schildt, op. cit., pp. 95 y ss.

rafo 2, de la Constitución³⁴. Se prefirió la segunda, pues se entendía que la primera requería la mayoría calificada exigida para las reformas a la Constitución, que era difícil de obtener. Se consultó, entre otros juristas, a Carl Schmitt, en relación con el alcance de los poderes contemplados en el artículo 48, quien se pronunció a favor de su uso para emitir ordenanzas o decretos de necesidad o emergencia en materias económicas, sociales e incluso financiero-presupuestarias, con lo cual se apartaba del criterio que antes había sostenido en sentido contrario. Alegaba, entre otros fundamentos, la necesidad de desechar interpretaciones que hicieran al gobierno republicano inoperante, incapaz de actuar³⁵. En una dirección similar opinarían posteriormente connotados profesores, defensores del orden parlamentario y de la estructura constitucional de Weimar, quienes se ceñían a un análisis formalista o exegético de las reservas de ley contenidas en la Constitución o invocaban la práctica institucional acumulada desde los primeros años de vigencia de la Constitución, lo cual abonaría una interpretación amplia, no restrictiva, de los poderes excepcionales, así como la existencia de límites constitucionales y controles parlamentarios, entre otros argumentos³⁶.

La opción por el artículo 48, párrafo 2, de la Constitución, como asidero para la actuación de un gobierno que carecía de base parlamentaria para desarrollar un programa por vía legislativa, estaba enlazada con la disolución del parlamento en caso de que este ejerciera su facultad de exigir dejar sin efecto las medidas adoptadas de acuerdo con el artículo 48. La disolución del parlamento y consecuente convocatoria a elecciones estaba regulada en el artículo 25 de la Constitución, que confería al Presidente del Reich la atribución de ordenarla, sin sujetarla a condiciones constitucionales específicas y con una formulación bastante indeterminada. Para evitar excesos tan solo se había precisado que la disolución solo podía ordenarse “una vez por el mismo motivo”, lo cual dio lugar no obstante a dudas interpretativas y a posiciones, como la de Schmitt, que soslayaban el propósito restrictivo de este inciso³⁷, el cual a fin de cuentas no operó en realidad como una limitación. Desde la disolución del 18-07-1930 la aplicación del precepto quedó desajustada de cualquier parámetro constitucional, como se pondría también de manifiesto en las dos disoluciones de 1932 y en la de febrero de

³⁴ Feldman, Gerald (Ed.), *Die Nachwirkungen der Inflation auf die deutsche Geschichte 1924-1933, Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien 6*, Munich, R. Oldenbourg Verlag, 1985, pp. 281 y ss.

³⁵ *Ibid.*, pp. 284-285.

³⁶ Anschütz, Gerhard y Jellinek, Walter, *Reichskredite und Diktatur, Zwei Rechtsgutachten*, Tubinga, Mohr, 1932, pp. 5 y ss.; Thoma, Richard, “Die Notstandverordnung des Reichspräsidenten von 26. Juli 1930”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1931, pp. 12 y ss.

³⁷ Según Carl Schmitt hubiera sido lícito disolver reiteradamente el parlamento hasta alcanzar una mayoría con capacidad política de decisión, porque esto no hubiera sido una repetición del motivo de la disolución, sino la búsqueda de las condiciones para que el cuerpo representativo pudiera fijar su postura sobre los temas fundamentales planteados en asuntos de gobierno. Esto no fue exactamente lo que pasó de inmediato, pero ponía de manifiesto tempranamente (1924) la opinión de Schmitt sobre las fragilidades del parlamentarismo de Weimar y abonaba el terreno de la maleabilidad del artículo 25 de la Constitución, lo que sí se correspondería con los hechos futuros; Schmitt, “Reichstagsauflösungen”, *Verfassungsrechtliche Aufsätze, op. cit.*, pp. 13 y ss.

1933. A título de ejemplo puede mencionarse el decreto de disolución del 12-11-1932, en el que se decía que: *"Existe el peligro de que el parlamento del Reich exija la anulación del decreto del 4 de septiembre de 1932"*³⁸. Es decir, ahora la sola posibilidad de que el parlamento pretendiera hacer uso de la facultad de control que le otorgaba el artículo 48, párrafo 3, era suficiente para disolverlo. Ello favoreció el desmantelamiento del parlamento, reforzó la posición ya prominente del Presidente y fue de utilidad luego para satisfacer los reclamos caprichosos e interesados de Hitler de adelantar elecciones con el propósito de consolidar su ascenso sin compromisos con fuerzas del sistema a la jefatura del gobierno. Veamos cómo operó esta tenaza contra el parlamento conformada por los artículos 25 y 48 de la Constitución.

2.2. La tenaza antiparlamentaria de los artículos 25 y 48 de la Constitución

Brüning avanzó decididamente en el plan unilateral trazado. Advirtió incluso que emplearía *"todos los medios constitucionales"*³⁹ para lograr la aprobación de las medidas financieras que había definido. Ya este punto de partida dejaba poco margen para soluciones transaccionales. Como ya se dijo, esta clase de arreglos estaba lejos de la génesis y espíritu del nuevo gobierno. No obstante, el SPD manifestó su voluntad de aceptar muchas de las reformas propuestas e invitó a buscar acuerdos en temas sociales más sensibles⁴⁰. Pero el plan se aplicó según lo previsto. El 16-07-1930 se presentó al parlamento el proyecto para ser aprobado por vía legislativa, como correspondía conforme a la Constitución, pero no obtuvo mayoría. Seguidamente el Presidente del Reich promulgó la ordenanza o decreto de emergencia que ya había sido preparado para tal eventualidad, el cual recogía las mismas disposiciones carentes del respaldo mayoritario del parlamento. El 18 de julio fueron presentadas en el parlamento una moción para exigir que las medidas dictadas fueran dejadas sin efecto, de acuerdo con el artículo 48, párrafo 3, de la Constitución, y otra para censurar al gobierno. Una vez que la primera fue aprobada, fue retirada la segunda por sus proponentes⁴¹. No obstante, allí mismo Brüning hizo público el decreto de disolución emitido por el Presidente Hindenburg⁴², quien el 26 de julio dictó un nuevo decreto de emergencia que ampliaba el que había sido rechazado por el parlamento y había sido revocado.

El Ejecutivo había torcido el brazo al Legislativo con grave daño para la institucionalidad. Con razón se ha sostenido que con este uso o imposición de los decretos de emergencia, bajo el manto del artículo 48, comenzó la

³⁸ El texto de la motivación de los sucesivos decretos de disolución puede verse en Schmitt, *"Reichstagsauflösungen"*, op. cit., p. 27.

³⁹ Bracher, Karl D., *Die Auflösung der Weimarer Republik*, Berlín, Ring Verlag, 1955, p. 301.

⁴⁰ *Ibíd.*, pp. 301 y ss.

⁴¹ Feldman (Ed.), op. cit. p. 283.

⁴² La disolución conducía a la instalación de una Comisión permanente con facultades limitadas, que funcionaba hasta la celebración de elecciones, en un plazo no mayor a sesenta días, y la reinstalación del parlamento.

primera fase de la transformación autoritaria de la República de Weimar y que con la mencionada disolución del parlamento se había descartado toda posibilidad de retorno hacia un esquema de gobierno parlamentario⁴³. Nótese que la facultad del parlamento de exigir la revocación de las medidas dictadas con base en el artículo 48, párrafo 2, era el único límite y control específico previsto al respecto en la Constitución. El motivo aducido en el decreto de disolución promulgado por el Presidente fue que el parlamento había requerido que fueran dejadas sin efecto las medidas dictadas. Cuando el parlamento que cumple sus funciones de control es disuelto precisamente por haberlas ejercido y, peor aún, con la finalidad de reeditar de inmediato el decreto rechazado, se rompe el balance o contrapeso entre los poderes públicos. En estas circunstancias se afirmó, con tino, que el derecho del estado de emergencia había degenerado en un estado de emergencia para el derecho⁴⁴.

Durante la Presidencia de Ebert se había producido, en marzo de 1924, una disolución del parlamento ligada a la negativa de este a aprobar la perdurabilidad de decretos que habían sido dictados con base en una ley de habilitación o delegación y que el gobierno consideraba vitales⁴⁵; pero no solo el contexto y alcance de esos decretos eran otros, sino que la disolución del parlamento y la reedición del decreto de emergencia ocurridas en 1930 eran la confirmación de la intransigencia del gobierno, amparado por el Presidente del Reich, y de su posición de desplegar unilateralmente un programa ajeno a la mayoría parlamentaria. Mientras que la disolución de 1924 obedeció a una diferencia política que fue resuelta tras la elección, cuando el parlamento electo se instaló y aprobó, a requerimiento del gobierno, la extensión de la vigencia de los decretos correspondientes. En 1930 las elecciones no fueron convocadas para resolver una disputa política concreta ni para lograr que se formara un gobierno surgido del parlamento, sino principalmente para continuar en la misma dirección ejecutivista y progresivamente autoritaria, como en efecto ocurrió.

Una consecuencia provocada por la disolución del parlamento en julio de 1930 fue el ascenso del nacionalsocialismo en las elecciones de septiembre de ese año, en las cuales logró pasar del 2,6% al 18,3% de los sufragios. Los partidos que respaldaban al gobierno de Brüning consiguieron solo un tercio del apoyo popular y las demás organizaciones sufrieron en general una importante pérdida de votos. Los socialdemócratas, con un 24,5% de los sufragios y en medio de la fragmentación de posiciones políticas reinante, no se hallaban en condiciones de articular una coalición para aspirar a gobernar y optaron desde entonces por no obstaculizar las decisiones del gabinete de Brüning, a fin de evitar que un bloqueo constante, como el procurado por los partidos extremistas de izquierda y derecha, entre estos el nacionalsocialismo, y la eventual convocatoria a nuevas elecciones condujeran

⁴³ Bracher, *op. cit.*, pp. 302-303.

⁴⁴ Afirmación del Profesor Alexander Burggraf und Graf zu Dhona-Schlobitten, citado en Feldman (Ed.), *op. cit.*, p. 284.

⁴⁵ Vid. el motivo de la disolución en Schmitt, "Reichstagsauflösungen", *op. cit.*, p. 27.

a un crecimiento de esta última organización⁴⁶. El gobierno del Canciller Brüning siguió apoyándose en decretos de emergencia promulgados por el Presidente Hindenburg, que ahora el SPD no osaba objetar. Se acentuó el funcionamiento autónomo o separado del gobierno, con un parlamento que no tenía posibilidades reales ni de bloquear las medidas de Brüning ni de construir acuerdos para la legislación. El SPD estaba atrapado entre un gabinete cuyo programa no compartía pero permitía que se llevara a cabo y los extremismos desestabilizadores, y se quedaba cada vez más solo en la defensa del orden político-constitucional de Weimar. Con frecuencia el NSDAP y el Partido Comunista de Alemania (KPD, por sus siglas en alemán) coincidían en el sentido del voto, en su afán de dificultar la gobernabilidad.

Se expandió el radio temático de los decretos de emergencia. Estos terminaron sustituyendo a la legislación en esferas diversas, llegando a perfilarse como pequeños códigos legales, y cruzaron cómodamente el umbral de la legalidad presupuestaria⁴⁷. La doctrina sostenía que en la Constitución existían remisiones explícitas a la ley formal en ciertos ámbitos, las cuales eran resistentes a los poderes calificados de dictatoriales del artículo 48⁴⁸, es decir, que no podían ser satisfechas mediante decretos de necesidad dictados con base en dicho precepto. Entre ellas incluía Richard Toma la aprobación de la ley general de presupuesto y otros supuestos en que la Constitución requería de la regulación *mediante* ley, siendo determinante en la interpretación el uso de esta formulación, o alguna equivalente, en el texto constitucional. Mientras que cuando la remisión se refería a la adopción de actos estatales *con base en una ley*, una delegación legislativa o un decreto de emergencia en principio no estaban excluidos⁴⁹. De poco sirvió esto para contener el proceso de agigantamiento del campo de los decretos emitidos invocando el artículo 48 constitucional. El propio Toma estimó compatible con la Constitución el decreto del 26-07-1930 que reeditaba y ampliaba el que había sido rechazado por el parlamento, porque, sin perjuicio de lo que enseguida se dirá, no invadía materias comprendidas por ese tipo de reservas legales y, como argumento de refuerzo, porque no estaba operativo en ese momento un parlamento que pudiera legislar sobre los respectivos asuntos⁵⁰. Pese a que esta interrupción de sus sesiones había sido causada por la disolución abusiva comentada. Ese decreto contenía incluso disposiciones de carácter presupuestario, aunque no reemplazaba a la ley general de presupuesto, lo cual bastó para desestimar su inconstitucionalidad⁵¹.

Los decretos de necesidad se extendieron, pues, a disposiciones presupuestarias. Un tema controvertido fue la aprobación de endeudamiento o crédito público mediante tales decretos. Autoridades de la administración

⁴⁶ Schildt, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

⁴⁷ Feldman (Ed.), *op. cit.*, pp. 281 y ss.

⁴⁸ Que eran calificados así no en sentido crítico o peyorativo, sino evocando la dictadura de la República de Roma.

⁴⁹ Thoma, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 20 y ss.

⁵¹ *Ibíd.*, pp. 28 y ss.

financiera tenían serias reservas sobre los decretos de emergencia como fundamento normativo de tales operaciones, mientras que juristas reputados del periodo avalaron esta posibilidad⁵², en dictámenes solicitados por el gobierno. De una u otra manera se hacía presente en la mayoría de estas opiniones jurídicas el esfuerzo por alargar la interpretación de las normas constitucionales en función de la situación de colapso económico subyacente y con el objetivo de favorecer la capacidad de respuesta de las autoridades ejecutivas, ante las dificultades que tenía el parlamento para decidir. Minoritariamente se formulaban críticas sobre los abusos que se estaban cometiendo a partir de una lectura incorrecta del artículo 48. Se insistía en que este no podía ser asumido como una segunda vía para la legislación, que estaría abierta cuando el Presidente y el Canciller no quisieran depender del parlamento o cuando no fuera posible lograr allí una mayoría para la aprobación de normas que el gobierno estimara indispensables. Se descartó también la licitud de una disolución del parlamento decretada porque este hubiera acordado la revocación de decretos de emergencia⁵³.

Uno de los problemas que subyacía a estas desviaciones era la cuestión de si el artículo 48, párrafo 2, de la Constitución permitía dictar disposiciones con valor o fuerza de ley. Se asumió con naturalidad que las “medidas” (*Maßnahmen*) previstas en ese artículo se equiparaban a las leyes en sus efectos, lo cual no se colige de este precepto constitucional. La medida es en principio una actuación singular, o de alcance general pero vinculada a una situación concreta, mientras que el concepto de reglamento u ordenanza (*Verordnung*) tiene un carácter normativo, pero la práctica fue la de aceptar la emisión de decretos u ordenanzas de emergencia (*Notverordnungen*) con base en el artículo 48, párrafo 2, a las que se atribuyó un efecto de ley. Algunos plantearon que, dado que el asunto era discutible, era conveniente reformar la Constitución para incluir la facultad del Presidente de promulgar decretos u ordenanzas de emergencia, como normas con fuerza legal, pero no dejaban de reconocer que la opinión favorable a la admisión de la licitud de tales ordenanzas era “*absolutamente dominante*”⁵⁴. Schmitt criticó con buenos argumentos esta tendencia, que en su criterio contradecía las bases del Estado legislativo-parlamentario de la Constitución de Weimar, para lo cual se apoyó en su distinción, ampliamente difundida, entre la ley, típica de esa forma de Estado, y la medida, característica del Estado administrativo. No obstante, su pensamiento expansivo sobre los poderes de excepción no dejó de aflorar en esa crítica, ya que sostenía que la situación de anormalidad no estaba regida por normas jurídicas y que por eso la respuesta dada ante ella por el artículo 48, párrafo 2, era la de autorizar la adopción de medidas por un comisario especial, lo cual suponía la creación de un “*libre campo de acción para las medidas efectivas necesarias*”⁵⁵. Esta visión ten-

⁵² Anschütz y Jellinek, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

⁵³ Grau, Richard, “Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten”, en Anschütz y Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, T. II, Tubinga, Mohr, 1932, pp. 274 y ss.

⁵⁴ Bühler, *op. cit.*, p. 206.

⁵⁵ Schmitt, *Legalität...*, *op. cit.*, p. 75.

dría después repercusión en algunas de las propuestas que Schmitt presentaría en los últimos estertores de la República, como se explicará.

Se dio aquí una combinación entre prácticas e interpretaciones preexistentes que ya se habían colocado peligrosamente en los linderos de lo constitucionalmente admisible, en medio de crisis recurrentes, y la resolución con que los actores de esta última fase usaron al máximo los mecanismos constitucionales para desarrollar un plan de gobierno que introducía severos ajustes económicos, al margen del parlamento y menospreciando sus fundamentos democráticos, en una creciente dirección autoritaria. La propia doctrina y la praxis institucional anterior a 1930 acompañaban una lectura no restrictiva del artículo 48, párrafo 2, de la Constitución. Al comienzo, sobre todo en 1920 y 1921, este precepto permitió la adopción de medidas encaminadas a restablecer la seguridad y el orden público, en sentido propio. El Presidente Ebert recurrió con frecuencia a los decretos de emergencia, a fin de proteger una República sacudida por revueltas, intentos de golpe, y acciones cruentas de diversa origen y alcance. Ya en esa fase se cometieron excesos⁵⁶ y en 1923, con motivo de la gran espiral inflacionaria y devaluación monetaria, se apeló también a dicho precepto, para dictar decretos en materia económica e impositiva. Las “medidas” del artículo 48, párrafo 2, llegaron a representar decretos con fuerza de ley que abordaban asuntos diversos y que incluían sanciones penales para asegurar la observancia de sus disposiciones⁵⁷. Todo esto prepararía ciertamente la ruta para una ampliación como la iniciada en 1930, sin perjuicio de que el contexto y la voluntad político-institucional eran distintos. Otro factor que trastocó el esquema constitucional de las relaciones entre el ejecutivo y el parlamento fue el uso de leyes de habilitación entre 1920 y 1927, en varias ocasiones, lo cual, por las razones antes señaladas, era de discutible constitucionalidad y, más allá de ese debate, ampliaba significativamente el espectro de la normativa proveniente del poder ejecutivo.

La aplicación que se dio al artículo 48 a veces contrariaba posturas doctrinales pero conseguía ratificación en los tribunales. Fue lo que ocurrió con la aceptación judicial, en 1931, de que no siempre se hiciera una explícita y específica indicación de las garantías suspendidas, en el entendido de que del propio artículo 48, párrafo 2, se derivaba ese efecto, respecto de lo ordenado en cada medida. Por otra parte, por lo general no se fijaba un plazo para la vigencia de las medidas de emergencia e incluso se suponía que perdurarían. Su carácter provisional fue enfatizado especialmente desde 1930, por la doctrina y en parte por la jurisprudencia, lo cual probablemente era una forma de refrenar y hacer menos ostensible la magnitud de la producción legislativa proveniente del artículo 48, en momentos en los que, sin embargo, había razones para pensar que el retorno al sistema de gobierno con pilares parlamentarios, en el que la justificación de esas normas pudiera ser revisada, ya no era posible. Otro sobredimensionamiento de los poderes

⁵⁶ Como el uso de centros masivos de internamiento; *vid.* Keil, André y Stibbe, Matthew, “Schutzhaft während des Ersten Weltkriegs und in den Anfangsjahren der Weimarer Republik –Preußen und Bayern, 1914 bis 1923”, *VfZ* 68, 2020, pp. 535 y ss.

⁵⁷ Bühler, *op. cit.*, p. 205.

de emergencia de carácter normativo se produjo en detrimento de las competencias de los *Länder*, ya que sus atribuciones legislativas fueron invadidas en 1931 por un decreto de emergencia⁵⁸.

Podría decirse que la rutinización de los decretos de emergencia fue haciendo cada vez más elásticos los criterios interpretativos, mientras la República entera se dislocaba. Lo que fue visto primero con indulgencia en atención a los objetivos perseguidos por gobiernos comprometidos con la República de Weimar facilitó las cosas a quienes llegaron después al poder con otros respaldos e intenciones, quienes por su parte aducían la imperiosa obligación de contener la crisis económica y de enderezar al país. La doctrina jurídica fue además poco rigurosa en la definición del alcance de la facultad establecida en el artículo 48, párrafo 2. Incluso, sus principios metodológicos o interpretativos parecían muy frágiles frente a las inclinaciones frecuentes a desajustar la normativa constitucional en momentos de emergencia. La jurisprudencia fue en general complaciente y nunca fue dictada la ley especial sobre los poderes contemplados en el artículo 48, que este artículo preveía en su párrafo 5 y que hubiera podido contribuir a fijar límites.

Había una cierta certeza en que la elasticidad en el entendimiento y aplicación del artículo 48 no sobrepasaría los límites del sistema consagrado constitucionalmente. En 1929 se aseveró que: "*Jamás podría el Presidente del Reich invocar el artículo 48 para hacer algo que repugne al espíritu de la Constitución, por ejemplo, dictar medidas para preparar el tránsito hacia otra forma de gobierno*"⁵⁹. Aunque se reconocía que había pocos controles efectivos para evitar que ello ocurriese. Solo una vez antes de 1930 el parlamento había ejercido la facultad de exigir que fueran dejadas sin efecto medidas emitidas conforme al artículo 48⁶⁰. Ya vimos que en 1930 se animó a hacerlo de nuevo, con las consecuencias conocidas. Pero, en todo caso, este control parlamentario, previsto en el artículo 48, párrafo 3, tenía el inconveniente de que no se requería de la aprobación del parlamento para la adopción de las medidas de emergencia, sino que este tenía que exigir que fueran dejadas sin efecto, lo cual suponía que su pasividad implicaba la pervivencia de aquellas, mientras que para lograr su revocación tenía que tomar la iniciativa en esa dirección, lo cual dificultaba el control. Adicionalmente, la revisión judicial sobre el uso de estos poderes solía ser reducida o deferencial, sobre lo cual veremos luego un caso relevante. Algunas posturas doctrinales no ayudaban, por lo demás, a robustecer el control parlamentario. Schmitt llegó a sostener que aun cuando dicho órgano hubiera ejercido la facultad contemplada en el artículo 48, párrafo 3, el Presidente del Reich podía volver a dictar, en el tiempo más breve, las medidas que hubieran sido revocadas a requerimiento del parlamento. Y subrayó los límites prácticos de este control, que al no ser retroactivo dejaba márgenes para actos ejecutivos, anteriores a la revocación de las medidas exigida por el parlamento, que conser-

⁵⁸ Sobre estas tendencias en la doctrina y la jurisprudencia *vid.* Schmitt, *Legalität...*, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

⁵⁹ Bühler, *op. cit.*, pp. 206-207.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 205-206.

varan sus efectos, ya que entre aquellos podía haber algunos que representaran hechos completamente cumplidos, como "el fusilamiento de un hombre"⁶¹.

Como consecuencia del uso (abuso) de la llave formada por los artículos 25 y 48 de la Constitución, el parlamento fue perdiendo significación aceleradamente y luego llegó a suspender sus sesiones por meses. El gobierno resultó librado de esta forma del control parlamentario, que se redujo al mínimo. El siguiente listado⁶² refleja las alteraciones que se estaban produciendo:

a. 1930: 98 Leyes aprobadas por el *Reichtag*, 34 Decretos de emergencia, 5 Sesiones del *Reichtag*.

b. 1931: 5 Leyes aprobadas por el *Reichtag*, 44 Decretos de emergencia, 60 Sesiones del *Reichtag*.

c. 1932: 94 Leyes aprobadas por el *Reichtag*, 41 Decretos de emergencia, 13 Sesiones del *Reichtag*.

Estas cifras ponían de manifiesto la agonía en que se hallaba el parlamentarismo y se correspondían con el plan de las instancias ejecutivas de gobernar en solitario, lo cual representaba ya una orientación autoritaria. Pero la transformación que se estaba gestando en este periodo de los gabinetes presidenciales era más profunda. Uno de los aspectos de esta evolución que conviene destacar ahora era la inclinación del sistema a adquirir un cierto carácter plebiscitario. Schmitt enfatizó tal vez en exceso esta impronta⁶³, al atribuirla a la República de Weimar en general y no solo a su fase final, pero no deja de ser cierto que la frecuente convocatoria a elecciones, sin claridad sobre los asuntos respecto de los cuales el pueblo habría de fijar posición, pero buscando directamente legitimidad para seguir en el poder, poseía una orientación plebiscitaria. Sobre todo porque se prescindía del parlamento, que dejó de ser importante para formar gobierno y al que, una vez que era electo, ni siquiera se daba en ocasiones la oportunidad de mostrar su capacidad de funcionamiento. Era disuelto reiteradamente como parte de una carrera implacable hacia el completo vaciamiento de su funcionalidad, mientras se esperaba que surgieran más apoyos para el nuevo esquema y políticas de gobierno en desarrollo.

3. Las tentativas para salir explícitamente del sistema constitucional de Weimar, el golpe de Prusia y el papel de Carl Schmitt

El gobierno de Brüning se soportó en las premisas antes señaladas, hasta el 30-05-1932, cuando Hindenburg dispuso su remoción con ocasión de los reclamos de grandes productores agrícolas contra un decreto de

⁶¹ Schmitt, *Legalität...*, op. cit., pp. 72-73.

⁶² Datos ofrecidos por Bracher, op. cit., pp. 373-374 y Schildt, op. cit., pp. 97 y 106.

⁶³ Schmitt, *Legalität...*, pp. 62 y ss. y 88 y ss.

emergencia que el Canciller había impulsado. Como vemos, el artículo 48 siguió teniendo protagonismo, también en la caída de quienes habían provisto su aplicación. Hindenburg designó como nuevo Canciller a Franz von Papen, proveniente de los movimientos conservadores de tradición monárquica, quien integraría en su gabinete al general Kurt von Schleicher, lo cual ilustraba el respaldo de los militares a las desviaciones antidemocráticas desatadas, encarnadas también en Hindenburg. Con un gobierno más alejado todavía que el de Brüning del parlamentarismo, era difícil contar con la tolerancia del SPD y tras algunos acuerdos alcanzados entre Papen y Hitler, que incluían el levantamiento de la prohibición de las SA/SS y la pronta convocatoria a elecciones, el Presidente del Reich disolvió otra vez el parlamento. Los resultados de los comicios parlamentarios del 31-07-1932 fueron muy favorables al NSDAP (37,3% de los sufragios). Además, confirmaron la imposibilidad práctica de formar un gobierno con base parlamentaria, bajo los postulados antes enunciados, y la situación de bloqueo político. Los nacionalsocialistas y los comunistas sumaban ahora una mayoría absoluta de escaños, pero solo podían coincidir negativamente, para torpedear al gobierno de turno⁶⁴. Papen no logró que Hitler, en busca de su propia senda de ascenso al poder total, aceptara ser Vicecanciller en su gabinete.

Esto condujo a hacer preparativos, en agosto de 1932, ante un eventual voto de censura contra el gobierno y con miras a una transformación institucional que permitiera a la élite en el poder avanzar sin depender del parlamento ni tampoco, lo que es más grave aunque estaba ya prefigurado en lo anterior, del voto popular. La idea proyectada consistía en disolver el recién electo parlamento con la intención de diferir luego la convocatoria de elecciones, que según el artículo 25 de la Constitución debían celebrarse a más tardar en sesenta días. Durante ese interregno parlamentario se aprobarían reformas en relación con el carácter universal y directo del voto. Además, se concentrarían en el gobierno federal las facultades de dirección de las policías, en detrimento de las competencias de los *Länder*, y se adoptarían las precauciones necesarias para actuar firmemente en caso de revueltas organizadas en contra de la postergación de las elecciones por los partidos o grupos extremistas de izquierda o de derecha⁶⁵. Papen pretendía ir más allá, introduciendo modificaciones constitucionales para la creación de una cámara alta no electa⁶⁶, como contrapeso al *Reichstag*, y el reforzamiento de la posición del gobierno haciéndolo del todo independiente de las mayorías parlamentarias, entre otros propósitos⁶⁷. Schmitt, junto a Jacobi y Bilfinger, estuvo entre los juristas que asesoraron al gobierno del Reich en la elaboración de esa estrategia⁶⁸. Se acudiría al artículo 25 de la Constitución para

⁶⁴ Grimm, *op. cit.*, p. 269.

⁶⁵ Bárcena, Josu y Tajadura, Javier, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, Escolar y Mayo, 2019, pp. 56 y ss.; Beaud, Olivier, *Les derniers jours de Weimar. Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme*, Paris Descartes & Cie, 1997, pp. 109 y ss.

⁶⁶ Kershaw, *op. cit.*, p. 334.

⁶⁷ Vid. Braatz, Werner, "Franz von Papen und die Frage der Reichsreform", *Politische Vierteljahresschrift*, 1975, vol. 16, N° 3, pp. 319 y ss.

⁶⁸ Bárcena y Tajadura, *op. cit.*, p. 57; Beaud, *op. cit.*, pp. 114 y ss.

disolver al parlamento, aduciendo su incapacidad para tomar decisiones, motivo de disolución que ya nos es conocido, y al artículo 48 constitucional para postergar la celebración de elecciones, con fecha cierta o indefinidamente. El mismo artículo 48 se usaría para enfrentar las alteraciones del orden público que pudieran suscitarse y para reformar la normativa electoral. No había definición clara, en cambio, en lo que respecta a las reformas constitucionales relativas a la organización de los poderes planteadas por Papen. Una vez que el plan fue aprobado, Papen intentó ejecutarlo, pero enfrentó contratiempos.

Después de la instalación del parlamento que había sido electo el 31-07-1932, Papen se vio forzado a presentar, en sesión del 12-09-1932, la orden de disolución, que días antes había sido firmada en blanco por Hindenburg, para que se añadiera la fecha y el "motivo" de la disolución⁶⁹. Ello porque el KPD formuló al inicio de esa sesión una moción de censura que luego fue aprobada por amplia mayoría, mientras Papen exhibía el decreto de disolución, que tenía precedencia. Esto desembocó nuevamente en la convocatoria a elecciones, dentro del plazo constitucional de sesenta días, pues la derrota sufrida por Papen en la moción de censura, que no tuvo valor legal pero sí político, con una votación en contra mayor a las cuatro quintas partes de los diputados, lo disuadió de seguir adelante con la trama de posponer mediante decreto de emergencia la realización de los comicios y de adoptar las reformas institucionales indicadas⁷⁰.

No es posible entrar ahora en los pormenores de las opiniones que vertieron algunos juristas en relación con la forma de sacar a la República de Weimar del atolladero en que se hallaba. Uno de ellos fue Walter Jellinek, quien apostaba por la realización de modificaciones constitucionales combinando el artículo 48 con el artículo 76, referido a las reformas a la Constitución. Ante la dificultad comentada de lograr mayorías parlamentarias decisorias, se harían cambios constitucionales, por la vía de la iniciativa popular y del referendo, según lo establecido en el artículo 76 de la Constitución. Como este artículo exigía el voto afirmativo de la mayoría de la totalidad de los electores, no simplemente de los votantes, para que la reforma se considerara aprobada, Jellinek proponía adaptar la normativa electoral mediante un decreto de emergencia, con apoyo en el artículo 48, para que las abstenciones fueran computadas como votos afirmativos⁷¹. El artículo 48 estaba así presente en el hundimiento de la Constitución, como antes vimos y, en aparente paradoja, en los intentos de salvarla. Esto no era en realidad contradictorio, pues una vez que se sucumbe a la tentación de la excepción permanente o rutinizada es muy difícil salir del foso de la facticidad, que impone su propia ley.

Tanto las propuestas de Schmitt como las de Jellinek y algunos otros juristas contrariaban claramente la Constitución, y eran expresión de la si-

⁶⁹ Beaud, *op. cit.*, p. 117.

⁷⁰ Kershaw, *op. cit.*, pp. 335 y ss.

⁷¹ Pasemann, Birthe, "Walter Jellinek und der Nationalsozialismus", en *Kritische Justiz*, vol. 38, No. 4, 2005, p. 423.

tuación desesperada en que se hallaba una democracia parlamentaria agonizante cuyos gobernantes la habían desechado pero querían cumplir con las formas constitucionales para dejarla definitivamente atrás y sentar las bases de una nueva legitimidad, mientras que algunos sectores sociales y políticos querían en vano preservarla. Entre Jellinek y Schmitt puede apreciarse una diferencia importante: el primero pretendía salvar la República de Weimar, el segundo había explicado ya en varios escritos que el orden político parlamentario de Weimar era inviable y que debía ser sustituido por un nuevo arreglo político-constitucional –no necesariamente una nueva Constitución–, fundado en la idea del Estado fuerte y de una autoridad sobresaliente capaz de aglutinar las múltiples organizaciones, asociaciones y movimientos sociales vitales de Alemania⁷². El artículo 48 de la Constitución formaba parte del arsenal jurídico que Schmitt ponía al servicio del gobernante, lo cual implicaba una convergencia de su concepción acerca de la función de guardián de la Constitución que correspondía al Presidente del Reich con su visión sobre las medidas de emergencia⁷³. Sin embargo, su distancia respecto de la institucionalidad parlamentaria de Weimar se traducía en que dicho arsenal no pretendía salvar o recuperar el sistema pluralista parlamentario sino acicatear un proceso acelerado que discurría en dirección contraria. En el fondo, y aunque no lo dijo expresamente, la dictadura que postuló en los momentos finales de Weimar era más soberana que comisoria, utilizando sus propias categorías. Es decir, su pensamiento apuntaba nítidamente hacia una salida, no hacia un restablecimiento, del sistema constitucional de Weimar⁷⁴. De este modo las tesis de Schmitt de estos años, incluyendo su trabajo sobre Legalidad y Legitimidad, fueron un puente entre la fase terminal de Weimar y los albores del nacionalsocialismo.

Pero más allá de estas tentativas de quiebre constitucional, hubo un acontecimiento concreto que representó una abierta ruptura con el sistema de Weimar. Se trata del que ha sido denominado golpe de Prusia, llevado a cabo el 20-07-1932. Prusia era el más importante de los *Länder* de Alemania, con una superficie de aproximadamente los dos tercios del territorio alemán. El SPD ocupaba posiciones de gobierno en Prusia cuando Papen llegó a la Cancillería del Reich, aunque el ejecutivo prusiano estaba solo en funciones, pues la coalición gobernante había perdido la mayoría en las elecciones allí celebradas en abril de 1932 y aún no había sido posible formar un gobierno estable. En toda Alemania había fuertes choques entre comunistas y nacionalsocialistas, en medio del fragor de la campaña electoral para las elecciones convocadas para el 31 de julio de ese año. Una jornada especialmente sangrienta tuvo lugar en la ciudad de Altona, a raíz de una marcha organizada por las recientemente legalizadas SA a través de barrios de trabajadores, de mayoritaria presencia comunista, lo cual fue aprovechado por Papen, con el apoyo de Hindenburg, para tomar el control sobre el gobierno de Prusia. A estos efectos se hizo uso del artículo 48, párrafos 1 y 2, de la

⁷² Schmitt, "Weiter Entwicklung des totalen Staats in Deutschland", *op. cit.*, pp. 359 y ss.; Beaud, *op. cit.*, pp. 109 y ss.

⁷³ Beaud, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

⁷⁴ Esteve Pardo, *op. cit.*, pp. 108 y ss.

Constitución. Se adujo que las autoridades ejecutivas del *Land* no habían adoptado las medidas requeridas para enfrentar las alteraciones a la seguridad pública, cuya responsabilidad Papen atribuía falsamente a los comunistas, y que no estaban en condiciones de mantener el orden. Se sugería también, sin fundamento, la connivencia o permisividad del gobierno mayoritariamente socialdemócrata con la actuación de los comunistas. El decreto de emergencia correspondiente permitió a Papen separar de sus cargos a integrantes del gobierno de Prusia y asumir, como comisario o delegado del Reich, funciones propias del Ministro-Presidente del *Land*, bajo el pretexto de la necesidad de garantizar la seguridad y el orden público. También se designó un comisario imperial para el Ministerio del Interior y fueron sustituidos los responsables de la dirección de la policía. Mediante otro decreto, emitido invocando el artículo 48, párrafo 2, se suspendieron algunos derechos fundamentales en localidades de Prusia y se confirieron atribuciones al Ministro de la Defensa del Reich para reforzar la ejecución de la ley⁷⁵.

Lo expuesto era un golpe contra la institucionalidad de los *Länder* y en particular de Prusia, y un desconocimiento de su autonomía política y de su gobierno constitucional. Esta grave violación a la Constitución estaba asociada al propósito de invadir el último bastión de la oposición política. Los socialdemócratas se debatieron entre desatar huelgas y acciones generales de resistencia o buscar una salida en el marco de las instituciones. Optaron por lo segundo porque no había muchas posibilidades de éxito con la primera ruta y porque se quiso dejar un símbolo de valor moral contra la destrucción de la República⁷⁶. El parlamento prusiano y los *Länder* de Baden y Baviera recurrieron ante el Tribunal del Estado alemán, lo cual dio lugar a una causa judicial que reunió a reputados juristas de la época, entre ellos Schmitt, quien defendió la juridicidad de la intervención y de las medidas de emergencia en representación del Reich, frente a Anschütz y otros que propugnaron la posición de Prusia. La sentencia del tribunal sobre el asunto principal estimó constitucional lo que calificó no como una separación o reemplazo, sino como una suspensión de determinadas autoridades del gobierno de Prusia en el ejercicio de ciertas funciones, y la asunción provisional de las mismas por el gobierno del Reich, ante las circunstancias excepcionales aducidas en los decretos respectivos. Para ello el tribunal se sirvió de una argumentación que no logró ocultar la justificación acomodaticia de las medidas adoptadas por el gobierno del Reich. La elástica interpretación dada al artículo 48, párrafo 2, fue piedra angular de la sentencia. No se llevó a cabo un verdadero control judicial, y el tribunal evitó examinar si existían realmente las circunstancias invocadas o si se trataba de una decisión gubernamental políticamente motivada, como fue alegado, y convalidó en lo esencial la actuación de Papen y Hindenburg⁷⁷.

⁷⁵ Schildt, *op. cit.*, pp. 128 y ss.; Frotscher y Pieroth, *op. cit.*, pp. 282 y ss.

⁷⁶ Schildt, *op. cit.* p. 130.

⁷⁷ Frotscher y Pieroth, *op. cit.*, pp. 283 y ss.

4. El ascenso de Hitler al gobierno y los últimos decretos de emergencia

Llegados a este punto resulta evidente que el estado de emergencia y las medidas del artículo 48 de la Constitución asociados al incendio del Reichstag del 27-02-1933 no fueron hechos desencadenantes del abrupto colapso de un sistema democrático-parlamentario en pie, sino puntos culminantes de un proceso de erosión o desmantelamiento que en lo esencial ya estaba cumplido antes de la adopción de tales medidas. Afirmar que el incendio del Reichstag marcó "*un punto de inflexión*"⁷⁸ en el colapso de la democracia alemana de entreguerras, presupone oscurecer el proceso histórico en que ese hecho se inscribe, por más que se agregue que los gérmenes sociales e institucionales de ese colapso venían formándose durante varios años. Si se pretende diferenciar la erosión de la democracia de su colapso, habría que decir que el ocaso de la República de Weimar y el tránsito hacia el nacionalsocialismo son un ejemplo de las dos cosas, sin que pueda escindirse la segunda de la primera.

En las elecciones del 06-11-1932 el NSDAP había sufrido una disminución electoral no desdeñable (de 37,3% a 33% de los sufragios), por primera vez desde 1930. La situación de bloqueo en el parlamento no cesó, como tampoco la insistencia de Hitler en dirigir el gobierno, en lugar de secundar otro. Él y sus compañeros de partido vieron en estos resultados una señal sobre la urgencia de llegar al poder, en un plazo muy corto⁷⁹, pues de lo contrario podía acrecentarse este descenso electoral, ante la insatisfacción de sus seguidores por la falta de cumplimiento de una oferta política radical, propensa a menospreciar los cauces institucionales. Los días de auge electoral constante de ese liderazgo mesiánico y de su partido estaban al parecer contados, mientras estuviera desasistido del control sobre el gobierno, pero también lo estaban y con seguridad los de la ya zozobrante República de Weimar. Papen intentó aplicar ahora el plan urdido en agosto de ese año, pero el ejército, bajo la influencia del general Schleicher, quien quería llegar a la Cancillería, manifestó que había un riesgo muy alto de que se desencadenaran huelgas y disturbios si se tomaba la decisión de disolver el parlamento y posponer la celebración de elecciones más allá de lo constitucionalmente establecido, y que en tales circunstancias las fuerzas armadas no podrían garantizar el orden interno⁸⁰.

Papen fue sucedido por el general Schleicher, designado como Canciller el 03-12-1932, quien intentó igualmente invocar el artículo 48 como tabla de salvación del ya adulterado sistema de Weimar y de su transición hacia otro de corte autoritario, bajo el control de la élite que representaba y en contra del liderazgo y la intransigencia de Hitler. Se trataba de implementar la idea de disolver, otra vez, el parlamento y de dictar un decreto de emergencia para posponer indefinidamente la celebración de elecciones, con el propósi-

⁷⁸ Ginsburg y Huq, *op. cit.*, p. 36.

⁷⁹ Kershaw, *op. cit.*, p. 321.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 341.

to de detener los ahora redoblados esfuerzos de Hitler para ser designado Canciller. Schleicher contó con el asesoramiento de Schmitt en esta materia, quien recibiría críticas entonces, por formular propuestas inconstitucionales, y luego, ya en el nacionalsocialismo, por el oportunismo de servir jurídicamente al régimen de Hitler después de haber intentado impedir su ascenso a la Cancillería⁸¹. Sin embargo, Hindenburg se negó esta vez a dar su aprobación a este plan. Influenciado por Papen, quien pensaba que era posible domesticar o contener a Hitler, Hindenburg terminó nombrando a este último como Canciller el 30-01-1933.

Hitler demandó la inmediata convocatoria a elecciones parlamentarias. La disolución del parlamento, ordenada el 01-02-1933, fue justificada aduciendo que no había sido posible formar una nueva mayoría para el desarrollo del trabajo gubernamental, por lo que se acudía a elecciones para que el pueblo se pronunciara sobre el recién constituido gobierno de unificación nacional, encabezado por Hitler. Se trataba de un parlamento elegido el 06-11-1932 y al que ni siquiera se dio la oportunidad de sesionar para manifestar o no su respaldo al nuevo gobierno, lo cual acentuaba la inclinación plebiscitaria arriba apuntada⁸². La razón alegada obedecía simplemente a la intransigencia de Hitler en su estrategia de poder total, sin coaliciones ni compromisos externos. Las elecciones fueron convocadas para el 05-03-1933. El 04-02-1933 fue emitido un decreto de emergencia para la Protección del Pueblo Alemán, que imponía restricciones a la libertad de expresión y de reunión, y daba amplios poderes a la policía, controlada por el Ministro del Interior nacionalsocialista, para asegurar su cumplimiento. Durante la campaña electoral se produjo el incendio del Reichstag, el 27-02-1933, que sería aprovechado por Hitler y su entorno para desatar una persecución brutal contra los comunistas y otros adversarios políticos. El 28 de febrero fue dictado el decreto para la Protección del Pueblo y del Estado, invocando también el artículo 48, párrafo 2, que suspendió numerosos derechos fundamentales y dio lugar a la prohibición del KPD y al encarcelamiento de líderes y militantes de ese partido y de miembros del SPD, incluyendo a parlamentarios. Además, se menoscababan las competencias constitucionales de los *Länder*⁸³. En estas condiciones, bajo un gran ventajismo gubernamental e intimidación contra los opositores que aún no habían sido sacados del juego, se celebraron las elecciones del 5 de marzo, en las que el nacionalsocialismo no logró su propósito de alcanzar una mayoría absoluta (43,9% de los sufragios), pero siguió en su ruta hacia el poder total. Luego serían dictados otros decretos de emergencia, hasta que ya dejó de ser preciso invocar la excepción constitucional para justificar el modo de ejercicio soberano e irrestricto del poder que se entronizaría por varios años.

En este contexto se aprueba, el 24-03-1933, la Ley de habilitación para el Remedio de las Necesidades del Pueblo y del Estado, conocida como ley de plenos poderes, la cual era una delegación casi absoluta de las compe-

⁸¹ Beaud, *op. cit.*, pp. 36 y ss. y 186 y ss.; Bárcena y Tajadura, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

⁸² Kershaw, *op. cit.*, pp. 366 y ss.

⁸³ Frotscher y Pieroth, *op. cit.*, pp. 305 y ss.

tencias legislativas del *Reichstag* y del *Reichsrat* en favor del gobierno⁸⁴, por un periodo de dos años, o menor si antes había un cambio de gobierno. Se hizo expresa mención a la facultad gubernamental de dictar la ley de presupuesto y de aprobar endeudamiento público (art. 1 de la ley de habilitación). Más aún, se declaró que las leyes que fueran emitidas con base en la habilitación podían apartarse de la Constitución, siempre que no tuvieran por objeto al *Reichstag* o al *Reichsrat*. Las competencias del Presidente del Reich quedaban a salvo. Al sancionar la ley se dejó constancia de que había sido aprobada con la mayoría exigida para las reformas constitucionales.

Esto implicaba, visto desde los antecedentes narrados, una sinceración y simplificación de la práctica reciente de los decretos u ordenanzas de emergencia del artículo 48 constitucional. Ya no sería preciso ir emitiendo, asunto por asunto, tales decretos, sino que el gobierno podía dictar directamente leyes sobre casi cualquier materia, las cuales podían ser regulaciones abstractas o leyes-medida. Se facilitaba por lo demás la actuación de Hitler como Canciller, pues este ya no tendría que solicitar al Presidente del Reich la emisión de tales decretos, conforme al artículo 48, sino que legislaría desde el gobierno. Adicionalmente, las normas constitucionales apenas limitarían el contenido de las nuevas leyes. Aun de aceptarse la licitud de las reformas constitucionales tácitas o indirectas del periodo de Weimar, salta a la vista que con esta abdicación legislativa y esta patente de curso para contrariar la Constitución se quebrantaban los fundamentos del orden constitucional. Esta asonada autoritaria encontró sustento, sin embargo, en los rieles dejados por las tesis formalistas que negaban la existencia de límites materiales a la revisión de la Constitución⁸⁵.

Dado que las leyes de habilitación eran lícitas siempre que se alcanzara la mayoría calificada requerida para las reformas constitucionales, los nacionalsocialistas tuvieron que urdir maniobras parlamentarias para lograrla, antecedidas de los desmanes comentados. Prohibido el KPD y encarcelados sus dirigentes, disminuían los posibles votos de rechazo a la plena delegación legislativa, aunque los diputados del SPD se pronunciarían en contra. Hitler había conseguido una coalición de gobierno con sectores conservadores, pero no todas las corrientes de esta índole o de orientación centrista estaban ganadas a conceder los enormes poderes contemplados en el proyecto de ley. Hitler apeló a su capacidad de persuasión o engaño y sus partidarios en el parlamento se habían ocupado unos días antes de establecer reglamentariamente que la ausencia de un diputado que no estuviera justificada por las causales que fueron fijadas (enfermedad o vacaciones tomadas conforme a la ley) podía dar lugar a la exclusión del diputado por varias sesiones y entretanto se estimaba que estaba presente en las mismas, a los efectos del cálculo del quorum correspondientes⁸⁶, lo cual se anticipaba a la probable estrategia de los diputados del SPD de abandonar la sesión para romper el quorum de las dos terceras partes de los integrantes del cuerpo

⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 308 y ss.

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 311.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 310.

necesarias para considerar una reforma a la Constitución, que debía ser aprobada luego por las dos terceras partes de los presentes. Los parlamentarios del SPD, junto a los escaños vacíos de los comunistas, no sumaban más de un tercio del Reichstag, pero si faltaban además algunos diputados de otros partidos podía romperse el quorum. Ante aquel ardid reglamentario de los nacionalsocialistas, que controlaban la Presidencia del *Reichstag*, los parlamentarios socialdemócratas decidieron permanecer y votar en minoría. La presencia amenazante de las fuerzas de choque durante la sesión doblegaron otras dudas o resistencias y al final la ley fue aprobada⁸⁷ y no recibió objeciones del *Reichsrat*, en el que también se llevaron a cabo maniobras para asegurar la ratificación⁸⁸. El SPD fue prohibido poco después, al igual que los demás partidos distintos al nacionalsocialista. El *Reichstag* subsistió como espacio de aclamación y el *Reichsrat* fue suprimido en febrero de 1934, como punto culminante de los planes de abolición del federalismo en Alemania.

Con apoyo en la ley de plenos poderes se dictaron las leyes de alineamiento o sincronización (*Gleichschaltung*), que implicaron la ocupación política de los *Länder* y luego su eliminación como entidades autónomas⁸⁹. La política de alineamiento supuso igualmente un proceso de nazificación a gran escala en la sociedad alemana. No es objeto de este texto examinar este y los pasos sucesivos de la imposición de la hegemonía de Hitler y del despliegue de su proyecto totalitario. Baste con recordar que el 30-01-1934 fue adoptada la Ley sobre la Reconstrucción del Reich, que fue tramitada en los languidecientes *Reichstag* y *Reichsrat* cumpliendo con los requisitos de una ley de reforma constitucional, y que resumía en un precepto lacónico (art. 4) la magnitud de la transformación operada: "*El gobierno del Reich puede establecer nuevo Derecho Constitucional*"⁹⁰. El frágil hilo con la Constitución de Weimar que había dejado formalmente en vigor la ley de plenos poderes quedó roto. El artículo 5 de esta ley dispuso que el Ministro del Interior del Reich quedaba facultado para dictar los reglamentos y resoluciones administrativas necesarias para la ejecución de esa ley, lo cual permitía avanzar en la dirección de la reconstrucción del Reich. El 01-08-1934, un día antes de la muerte de Hindenburg, el gobierno dictó una Ley sobre la Jefatura del Estado del Reich Alemán⁹¹, que podía considerarse emitida de acuerdo con el citado artículo 4 de la Ley sobre la Reconstrucción del Reich y que unificaba en la persona de Hitler los cargos de Canciller y de Presidente del Reich, la cual entraría en vigor a la muerte de Hindenburg. Tras este fallecimiento, todos los soldados hicieron un juramento solemne de lealtad a Hitler

⁸⁷ Kershaw, *op. cit.*, pp. 379 y ss.

⁸⁸ Frotscher y Pieroth, *op. cit.*, pp. 310-311.

⁸⁹ Grimm, *op. cit.*, p. 274.

⁹⁰ Gesetz über den Neuaufbau des Reichs, en: documentArchiv.de, <http://www.documentarchiv.de/ns/neu-reich.html>

⁹¹ Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reichs, en: <http://www.documentarchiv.de/ns/stobrhpt.html>

como *Führer*, no como Jefe de Estado, y el 19 de agosto un plebiscito ratificó lo dispuesto en esa ley⁹².

5. Reflexiones sobre el hundimiento de la Constitución y de la República de Weimar

La historiografía suele señalar al 30-01-1933, fecha en que Hitler asumió la Cancillería, como la finalización de la República de Weimar⁹³. Esto se hace desde una visión retrospectiva que tiene en cuenta lo que significó Hitler, el llamado Tercer Reich y el nazismo. Sin embargo, podrían mencionarse puntos anteriores como representativos de la caída de esa República. También se ha sostenido que la aprobación de la ley de plenos poderes, el 24-03-1933, marcó la culminación de esa Constitución y podría decirse que también de esa República, ya que supuso un cambio de identidad constitucional⁹⁴. La Constitución de Weimar nunca fue formalmente abolida, pero si hubiera que identificar un acto jurídico que la sobrepasó del todo, expresamente, habría que apuntar hacia la citada Ley sobre la Reconstrucción del Reich, del 30 -01-1934, que fue sancionada cubriendo las apariencias de las mayorías calificadas requeridas para la reforma de la Constitución de Weimar y que autorizó al gobierno del Reich para dictar "Derecho Constitucional". En realidad Hitler nunca quiso que existiera Derecho Constitucional alguno que circunscribiera su actuación, como conjunto de límites jurídicos vinculantes para él y para todos. Ni siquiera se ocupó en promover una nueva Constitución formal. Su voluntad y los postulados ideológicos generales que impregnaban el nacionalsocialismo estaban por encima de cualquier consideración jurídica.

Son muchas las lecciones que pueden extraerse de la experiencia de Weimar. Los alemanes procuraron decantarlas y tuvieron muy presentes los denominados errores de Weimar cuando les correspondió elaborar la Ley Fundamental de 1949. De allí la regulación constitucional sobre la elección parlamentaria del Canciller y sobre el voto de censura constructivo; la previsión de un Presidente como Jefe de Estado de un sistema genuinamente parlamentario, con la consecuente supresión de su elección popular directa y la reducción de sus funciones; la minimización de los mecanismos de democracia directa; la eliminación de los poderes de emergencia del artículo 48, párrafo 2; el reconocimiento de la fuerza normativa directamente constitucional de los derechos fundamentales, así como el establecimiento de la garantía de su contenido esencial, y la fijación de límites materiales a la reforma constitucional, entre otras diferencias entre la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución de Weimar motivadas por aquella experiencia. El sistema electoral sufrió también modificaciones dirigidas a favorecer gobiernos estables y evitar la fragmentación en el parlamento.

⁹² Kershaw, *op. cit.*, pp. 431-432.

⁹³ Schildt, *op. cit.*, pp. 147 y ss.

⁹⁴ Grimm, *op. cit.*, p. 286.

Desde la perspectiva de los planteamientos expresados en este trabajo, es importante constatar la importancia de ideas constitucionales vertebradoras para el éxito de un orden constitucional. No se trata de que las Constituciones se nutran de un conjunto de valores homogéneo o unitario, sino de articularlas en torno a las principales corrientes conceptuales e históricas de la génesis constitucional que, al trascender al texto constitucional, suelen orientar su interpretación e implementación. Es también crucial la correspondencia de estas ideas con la cultura política del país. En lo que concierne al diseño constitucional, se comprueba que no basta con buscar generar un equilibrio entre factores de poder para evitar que la balanza se incline en favor de alguno de ellos, sino que es esencial no perder de vista el objetivo global de controlar y limitar efectivamente el ejercicio del poder público. No necesariamente al establecer varios poderes robustos en su ámbito se produce un arreglo final moderado con pesos y contrapesos. Por otro lado, la excesiva debilidad práctica de uno de los poderes, el parlamento en el caso de Weimar, tiende a expandir las facultades de alguno de los otros, normalmente del ejecutivo. Esto implica que al construir la estructura constitucional debe tenerse muy en cuenta la realidad sobre la que gravitará y han de tomarse cautelas en atención a sus demandas. El Presidente del Reich, que fue concebido por muchos como un contrapeo al parlamento y como una instancia componedora, operó prontamente con una dirección política propia y después fue elemento determinante en el desmantelamiento de la institucionalidad parlamentaria y de la República.

Por otra parte, el tema de los poderes de excepción es transversal a la crisis económico-social y político-constitucional de Weimar. La Constitución de 1919 estuvo sometida a tensiones y desgarramientos provenientes de la permanente urgencia en la solución de problemas existenciales de la República. Los llamados años dorados (1924-1928) fueron más bien una tregua en medio de dos grandes debacles económicas y de la batalla a gran escala entre las posturas extremistas que pugnaban por destruir ese orden político para desplegar el (único) que estimaban correcto. Una lucha cuyos contendientes lo eran en el mundo de los partidos políticos, de las asociaciones o sindicatos, y de los grupos paramilitares o fuerzas de choque. Con un artículo 48 que dejaba puerta franca para una canalización presidencialista y a la postre autoritaria de los conflictos.

Otra cuestión medular para apreciar las fragilidades de esa Constitución fue la de la reducida fuerza normativa de los derechos fundamentales que consagró. La admisión de la facultad del legislador para disponer del contenido de los derechos fundamentales y la limitación de su resistencia frente a regulaciones provenientes del poder ejecutivo a un sistema no siempre coherente de reservas legislativas, degradaron tales derechos. Con el agravante de que buena parte de la normativa restrictiva de derechos era dictada no por el parlamento sino por el Presidente del Reich, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, a lo que se sumaban las delegaciones legislativas.

Caben otras consideraciones sobre el diseño constitucional, pero en el marco de los asuntos aquí tratados procede una reflexión final sobre el pa-

pel de los juristas y de la judicatura. Muchos de ellos siguieron apegados a los principios del orden político-social anterior y estaban poco comprometidos con la defensa de la institucionalidad republicana y democrática. Pero incluso quienes sí lo estaban poco ayudaron a evitar su caída. Es doloroso observar que una ciencia jurídica versada en las categorías del Estado de Derecho, el cual se venía gestando en Alemania desde la segunda mitad del siglo XIX, con obras enjundiosas y brillantes en su análisis de la Constitución de 1919, se haya mostrado impotente ante los desafíos político-constitucionales que desató la República de Weimar. Se ha hablado del desconcierto, de la confusión o de la incapacidad para orientar⁹⁵ en que quedó sumida la doctrina jurídica cuando se agudizó el deterioro institucional de la República.

Muchas de las causas de este deterioro y de esa perplejidad obedecían al contexto ya examinado al comienzo de este artículo, pero esto no exime totalmente de responsabilidad a los juristas. Se ha señalado a veces al positivismo jurídico como responsables de este naufragio de la ciencia jurídica, pero esta explicación no parece exacta. En el derrumbe del edificio jurídico de Weimar confluyeron tanto el literalismo o formalismo, objetable metodológicamente si es asumido como el canon hermenéutico, incluso desde postulados positivistas, como las interpretaciones laxas apartadas de la positividad. Faltó sustancia a veces, como en el tema de los límites materiales a la reforma constitucional, faltó rigor normativo en otras, como en la determinación del alcance de los derechos fundamentales. Lo que creo puede desprenderse como moraleja de esa capitulación de los juristas es que ellos y el Derecho pierden a la larga cuando se precipitan a contemporizar, aun de buena fe, con las exigencias de los políticos y de la política, poniendo en riesgo la autoridad de su oficio y de su disciplina. Lo mismo puede decirse respecto de los tribunales, que en general no supieron cumplir una función de control y toleraron la expansión de los poderes y la acentuación de los desajustes que condujeron al naufragio de la juridicidad. También en la administración pública hubo profesionales del Derecho que desde 1930 estuvieron al servicio de la nueva jefatura y contribuyeron con creatividad a urdir el régimen de los gabinetes presidenciales, que terminó asfixiando la Constitución.

En suma, la Constitución de 1919 representó un proyecto original y vanguardista, que marcó el inicio del constitucionalismo democrático en Alemania y supo conjugarlo con los reclamos sociales de su tiempo. Intentó asegurar el equilibrio entre los poderes públicos, partiendo de la premisa de que el parlamento sería la instancia central de la gobernabilidad, con un Presidente del Reich llamado a cumplir funciones arbitrales o moderadoras, y con posibilidades de apelación al pueblo para dirimir controversias entre los órganos del Estado. Pero ese proyecto constitucional no halló terreno fértil. La realidad social y política impidió que el parlamento asumiera ese papel y el Presidente del Reich se desplazó hacia el activismo gubernamen-

⁹⁵ Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, T. III, Munich, Beck, 1999, p. 123.

tal y partidista, mientras se erosionaba el parlamentarismo y el régimen político se hacía cada vez más ejecutivista y plebiscitario. La crisis económica recurrente exacerbó la conflictividad, minó la confianza en el sistema constitucional y allanó el camino al personalismo mesiánico y populista. En este contexto, algunas disposiciones constitucionales, cuya formulación no era la más adecuada, fueron aprovechadas y sobredimensionadas en su vertiente potencialmente antiparlamentaria para socavar el orden democrático-constitucional. Víctima de sus circunstancias, la Constitución se apagó prematuramente y en su fase terminal fue usada como instrumento para acelerar el desenlace totalitario.

II

DOCUMENTACIÓN PARLAMENTARIA*

* El Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro (IEPFT) es una Asociación Civil cuyo propósito es el estudio, desarrollo y promoción del Derecho Parlamentario en el ámbito nacional, estatal, municipal e internacional. Colabora en la formulación de propuestas innovadoras para el fortalecimiento de capacidades y la mejora en el desempeño de los Parlamentos en el cumplimiento de sus funciones de legislación y de control. Desde el año 2010 el IEPFT trabaja en Venezuela con diversas organizaciones de la sociedad civil y apoya el desempeño de los parlamentarios. En esta ocasión se quieren reflejar dos campos de acción del Instituto: el del acompañamiento a los diputados en la presentación de denuncias para la defensa de sus derechos y el de la asesoría para la elaboración de normas u otros instrumentos parlamentarios.

DECISIONES ADOPTADAS POR LA UNIÓN INTERPARLAMENTARIA (UIP) RESPECTO DE PARLAMENTARIOS VENEZOLANOS DESDE FINALES DE 2018 HASTA 2020

1. El Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios y la Asamblea Nacional

La Unión Interparlamentaria es una organización internacional compuesta por parlamentos de todo el mundo, fundada en 1889 y dedicada a la promoción del diálogo y cooperación entre los parlamentos para la preservación de la paz y la consolidación de las instituciones representativas y de la democracia parlamentaria (art. 1 de los Estatutos de la Unión Interparlamentaria).

Le ha correspondido ser una instancia internacional en la que se han conocido los abusos cometidos contra la oposición en la Asamblea Nacional, sobre todo desde el 2010, cuando aquella retornó al parlamento después de haberse abstenido en los comicios del 2005. Durante la legislatura comprendida entre el 2010 y el 2015 la mayoría oficialista se empeñó en tener presencia relevante en las actividades de esta organización y uno de sus diputados accedió a su Comité Ejecutivo. Con todo, la oposición agrupada en la Mesa de la Unidad Democrática (MUD) logró plantear desde entonces denuncias ante el Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios, relativas, primero, a la vulneración de la inmunidad parlamentaria de diputados electos en septiembre de 2010 y, luego, a agresiones y otras violaciones de derechos humanos perpetradas contra diputados de la bancada de la MUD. Dicho Comité, que no es un órgano jurisdiccional y actúa según procedimientos flexibles a fin de contribuir a la resolución de los casos planteados, emitió informes o decisiones alertando sobre la vulneración de la inmunidad parlamentaria y manifestando su preocupación respecto de otras situaciones denunciadas, solicitando además al gobierno venezolano y a la mayoría oficialista acciones correctivas. Varios de estos pronunciamientos del Comité fueron asumidos y ratificados por el Consejo Directivo de la organización, que suele someter las decisiones del Comité a la aprobación de la Asamblea de la Unión Interparlamentaria, cuando estas coinciden con las sesiones del Comité.

En particular, el Comité de Derechos Humanos objetó la continuación de la privación de libertad de personas electas como diputados en septiembre de 2010, a pesar de haber sido proclamadas como tales por el Consejo

Nacional Electoral, sin que se hubiera allanado su inmunidad; la prolongación excesiva de procesos penales instruidos contra algunos de esos diputados y de su suspensión en el ejercicio de sus funciones; las amenazas y agresiones contra parlamentarios de oposición y la apertura de investigaciones contra ellos originadas en la misma Asamblea Nacional, a iniciativa de la bancada progubernamental, lo cual ofrecía sustento a las denuncias de persecución política; así como la inhabilitación de diputados que aspiraban a la reelección¹. Solo algunas de las recomendaciones formuladas recibieron cumplimiento. Tanto el Comité de Derechos Humanos como el Consejo Directivo aprobaron en 2013 el envío de una misión a la Asamblea Nacional para examinar en el país la situación que estaba siendo constatada, pero el entonces Presidente de la Asamblea Nacional nunca la autorizó.

A raíz de la victoria de la oposición en las elecciones parlamentarias de diciembre 2015, se intensificó la actividad del Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios respecto de Venezuela. En esta legislatura, con el aval del Consejo Directivo y de la Asamblea de miembros cuando ha correspondido, el Comité ha manifestado su seria preocupación o rechazo y ha formulado recomendaciones en lo concerniente a: la suspensión de los diputados electos en el Estado Amazonas, que ha dejado a los electores respectivos sin representación parlamentaria; la vulneración de la inmunidad, la inhabilitación política y la privación de libertad de diputados de oposición y, en general, la existencia de un patrón de persecución política contra ellos; las agresiones contra su integridad física y la cancelación o confiscación arbitraria de los pasaportes de varios de estos parlamentarios. Al contextualizar esas violaciones de derechos, ha objetado el desconocimiento de las atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional, derivado de sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, y de la usurpación de funciones del parlamento por el Presidente de la República². En 2016 la Junta Directiva de la Asamblea Nacional autorizó la visita de la misión designada por la Unión Interparlamentaria y puso todas las facilidades a su alcance para que tuviera lugar, pero el Ejecutivo Nacional obstaculizó por vías diversas su realización y hasta el presente no ha sido posible llevarla a cabo³.

En el 2019 y 2020, ante el recrudecimiento de las vías de hecho contra la Asamblea Nacional y de la represión aplicada por el régimen, las instancias mencionadas de la Unión Interparlamentaria han enfatizado su compromiso con la defensa de los derechos de los diputados y de las facultades de la Asamblea Nacional. En el 2020 fue respaldada la legitimidad de la reelección del diputado Juan Guaidó como Presidente de la Asamblea Nacional y se expresó gran preocupación ante la sentencia de la Sala Constitucio-

¹ Ver, entre otras, la Resolución adoptada por consenso por el Consejo Directivo de la UIP en su sesión 194^a, el 20 de marzo de 2014, disponible en <http://archive.ipu.org/hr-e/194/ven10.htm>. Ver también Aveledo, Ramón Guillermo, *Curso de Derecho Parlamentario*, Caracas, UCAB/IEPFT, 2013, pp. 142 y ss.

² Ver, entre otras, la decisión adoptada por el Consejo Directivo de la UIP el 27 de octubre de 2016, en su sesión 199^a; disponible en <http://archive.ipu.org/hr-e/199/ven10.pdf>

³ Casal, Jesús M., *Asamblea Nacional. Conquista democrática Vs. demolición autoritaria*, Caracas, UCAB, 2017, pp. 86 y ss.

nal que avaló la designación del Diputado Luis Parra como Presidente del parlamento e intentó poner en entredicho el funcionamiento del parlamento legítimo, tal como se expondrá seguidamente. Especial importancia reviste la decisión del Comité y del Consejo Directivo adoptada en noviembre de 2020, ya que realiza una apreciación general sobre lo ocurrido en la legislatura, desde el 2015, y alude a la eventual celebración de unas elecciones para la renovación de la Asamblea Nacional en diciembre de 2020.

El IEPFT ha apoyado la elaboración y presentación de varias de las denuncias interpuestas desde finales del 2010 y hemos considerado conveniente resumir los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos y, en su caso, del Consejo Directivo de la Unión Interparlamentaria emitidos entre finales del 2018 y finales del 2020.

2. Decisiones adoptadas desde finales del 2018

2.1. 2018

a. Decisión adoptada por consenso por el Consejo Directivo de la Unión Interparlamentaria en el 203° período de sesiones, 18 de octubre de 2018. 139° Asamblea UIP, con base en decisiones del Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios (Documento CL/203/11(b)-R.1)⁴. Caso VEN-COLL-06.

Víctimas: 60 parlamentarios miembros de la oposición (MUD)

Alegatos: Tortura, malos tratos y otros actos de violencia; amenazas e intimidación; arresto y detención arbitraria; falta de garantías procesales en la etapa de investigación; demoras excesivas; la violación del derecho a la libertad de opinión y expresión; violación de la libertad de reunión y asociación; violación de la libertad de movimiento; la revocación o suspensión abusiva del mandato parlamentario; no respeto de la inmunidad parlamentaria, y otros actos que obstruyen el ejercicio del mandato parlamentario.

Decisión del Consejo Directivo: 1. Manifestó profunda preocupación ante la aparente impunidad con que los miembros de oposición de la Asamblea Nacional han sido y continúan siendo reprimidos, atacados físicamente, arrestados o detenidos arbitrariamente, sometidos a procedimientos por motivaciones políticas, o han sufrido la vulneración de la inmunidad parlamentaria, la supresión inconstitucional del mandato o la confiscación arbitraria de pasaportes; 2. Urgió a las autoridades a detener el acoso y la intimidación y tomar acciones efectivas para que los responsables sean identificados y castigados; 3. Manifestó preocupación por los esfuerzos continuados de minar la integridad y autonomía de la Asamblea Nacional y urgió a las autoridades a asegurar que los miembros de este órgano puedan continuar con sus labores; 4. Manifestó preocupación por el arresto del Sr. Juan Requesens, como ejemplo de desconocimiento de la inmunidad parlamentaria, en particular por las indicaciones de que pudo haber sido drogado para

⁴ Disponible en <https://www.ipu.org/download/5645>

testificar en su contra, y las condiciones de su detención; 5. Lamentó que la misión del Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios a Venezuela aún no se haya realizado; 6. Reafirmó su postura de que los problemas en estos casos son parte de la crisis política más grande de Venezuela, que solo puede ser resuelta a través del diálogo político; 7. Reiteró su invitación a la comunidad parlamentaria mundial para que participe urgentemente en este asunto, dada la escalada de la crisis política y humanitaria en Venezuela; 8. Pidió al Secretario General transmitir la decisión a las autoridades competentes, a los denunciantes y cualquier tercero que pueda estar en condiciones de proporcionar información pertinente; 9. Pidió al Comité que siga examinando este caso.

2.2. 2019

a. Decisión adoptada por el Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios el 8 de febrero de 2019, sesión 158ª (Documento DH/2019/158/R.1)⁵. Caso VEN-COLL-06.

Víctimas: 60 parlamentarios miembros de la oposición.

Alegatos: Tortura, malos tratos y otros actos de violencia; amenazas, actos de intimidación; arresto y detención arbitraria; falta de garantías procesales en la etapa de investigación; demoras excesivas; violación de la libertad de opinión y de expresión; violación de la libertad de reunión y asociación; violación de la libertad de movimiento; revocación o suspensión abusiva del mandato parlamentario; no respeto a la inmunidad parlamentaria; otros actos que obstruyen el ejercicio del mandato parlamentario.

Decisión del Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios: 1. Manifestó preocupación por el arresto arbitrario del Sr. Juan Guaidó y por las restricciones impuestas; 2. Expresó preocupación sobre la abusiva decisión del Tribunal Supremo de Justicia de pedir una investigación sobre la posible conducta criminal de los miembros de la oposición en la Asamblea Nacional; 3. Instó a las autoridades a que pongan fin de inmediato al acoso contra los miembros de la Asamblea Nacional; 4. Manifestó preocupación porque ninguno de los informes de ataques físicos, arrestos y detenciones arbitrarias, procedimientos por motivos políticos, vulneración de la inmunidad parlamentaria, indebida supresión o suspensión de los mandatos parlamentarios y la confiscación arbitraria de pasaportes que han afectado a miembros de la Asamblea Nacional en 2017 y 2018 han llevado a las autoridades a investigar estos incidentes y establecer la responsabilidad; 5. Reiteró su profunda preocupación por la continua detención de Juan Requesens; 6. Lamentó profundamente que la misión de la UIP a Venezuela aún no se haya llevado a cabo; 7. Reafirmó su postura de que los problemas en estos casos son parte de la crisis política más grande de Venezuela, que solo puede ser resuelta a través del diálogo político; 8. Pidió al Secretario General transmitir la decisión a las autoridades competentes, a los denunciantes y

⁵ Disponible en <https://www.ipu.org/file/7742/download>

cualquier tercero que pueda estar en condiciones de proporcionar información pertinente; 9. Decidió seguir examinando este caso.

b. Decisión adoptada por unanimidad por el Consejo Directivo de la Unión Interparlamentaria en el 204° período de sesiones, 10 de abril de 2019, 140ª Asamblea UIP, con base en decisiones del Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios (Documento CL/204/9(b)-R.2)⁶. Caso VEN-COLL-06.

Víctimas: 64 parlamentarios miembros de la oposición.

Alegatos: Tortura, malos tratos y otros actos de violencia; amenazas, actos de intimidación; arresto y detención arbitraria; falta de garantías procesales en la etapa de investigación; demoras excesivas; violación de la libertad de opinión y de expresión; violación de la libertad de reunión y asociación; violación de la libertad de movimiento; revocación o suspensión abusiva del mandato parlamentario; no respeto a la inmunidad parlamentaria; otros actos que obstruyen el ejercicio del mandato parlamentario; violación del derecho a la privacidad.

Decisión del Consejo Directivo: 1. Observó que durante la 140ª Asamblea de la Unión Interparlamentaria el Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios se reunió por separado con un miembro de la Asamblea Nacional perteneciente a la MUD y con un miembro del grupo parlamentario del Bloque de la Patria; 2. Condenó el hecho de que se impidió a dos miembros de la Asamblea Nacional en el aeropuerto viajar a la Asamblea de la UIP en Doha, y cree que esas acciones son parte de un patrón más amplio y sistemático de acoso a los miembros de oposición; 3. Manifestó preocupación por el hecho de que Juan Guaidó haya sido inhabilitado para ejercer cargos públicos durante un período de 15 años, considerando que la decisión es totalmente desproporcionada y parece arbitraria; 4. Observó que Juan Guaidó se enfrenta a graves acusaciones penales por haber presuntamente actuado en contra del orden constitucional en Venezuela; 5. Manifestó preocupación por la redada arbitraria en la residencia del Sr. Vergara y la alegación que fue maltratado durante la operación; 6. Instó una vez más a las autoridades a que pongan fin de inmediato a toda forma de acoso a los miembros de la Asamblea Nacional para asegurar que todas las autoridades estatales pertinentes respeten sus derechos humanos e inmunidad parlamentaria, e investiguen a fondo y establezcan la responsabilidad de las anteriores denuncias de violaciones de sus derechos; 7. Sigue profundamente preocupado por la continua detención de Juan Requesens; 8. Lamentó profundamente que el Gobierno de Venezuela aún no haya ofrecido garantías por escrito de que la propuesta misión de la UIP a Venezuela pueda finalmente tener lugar; 9. Reafirmó su postura de que los problemas en estos casos son parte de la crisis política más grande de Venezuela, que solo puede ser resuelta a través del diálogo político; 10. Pidió al Secretario General transmitir la decisión a las autoridades competentes, a los denunciantes

⁶ Disponible en <https://www.ipu.org/file/6601/download>

y cualquier tercero que pueda estar en condiciones de proporcionar información pertinente; 11. Pidió al Comité que siga examinando este caso.

c. Decisión adoptada por unanimidad por el Consejo Directivo de la Unión Interparlamentaria en el 205° período de sesiones, 17 de octubre de 2019, 141ª Asamblea UIP, con base en decisiones del Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios (Documento CL/205/14(b)-R.3)⁷. Caso VEN-COLL-06.

Víctimas: 96 parlamentarios miembros de la oposición.

Alegatos: Tortura; malos tratos y otros actos de violencia; amenazas; actos de intimidación; arresto y detención arbitraria; falta de garantías procesales en la etapa de investigación; demoras excesivas; violación del derecho a la libertad de opinión y expresión; violación de la libertad de reunión y asociación; violación de la libertad de movimiento; revocación o suspensión abusiva de del mandato parlamentario; no respeto de la inmunidad parlamentaria; otros actos que obstruyen el ejercicio del mandato parlamentario; violación del derecho a la privacidad.

Decisión del Consejo Directivo: 1. Observó que durante la 141ª Asamblea de la Unión Interparlamentaria el Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios se reunió por separado con un miembro de la Asamblea Nacional perteneciente a la MUD y con un miembro del grupo parlamentario del Bloque de la Patria; 2. Se alarmó por los múltiples y detallados informes recibidos desde la última Asamblea que muestran un número récord de represalias contra 96 parlamentarios de la oposición, frente a los 61 anteriores; 3. Expresó la preocupación de que estas acciones formen parte de un patrón cada vez más sistemático y extendido del acoso a los miembros de la oposición con el fin de impedirles realizar su trabajo y que parte de esta intimidación parece estar directamente inspirada o instigada por miembros de alto rango del principal partido de gobierno; 4. Instó a las autoridades a que pongan fin de inmediato a toda forma de acoso contra los miembros de la Asamblea Nacional; 5. Sigue profundamente preocupado por la continua detención de Juan Requesens; 6. Pidió al Bloque de la Patria, “ahora que ha vuelto a la Asamblea Nacional”, que haga todo lo posible para ayudar a asegurar que la Asamblea Nacional y sus miembros puedan llevar a cabo su trabajo libremente y con los recursos necesarios, y que sus deliberaciones y decisiones se respetan y aplican plenamente; 7. Lamentó profundamente que el Gobierno de Venezuela aún no haya ofrecido garantías por escrito de que la propuesta misión de la UIP a Venezuela pueda finalmente tener lugar; 8. Reafirmó su postura de que los problemas en estos casos son parte de la crisis política más grande de Venezuela, que solo puede ser resuelta a través del diálogo político; 9. Pidió al Secretario General transmitir la decisión a las autoridades competentes, a los denunciantes y cualquier tercero que pueda estar en condiciones de proporcionar información pertinente; 10. Pidió al Comité que siga examinando este caso.

2020

⁷ Disponible en <https://www.ipu.org/file/8135/download>

d. Decisión adoptada por el Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios del 20 al 30 de enero de 2020, sesión 161ª (Documento DH/2020/161/R.1)⁸. Caso VEN-COLL-06.

Víctimas: 134 parlamentarios miembros de la oposición.

Alegatos: Tortura; malos tratos y otros actos de violencia; amenazas; actos de intimidación; arresto y detención arbitraria; falta de garantías procesales en la etapa de investigación; demoras excesivas; violación del derecho a la libertad de opinión y expresión; violación de la libertad de reunión y asociación; violación de la libertad de movimiento; revocación o suspensión abusiva de del mandato parlamentario; no respeto de la inmunidad parlamentaria; otros actos que obstruyen el ejercicio del mandato parlamentario; violación del derecho a la privacidad.

Decisión del Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios: 1. Denunció los últimos y gravísimos incidentes de maltrato e intimidación llevados a cabo por las fuerzas de seguridad y los grupos paramilitares contra los parlamentarios de la oposición, cuya vida ha estado en riesgo; 2. Expresó su alarma al constatar que los ataques hayan tenido lugar con total impunidad a plena luz del día, ante los ojos del mundo; 3. Manifestó preocupación porque el objetivo final de esta intimidación es evitar que los parlamentarios hagan su trabajo y socavar la integridad e independencia de la Asamblea Nacional elegida en 2015; 4. Instó a las autoridades a que pongan fin de inmediato al acoso contra los miembros de la Asamblea Nacional; 5. Reafirmó su profunda preocupación por la continua detención de Juan Requesens; 6. Enfatizó su preocupación ante el nuevo arresto del Sr. Gilber Caro, a la luz de los graves informes según los cuales está detenido sin cargos y en un lugar desconocido, y su integridad física puede estar de nuevo en peligro, por lo que instó a las autoridades a que lo liberen inmediatamente a menos que puedan claramente demostrar que hay motivos de hecho y de derecho para mantenerlo detenido; 7. Lamentó profundamente que el Gobierno de Venezuela aún no haya ofrecido garantías por escrito para que la propuesta misión de la UIP a Venezuela pueda finalmente tener lugar; 8. Reiteró su postura de que los problemas en estos casos son parte de la crisis política más grande de Venezuela, que solo puede ser resuelta a través del diálogo político; 9. Pidió al Secretario General transmitir la decisión a las autoridades competentes, a los denunciantes y cualquier tercero que pueda estar en condiciones de proporcionar información pertinente; 10. Decidió seguir examinando este caso.

e. Decisión adoptada por el Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios el 29 de mayo de 2020, reunión virtual (Documento DH/2020/E004-R.2)⁹. Caso VEN-COLL-06.

Víctimas: 139 parlamentarios miembros de la oposición.

⁸ Disponible en <https://www.ipu.org/file/8717/download>

⁹ Disponible en <https://www.ipu.org/file/9194/download>

Alegatos: Tortura; malos tratos y otros actos de violencia; amenazas; actos de intimidación; arresto y detención arbitraria; falta de garantías procesales en la etapa de investigación; demoras excesivas; violación del derecho a la libertad de opinión y expresión; violación de la libertad de reunión y asociación; violación de la libertad de movimiento; revocación o suspensión abusiva de del mandato parlamentario; no respeto de la inmunidad parlamentaria; otros actos que obstruyen el ejercicio del mandato parlamentario; impunidad.

Decisión del Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios: 1. Se declaró competente para examinar las nuevas denuncias relativas a los diputados titulares y suplentes, la Sra. Zandra Castillo, el Sr. Marco Aurelio Quiñones, el Sr. Carlos Andrés González, el Sr. Carlos Michelangeli y el Sr. César Alonso, y recuerda a este respecto su jurisprudencia de que es competente para examinar el caso de los miembros suplentes siempre que se haya acreditado, o tenga suficiente razón para creer, como en el presente caso, que han ejercido sus mandatos en el curso de la legislatura; 2. Denunció, una vez más, el actual patrón de represalias contra los parlamentarios debido a sus opiniones políticas, que incluye amenazas, maltratos, vejaciones y estigmatización llevados a cabo, con total impunidad, por agentes oficiales o grupos violentos o paramilitares cercanos al gobierno; 3. Manifestó gran preocupación porque el objetivo final de esta intimidación es evitar que los parlamentarios hagan su trabajo y socavar la integridad e independencia de la Asamblea Nacional elegida en 2015, y objetó que desde el 5 de enero de 2020 se impida el acceso de los parlamentarios de la MUD a la sede de la Asamblea Nacional y expresó también su profunda inquietud ante la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 26 de mayo de 2020, que consideró legítima una Junta Directiva de la Asamblea Nacional presidida por el Sr. Luis Parra y declaró ilícito el funcionamiento de un parlamento paralelo o virtual; 4. Instó nuevamente a las autoridades a que pongan fin de inmediato al acoso y ataques contra los miembros de la Asamblea Nacional; 5. Señaló que está profundamente preocupado por la continua detención de Juan Requesens y por los nuevos arrestos de los Srs. Gilber Caro y Renzo Prieto y las detenciones de los Srs. Ismael León y Antonio Geara, a la luz de los graves informes de que han sido privados de su libertad en total desprecio por su inmunidad parlamentaria, y reiteró su preocupación en relación con el respeto de las garantías procesales y el tratamiento que reciban durante la detención; 6. Lamentó profundamente que el Gobierno de Venezuela aún no haya ofrecido garantías por escrito de que la propuesta misión de la UIP a Venezuela pueda finalmente tener lugar; 7. Reafirmó su postura de que los problemas en estos casos son parte de la crisis política más grande de Venezuela, que solo puede ser resuelta a través del diálogo político; 8. Decidió cerrar los casos individuales relativos a la situación del Sr. Franklyn Duarte, el Sr. José Brito, el Sr. José Gregorio Noriega, el Sr. Kerrins Mavares y el Sr. Luis Loaiza, de conformidad con la sección IX.25. c) del Anexo I de su Procedimiento para el examen y la tramitación de las denuncias, considerando que el autor de la queja declaró que medidas ulteriores del Comité ya no eran útiles dado que los individuos en cuestión estaban ahora cooperando con el gobierno venezolano; 9. Pidió

al Secretario General transmitir la decisión a las autoridades competentes, a los denunciantes y cualquier tercero que pueda estar en condiciones de proporcionar información pertinente; 10. Decidió seguir examinando este caso.

f. Decisión adoptada por unanimidad por el Consejo Directivo de la Unión Interparlamentaria en el 206° período de sesiones, 3 de noviembre de 2020, sesión virtual extraordinaria, con base en decisiones del Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios (Documento CL/206/9/R.2)¹⁰. Caso VEN-COLL-06.

Víctimas: 134 parlamentarios miembros de la oposición.

Alegatos: Tortura; malos tratos y otros actos de violencia; amenazas; actos de intimidación; arresto y detención arbitraria; falta de garantías procesales en la etapa de investigación; demoras excesivas; violación del derecho a la libertad de opinión y expresión; violación de la libertad de reunión y asociación; violación de la libertad de movimiento; revocación o suspensión abusiva de del mandato parlamentario; no respeto de la inmunidad parlamentaria; otros actos que obstruyen el ejercicio del mandato parlamentario; impunidad; violación del derecho a la privacidad.

Decisión del Consejo Directivo: 1. Denunció la amplia represión a la que han recurrido las autoridades y sus partidarios en los últimos cinco años contra los parlamentarios por sus opiniones políticas y, en particular, se refirió a las prácticas de amenazas y acoso, vejación e intimidación y de ataques por grupos violentos o paramilitares que apoyan al gobierno, que actúan con impunidad; 2. Conviene subrayar que también denunció “las múltiples medidas tomadas por el ejecutivo y las autoridades judiciales en el curso de la actual legislatura para socavar la integridad y la independencia de la Asamblea Nacional” y consideró que “esta situación tomada en su conjunto asciende a un claro intento de frustrar el ejercicio efectivo de la voluntad del pueblo, tal como se expresó en los resultados electorales de diciembre de 2015”; 3. Instó nuevamente a las autoridades a que pongan fin de inmediato a las prácticas represivas o de acoso contra diputados de oposición y a que garanticen tanto los derechos e inmunidad parlamentaria de los diputados de oposición como las funciones de la Asamblea Nacional; 4. Tomó nota con profunda preocupación de las conclusiones y recomendaciones que figuran en el reciente Informe de Misión del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, misión internacional independiente de investigación sobre Venezuela, que dan más peso a las acusaciones de la represión y la responsabilidad del Estado al más alto nivel; 5. Lamentó profundamente que el Gobierno de Venezuela aún no haya ofrecido garantías por escrito de que la propuesta misión de la UIP a Venezuela pueda finalmente tener lugar; 6. Reafirmó su postura de que los problemas en estos casos son parte de la crisis política más grande de Venezuela, que solo puede ser resuelta a través del diálogo político; 7. Afirmó solemnemente, de acuerdo con la letra y el espíritu de la Declaración Universal de la UIP sobre

¹⁰ Disponible en <https://www.ipu.org/file/9898/download>

la Democracia, que el elemento clave en el ejercicio de la democracia es la celebración de elecciones libres y justas que permitan expresar la voluntad del pueblo, sobre la base del sufragio universal, igual y secreto, para que todos los votantes puedan elegir a sus representantes en condiciones de igualdad, apertura y transparencia, y expresó su “profunda preocupación” ante las restricciones impuestas y el marco institucional imperante respecto de las elecciones previstas para diciembre de 2020, que parecen “socavar seriamente” la igualdad de condiciones entre la oposición y el partido de gobierno, frente a lo cual urgió a las autoridades competentes a adoptar las medidas necesarias para atender sin demora estos asuntos; 8. Instó a todas las partes a que se abstengan de la violencia y también a las autoridades a que tomen todas las cautelas requeridas para proteger la vida humana, y para respetar los derechos de las personas a la reunión pacífica, a la libertad de expresión, a participar en la dirección de los asuntos públicos, votar y ser elegido, y a tener igualdad de acceso a los cargos electivos, con vista a las elecciones parlamentarias; 9. Exhortó a todos los Parlamentos miembros de la UIP, a los observadores permanentes de la UIP, a las asambleas parlamentarias y a las organizaciones de derechos humanos pertinentes a que adopten medidas concretas en apoyo de la resolución urgente de los casos individuales en cuestión y de la crisis política en Venezuela de manera consistente con valores democráticos y de derechos humanos; 10. Pidió al Secretario General transmitir la decisión a las autoridades competentes, a los denunciantes y cualquier tercero que pueda estar en condiciones de proporcionar información pertinente; 11. Solicitó al Comité seguir examinando este caso.

INSTRUMENTOS PARA EL FORTALECIMIENTO JURÍDICO INSTITUCIONAL DE LA ASAMBLEA NACIONAL

El IEPFT ha ido desarrollando un conjunto de investigaciones y asesorías, en alianza con la Fundación Westminster para la Democracia y la organización Transparencia Venezuela, para la formulación de diferentes propuestas innovadoras en áreas claves de la actividad parlamentaria. Todo ello, con el firme propósito de fortalecer la institucionalidad democrática en el país. Dentro de esta serie de estudios vale la pena destacar los siguientes:

1. Anteproyecto de Reglamento Interior y de Debate de la Asamblea Nacional

Según el artículo 187, numeral 19, de la Constitución, la Asamblea Nacional tiene la competencia para dictar su Reglamento Interior y de Debates, el cual representa el instrumento jurídico por excelencia que regula la vida parlamentaria, por lo que el contenido de sus disposiciones influye decisivamente en el buen funcionamiento de la Asamblea Nacional como la máxima instancia de deliberación y representación de la soberanía nacional.

La reforma del RIDAN efectuada por la entonces mayoría oficialista en el año 2010, supuso un retroceso en lo que se refiere a la pluralidad del debate parlamentario y al cumplimiento de las funciones de control. Es por ello que, en un esfuerzo tanto desde el punto de vista académico constitucional como desde el punto de vista de la experiencia política de los propios protagonistas de la dinámica parlamentaria, se elaboró dicha propuesta, la cual quedó a consideración de la Asamblea Nacional para su futura implementación.

2. Anteproyecto de Código de Ética Parlamentaria

Uno de los pilares fundamentales de la democracia representativa es la confianza de la ciudadanía en sus representantes. Ante ello, resulta necesario promover, en el seno del parlamento, aquellas conductas que refuercen la transparencia y el sentido y propósito de servicio público en la actuación de sus representantes.

Al respecto, la propuesta de un Código de Ética Parlamentaria busca desarrollar y enaltecer los más elementales valores que deben acompañar el ejercicio cabal de las respectivas funciones. Para eso, se establece el conjunto de normas y buenas prácticas que debe ser observado por los dipu-

tados de la Asamblea Nacional mientras ocupen el cargo, así como en el periodo inmediato al cese de su mandato. En este sentido, la finalidad principal de esta propuesta de Código de Ética es prever mecanismos de autorregulación que incentiven el ejercicio ético de las funciones parlamentarias, sin menoscabo de las responsabilidades penales, civiles o administrativas que puedan implicar determinadas conductas contrarias individuales.

3. Manual de Procedimiento Legislativo

La vida parlamentaria es en esencia compleja, puesto que de su naturaleza se desprende la idea de deliberación y debate entre diferentes ideas y perspectivas ante los diversos problemas y desafíos del país. A efectos de regular el ejercicio de esta función, existe todo un entramado de normas que determinan cómo proceder en cada caso. Sin embargo, a los fines de clarificar el procedimiento de formación de leyes y de acuerdos parlamentarios, surge la necesidad y la conveniencia de contar con un Manual de Procedimiento Legislativo que, con base en lo establecido en las normas jurídicas pertinentes, permita explicar de manera sencilla y coherente, para un público no especializado, el conjunto de actividades, etapas y procesos que se deben cumplir para la producción de resultados tangibles de esta vertiente de la actividad parlamentaria.

4. Anteproyecto de Reglamento de la Oficina de Estudios y Asesoría en Ética Pública, Control y Prevención de la Corrupción de la Asamblea Nacional

En el marco del proyecto desarrollado conjuntamente por el Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro y la organización Transparencia Venezuela, surgió esta interesante propuesta dirigida a la creación de una oficina técnica, dentro de la estructura de la Asamblea Nacional, especializada en prevención y lucha en contra de la corrupción.

En este sentido, vale la pena destacar que la Asamblea Nacional, como todo órgano legislativo, enfrenta riesgos en el ámbito de la ética pública en sus áreas de competencia y responsabilidad. Por un lado se ubican, los riesgos y conflictos a lo interno de la institución: en la contratación de personal, las compras o contrataciones de bienes y servicios, o en la ejecución presupuestaria, y por otro lado, la eventual presencia de presiones o negociaciones indebidas en el ejercicio de las funciones de legislación y control.

Para enfrentar estos riesgos, es necesario contar dentro del parlamento con equipos profesionales especializados en el área de prevención de riesgos de corrupción, para lo cual se propone, a través de este instrumento, la creación de la Oficina de Estudios y Asesoría en Ética Pública, Control y Prevención de la Corrupción de la Asamblea Nacional, dotada de la suficiente autonomía y recursos materiales y humanos, para acompañar, desde ese ángulo, la actividad parlamentaria sin pretender sustituir a los verdaderos protagonistas y responsables de la lucha contra la corrupción, como deben ser los diputados a la Asamblea Nacional.

5. Anexos

5.1. Anteproyecto de Reglamento Interior y de Debate de la Asamblea Nacional

ANTEPROYECTO

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

En uso de la atribución que le confiere la Constitución en su artículo 187, numeral 19 dicta el presente

REGLAMENTO INTERIOR Y DE DEBATES

TÍTULO I – DISPOSICIONES GENERALES

Carácter y sede

Artículo 1. El Poder Legislativo se ejerce por órgano de la Asamblea Nacional, vocera del pueblo venezolano, su sede de la Asamblea Nacional es la ciudad de Caracas, capital de la República.

Artículo 2. La Asamblea Nacional se reunirá en el Salón de Sesiones del Palacio Federal Legislativo. Por acuerdo de la mayoría de sus integrantes, puede sesionar en un lugar diferente o en otra ciudad del territorio nacional.

Excepcionalmente, debido a causa de fuerza mayor que impidiera su normal funcionamiento, la Junta Directiva determinará otro lugar de reunión

TÍTULO II – ESTATUTO DE LOS DIPUTADOS Y DIPUTADAS

Capítulo I – De los deberes y derechos

Artículo 3.- Son deberes de los diputados y diputadas:

1. Contribuir activamente al cumplimiento de la misión y funciones del Poder Legislativo nacional en la Constitución.
2. Sostener una vinculación permanente con la ciudadanía de sus circunscripciones electorales y rendir cuenta anual de su gestión.
3. Observar lealmente las disposiciones del Código de Ética Parlamentaria dictado por la Asamblea Nacional y acatar las decisiones que los órganos correspondientes adopten a fines de su cumplimiento.
4. Ejercer sus funciones a dedicación exclusiva, con las excepciones establecidas en la Constitución.
5. Atender sus deberes parlamentarios de asistencia a las sesiones y reuniones de comisión y subcomisión, así como cumplir con las asignaciones que le sean encomendadas.

En caso de ausencia a las sesiones, solicitar el permiso correspondiente y facilitar la incorporación del suplente respectivo.

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

La ausencia será justificada sólo por cumplimiento de otra misión parlamentaria que le haya sido encargada por el cuerpo, una comisión o la Presidencia de la Asamblea, o por motivos de salud demostrados mediante certificación médica.

Las ausencias no justificadas acarrearán la pérdida de la dieta correspondiente a la falta.

Conocida la solicitud de permiso, la Presidencia convocará al suplente respectivo. Cuando la ausencia del diputado o diputada se exceda a una sesión, la convocatoria del suplente procederá de oficio.

6. Pertener al menos a una comisión permanente.
7. Adecuar su conducta al Reglamento y a respetar el orden, la cortesía y la disciplina parlamentaria, así como no divulgar información calificada como secreta o reservada, según la ley y este reglamento.
8. Abstenerse de portar armas en las instalaciones de la Asamblea o en los espacios donde ésta funcione. Sobre la infracción comprobada a esta prohibición decidirá la Comisión de Ética Parlamentaria.
9. Rendir anualmente cuenta de su gestión a los electores y electoras de la circunscripción por donde fueron elegidos.
10. Hacer y actualizar la declaración de conflicto de intereses en los términos exigidos en el Código de Ética.

Artículo 4. Son derechos de los diputados y diputadas:

1. Asistir con derecho a voz y voto a las sesiones de la Cámara y a las reuniones de las comisiones de las cuales formen parte, y con derecho a voz en las de aquellas comisiones de las cuales no fueran integrantes.
2. Tener acceso a la información y documentación necesarias para el cumplimiento de sus funciones. Al efecto, la Asamblea dispondrá los servicios correspondientes.

Cuando se trate de datos, informes y documentación proveniente de la Administración Pública, sea para labores legislativas, de control o de representación, los solicitará por conducto de la Presidencia de la Asamblea, la cual, la tramitará ante el organismo correspondiente, el cual está obligado a ofrecerla en lapso no mayor de treinta (30) días continuos. Cualquier negativa de la Administración deberá justificarse en razones fundadas en Derecho cuya suficiencia corresponde determinar a la Asamblea.

3. Recibir una remuneración acorde con su investidura y suficiente para el ejercicio eficaz de sus funciones, incluido un sistema adecuado de previsión y protección social.
4. Disponer de los medios materiales para transporte y alojamiento durante las sesiones y en cumplimiento de las misiones de la Cámara; personal de apoyo, espacios de trabajo y equipos adecuados en la sede par-

lamentaria y en la circunscripción que represente, así como para cumplir con los deberes que le establecen la Constitución y este Reglamento. El presupuesto de la Asamblea Nacional incluirá previsiones al respecto.

5. Disponer de la identificación necesaria a nivel nacional, expedida por la Presidencia de la Asamblea, así como de Pasaporte Diplomático expedido a su solicitud por la autoridad competente, desde la instalación del cuerpo y mientras dure el ejercicio de sus funciones.

Los diputados suplentes incorporados temporalmente, serán provistos de un pasaporte de servicio para viajar en misiones del cuerpo.

Artículo 5. La previsión y protección social de los parlamentarios y parlamentarias estará a cargo del Instituto de Previsión Social del Parlamentario, sin perjuicio de las decisiones que para mejorar estos servicios, adopte la Asamblea Nacional.

Capítulo II – De las prerrogativas parlamentarias en defensa de la independencia del Cuerpo

Artículo 6. Los diputados o diputadas gozan de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato

En caso de presunta comisión de delitos por un integrante de la Asamblea Nacional, el Tribunal Supremo de Justicia, única instancia con autoridad para su juzgamiento penal, solicitará autorización para ello a la Asamblea en oficio dirigido al Presidente, acompañado de los fundamentos de su solicitud.

El Presidente lo informará al cuerpo y éste designará una comisión especial para analizar la solicitud, la cual presentará dentro de los treinta días siguientes un informe a la plenaria con una proposición relativa a su procedencia o no, con base en el cual adoptará la decisión correspondiente.

El procedimiento garantizará al diputado o diputada para cuyo enjuiciamiento se haya solicitado autorización las reglas del debido proceso consagradas en la Constitución.

Artículo 7. La persona del diputado o diputada es inviolable. Los integrantes de la Asamblea no pueden ser sometidos a cualquier forma de coacción o limitación al ejercicio de la función parlamentaria, tales como el arresto o la detención, el allanamiento de sus residencias u oficinas, el registro personal o domiciliario. Su material de trabajo o equipaje, solo puede ser revisado por alguna autoridad una vez se hubiera producido la autorización prevista en la Constitución y en el artículo anterior.

Artículo 8. Los diputados suplentes, convocados de conformidad con este Reglamento, tendrán durante su ejercicio estos mismos deberes, derechos y prerrogativas, en las condiciones establecidas por la Constitución y por este reglamento.

Artículo 9. Cuando se trata de suplentes que se incorporan por primera vez o de principales que no lo hicieron en la sesión de instalación, la Presidencia designará una comisión de dos (2) diputados preferiblemente pertenecientes a grupos parlamentarios diferentes, para el examen de sus credenciales.

TÍTULO III – ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ASAMBLEA NACIONAL

Capítulo I – De la Instalación

Artículo 10. Cada año, la Asamblea Nacional tendrá dos períodos de sesiones ordinarias, el primero desde el 5 de enero o el día más inmediato posible hasta el 15 de agosto y el segundo desde el quince de septiembre o el día más inmediato posible hasta el quince de diciembre.

Artículo 11. El día 5 de enero de cada año o el día más inmediato posible se instalará a las 11.00 am la Asamblea Nacional sin convocatoria previa.

Artículo 12. La sesión de instalación tendrá un Director a los solos efectos de dirigir el debate para la elección de la Junta Directiva. En la correspondiente al primer año de su período constitucional, dicha función corresponderá al miembro de más jerarquía en la anterior Junta Directiva de la Asamblea que hubiere resultado electo diputado o, en su defecto, al diputado que elija la mayoría. En las subsiguientes, dirigirá el debate el Presidente de la anterior Junta directiva o quien deba suplirlo reglamentariamente.

A proposición de la Dirección de Debates de la sesión de instalación, el cuerpo designará de su seno a un secretario accidental.

Artículo 13. En la reunión inicial de las sesiones ordinarias del primer año del período constitucional, la Dirección designará una comisión especial integrada por cinco (5) diputados para examinar las credenciales de los concurrentes.

Al declararse la existencia del quórum, el Director procederá a tomar el juramento de ley a los integrantes del cuerpo y dispondrá lo necesario para la elección de la Junta Directiva.

Artículo 14. En caso de que como resultado del examen anterior, se determinara que no está presente el número de diputados y diputadas requerido para el quórum, los presentes se constituirán en comisión preparatoria, conducida por el Director de Debates, a fin de tomar las medidas que juzguen necesarias para la formación del quórum.

Artículo 15. La Dirección de Debates procederá a abrir el lapso de postulaciones para la elección de la Junta Directiva, integrada como dispone la Constitución, por un Presidente y dos vicepresidentes. Las mismas serán presentadas en conjunto y votadas individualmente. Para cada cargo quedará elegido quien obtenga la mayoría de votos.

Para argumentar la postulación, el proponente podrá hacer uso de cinco minutos y ésta podrá ser objetada utilizando tiempo igual.

Artículo 16. La Junta Directiva elegida ocupará sus lugares, agradecerá al Director de Debates su colaboración y se juramentará. Primero prestará juramento el Presidente y, en seguida, éste lo tomará a los vicepresidentes.

Artículo 17. Acto seguido, el Presidente ofrecerá la palabra para postulaciones para elegir, de fuera de su seno, Secretario o Secretaria y Subsecretario o Subsecretaria de la Asamblea, lo cual se llevará a efecto mediante un procedimiento similar al anterior.

Las personas elegidas prestarán juramento ante el Presidente de la Asamblea y asumirán sus cargos.

Artículo 18. Concluidas las elecciones de directivos, secretario y subsecretario, el Presidente pronunciará su discurso de instalación, designará las comisiones a que hubiere lugar y declarará clausurada la sesión de instalación, y convocará para la sesión ordinaria subsiguiente.

Artículo 19. En atención a lo dispuesto en el artículo 136 de la Constitución, la instalación de la Asamblea Nacional se participará formalmente al Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Ciudadano y el Poder Electoral.

Capítulo II – De la Junta Directiva

Integración

Artículo 20. La Junta Directiva de la Asamblea Nacional está integrada por un Presidente o Presidenta, un Primer Vicepresidente o Primera Vicepresidenta y un Segundo Vicepresidente o Segunda Vicepresidenta.

Como cuerpo colegiado tendrá las atribuciones que este reglamento le otorgue.

La Presidencia

Artículo 21. El Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional ejerce la dirección y representación de la Asamblea Nacional como órgano del Poder Legislativo Nacional y defiende su independencia, así como la libertad de sus integrantes para cumplir con sus deberes de representación, legislación y control.

En tal carácter tiene las atribuciones de

1. Abrir, prorrogar, suspender y levantar las sesiones.
2. Convocar las sesiones solemnes y especiales, cuando así haya sido dispuesto por la Asamblea, con indicación del objeto que las motiva.
3. Presidir con circunspección y comedimiento las sesiones de la Asamblea, así como las reuniones de la Comisión Delegada y de la Comisión de Mesa.
4. Dirigir los debates conforme al Reglamento y la sana práctica parlamentaria, a fin de mantener el orden, promover la productividad en el uso del tiempo y los recursos, así como el respeto entre los integrantes del

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

Cuerpo legislativo y de éstos hacia la representación que ejercen de la comunidad nacional.

5. Requerir a los ciudadanos y ciudadanas que asistan a las sesiones, sea como invitados, participantes u observadores, guardar el respeto debido al órgano de la representación nacional.
6. Disponer las medidas necesarias para garantizar la seguridad personal de los diputados y diputadas mientras se encuentren en el salón de sesiones y en las instalaciones del Poder Legislativo o cuando el Cuerpo haya decidido funcionar en otro lugar de la capital o del territorio de la República.
7. Designar, con la asesoría de la Comisión de Mesa, los integrantes y directivos de las comisiones permanentes, ordinarias y especiales y llenar las vacantes absolutas que se presenten. Con este propósito, atenderá las sugerencias de los grupos parlamentarios y sectores políticos actuantes en la Asamblea.
8. Validar con su firma, en unión del Secretario, las actas de las sesiones y demás actos del Cuerpo.
9. Dictar, con el consejo de la Comisión de Mesa, las resoluciones necesarias para el desarrollo normativo de este y cualquier otro reglamento de la Asamblea.
10. Ejercer la responsabilidad directiva sobre los servicios legislativos y administrativos y de apoyo, para su buen funcionamiento y disponer lo relativo al presupuesto de la Asamblea.
11. Decidir lo relativo al personal, conforme al estatuto correspondiente.
12. Disponer lo relativo a la salvaguarda, protección y mantenimiento del patrimonio administrado por la Asamblea Nacional.
13. Conferir poder para la representación judicial de la Asamblea Nacional, salvo en los casos de demandas de contenido patrimonial, en los cuales dicha representación corresponda a la Procuraduría General de la República según lo dispuesto en el artículo 247 de la Constitución.
14. Firmar las leyes, acuerdos, resoluciones, oficios, comunicaciones y demás documentos que sean despachados en nombre de la Asamblea Nacional o en el suyo propio en ejercicio de sus funciones.
15. Responder oportunamente la correspondencia recibida.
16. Las demás que le sean encomendadas por la Constitución, este Reglamento y la Asamblea Nacional.

Las decisiones de la Presidencia de la Asamblea Nacional en cuanto a la dirección del debate parlamentario serán apelables ante el Cuerpo, el cual para revocarlas requerirá el voto de la mayoría de sus integrantes.

Las Vicepresidencias

Artículo 22. Los vicepresidentes o vicepresidentas colaborarán con la Presidencia en el ejercicio de sus funciones y supervisarán el trabajo de las comisiones o áreas de servicio que la Presidencia o la Comisión de Mesa a proposición de ésta, les asigne individualmente. Las faltas temporales o accidentales en la Presidencia serán suplidas por las vicepresidencias en el orden de su elección.

Capítulo III – Los servicios

Artículo 23. La Asamblea Nacional dispondrá de los Servicios Legislativos y los Servicios Administrativos y de Apoyo.

Artículo 24. Mediante resolución, conocida la opinión de la Comisión de Mesa, la Junta Directiva establecerá la estructura organizativa y funcional de estos servicios.

Los servicios legislativos

Artículo 25. Los Servicios Legislativos serán prestados por la Secretaría cuya responsabilidad será garantizar apoyo eficaz y eficiente a las funciones del Cuerpo y de sus integrantes. Estará a cargo de un Secretario o Secretaria, quien contará con la asistencia de un Subsecretario o Subsecretaria, bajo la dirección de la Presidencia.

La Secretaría

Artículo 26. El Secretario o Secretaria y el Subsecretario o Subsecretaria serán electos por la Asamblea de fuera de su seno para cada período anual y podrán ser reelegidos. Una mayoría de dos terceras partes de los miembros del Cuerpo podrá decidir su remoción por causa justificada.

Atribuciones

Artículo 27. Son atribuciones de la Secretaría:

1. Atender mediante las funciones secretariales las sesiones de la Asamblea Nacional y las de la Comisión Delegada, así como las reuniones de la Junta Directiva y la Comisión de Mesa.
2. Disponer, según instrucciones de la Presidencia y en atención a lo decidido en Comisión de Mesa, el conocimiento oportuno y suficiente el Orden del Día de la próxima sesión plenaria, con al menos veinticuatro horas de antelación, por los miembros del Cuerpo y con acceso a la ciudadanía en general
3. Proveer todo cuanto sea necesario para la realización y el mejor desarrollo de las sesiones de la Asamblea Nacional; garantizar que en éstas se realicen grabaciones sonoras y registros taquigráficos, y ejercer la guarda y custodia en archivos técnicamente adecuados, de todos esos materiales.
4. Elaborar, con exactitud y concisión, las actas de las sesiones y adoptar las medidas para su pronta publicación a través de los canales de co-

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

municación disponibles; llevar el libro de actas y su registro automatizado accesible al público.

5. Llevar los libros de registro, expedientes y documentos que exija el buen funcionamiento de la Asamblea Nacional, los cuales llevarán el sello de ésta en cada hoja numerada consecutivamente. Éstos se abrirán y cerrarán mediante acta suscrita por la Presidencia y la Secretaría.
6. Llevar el control de la asistencia de los diputados y diputadas a las sesiones de la Asamblea Nacional.
7. Distribuir a cada diputado o diputada, por el medio más expedito posible, copia de la transcripción de sus intervenciones efectuadas durante la sesión anterior, a los fines de su revisión, para lo cual el parlamentario dispondrá de veinticuatro (24) horas, transcurridas las cuales se ordenará su inclusión en el Diario de Debates.
8. Suministrar a los Servicios Administrativos la información necesaria para la tramitación de las remuneraciones, viáticos, pasajes y cualesquiera otros pagos que deban hacerse a los miembros de la Asamblea con motivo del ejercicio de sus funciones.
9. Tramitar ante la Presidencia los documentos de identificación que acrediten como tales a los diputados y diputadas, así como el pasaporte correspondiente.
10. Publicar el Orden del Día y cualquier otra información que deba ser de público conocimiento.
11. Llevar un libro de conocimiento donde se registre todo recaudo que ingrese o se consigne por ante la Secretaría, del cual se mantendrá un registro automatizado de acceso público.
12. Velar por la observancia de las normas constitucionales, legales y reglamentarias de tratamiento de la información y acceso a la misma.
13. Despachar la correspondencia que corresponda en el ejercicio de sus funciones.
14. Formar un expediente de cada proyecto de ley o acuerdo admitido por la plenaria, el cual contendrá, al menos, el proyecto original y sus modificaciones, los respectivos informes de comisión, opinión de los asesores y la relación del respectivo proceso de consultas efectuadas y sus resultados.
15. Ejercer la guarda y custodia de los sellos de la Asamblea Nacional.
16. Atender las solicitudes de asistencia y servicio que en consonancia con sus atribuciones, les sean formuladas por las diputadas o los diputados, a quienes procurarán mantener informados oportunamente de todos los hechos y circunstancias que lo ameriten.
17. Verificar y certificar la autenticidad y exactitud de los textos de leyes aprobadas, acuerdos y demás actos de la Asamblea Nacional.

DECISIONES ADOPTADAS POR LA UNIÓN...

18. Supervisar la edición y publicación del Diario de Debates, la Gaceta Legislativa y de cualquier aviso oficial de la Asamblea Nacional.
19. Remitir a la mayor brevedad a los servicios encargados de su difusión, copia de todos los actos y documentos de la Asamblea Nacional.
20. Llevar con la debida confidencialidad y bajo supervisión de la Presidencia, el registro de declaraciones juradas de patrimonio y actividades económicas presentadas por los diputados y diputadas.
21. Colaborar con los demás servicios de la Asamblea Nacional.
22. Las demás que le sean atribuidas por la Asamblea Nacional, la Presidencia o la Comisión de Mesa.

Servicios administrativos y de apoyo

Artículo 28. Los Servicios Administrativos y de Apoyo serán prestados por la Dirección General y las Direcciones respectivas, bajo la supervisión y coordinación de la Presidencia o de la Vicepresidencia en quien la Presidencia delegue.

Creación y organización

Artículo 29. La Junta Directiva, mediante resolución, creará, modificará o suprimirá, las unidades a cargo de la prestación de los Servicios Administrativos y de Apoyo que considere menester.

Artículo 30. A fin de cumplir su misión constitucional, la Asamblea Nacional organizará y dotará adecuadamente al menos Servicios Administrativos y de Apoyo de Administración, Finanzas y Presupuesto; Recursos Humanos; Comunicaciones Integradas; Informática; Promoción de la Participación y Atención al Ciudadano; Relaciones Internacionales e Interparlamentarias; Protocolo y Ceremonial; Asesoría Profesional y Técnica, salvo en lo atribuido a las oficinas especializadas; Biblioteca y Archivo Histórico; Apoyo al trabajo del parlamentario; Seguridad, y cualquier otro que se considere necesario.

La Dirección General

Artículo 31. Corresponde a la Dirección General:

1. Asistir a la Presidencia en la dirección y coordinación de los Servicios Administrativos y de Apoyo
2. Garantizar por los medios disponibles que se provea todo cuanto sea necesario para coadyuvar a la realización y el mejor desarrollo del trabajo de la institución parlamentaria en su integralidad.
3. Colaborar con los demás servicios de la Asamblea Nacional.
4. Las demás que le sean atribuidas por la Asamblea Nacional, la Presidencia o la Comisión de Mesa.

Personal administrativo

Artículo 32. A proposición de la Junta Directiva, la Asamblea Nacional dictará un Estatuto de la Función Pública al servicio del Poder Legislativo Nacional, a fin de organizar su personal y regular su relación con el mismo, en el marco de la Constitución y leyes de la República.

Capítulo IV – Las oficinas especializadas

Artículo 33. La Asamblea Nacional dispondrá de sendas oficinas de estudio y asesoría, una en materia Jurídica y otra en materia Fiscal, Económica y Financiera, cuyo funcionamiento se regirá por resolución especial dictada por la Junta Directiva en consulta con la Comisión de Mesa.

Artículo 34. La designación del Jefe de cada oficina y su adjunto corresponde a la Junta Directiva en consulta con la Comisión de Mesa de modo de garantizar que los nombramientos tengan el respaldo de al menos dos terceras partes de los integrantes del Cuerpo representados en dicha instancia.

Artículo 35. La escogencia del personal profesional y técnico de las oficinas especializadas se hará por concurso de oposición.

TÍTULO IV – DE LAS SESIONES

Capítulo I – Reglas generales

Sesiones ordinarias y extraordinarias

Artículo 36. La Asamblea Nacional se reúne en sesiones ordinarias en los períodos señalados en la Constitución y en sesiones extraordinarias cuando, de conformidad con esta y para materias determinadas sean convocadas por el propio Poder Legislativo o por el Presidente de la República.

Periodicidad y regularidad

Artículo 37. Por razones de la transparencia exigible en una democracia, la periodicidad y la regularidad de las sesiones es obligatoria. Estas se establecerán al inicio de cada período anual por el plenario de la Asamblea a proposición de la Comisión de Mesa con un mínimo de dos cada semana.

Sesiones solemnes y especiales

Artículo 38. La Asamblea Nacional celebrará también Sesiones Solemnes y Sesiones Especiales cuando el Cuerpo lo acuerde, y en ellas se tratará exclusivamente el objeto de la convocatoria.

Publicidad

Artículo 39. Las sesiones de la Asamblea Nacional serán públicas, salvo cuando excepcionalmente el Cuerpo decida por mayoría de sus miembros que no lo sean o que la totalidad o parte de la materia tratada en ellas sea, por acuerdo de la Comisión de Mesa, de carácter reservado.

Sesiones ordinarias

Artículo 40. Son sesiones ordinarias las que se celebran dentro de los períodos ordinarios de sesiones según lo establecido en la Constitución y se llevarán a cabo sin convocatoria previa, los días martes y jueves de cada semana a la hora fijada por la Presidencia en Comisión de Mesa. Pueden ser prorrogadas hasta por dos horas por la Presidencia o por el tiempo que el cuerpo decida con el voto de la mayoría de los presentes.

A convocatoria de la Presidencia en consulta con la Comisión de Mesa o por acuerdo de la Asamblea adoptado por la mayoría de sus integrantes, podrá convocarse a sesión ordinaria adicional.

Sesiones extraordinarias

Artículo 41. Son sesiones extraordinarias las que fuera del lapso constitucional establecido se convoquen por decisión de la mayoría del Cuerpo, o de la Comisión de Mesa a proposición de la Presidencia, del portavoz de un grupo parlamentario o sector político o de al menos diez (10) diputados o diputadas. También lo serán las convocadas cuando así lo solicite el Presidente o Presidenta de la República en uso de la atribución que le es conferida en el artículo 236 numeral 9 de la Constitución.

Deberán convocarse con día y hora de inicio dentro de los diez (10) días siguientes a su aprobación o a la solicitud proveniente de la Presidencia de la República. Se contraerán exclusivamente al objeto de su convocatoria y aquellas declaradas de urgencia por votación de la mayoría de los diputados o diputadas presentes. Agotada la materia del objeto de la convocatoria, serán clausuradas.

Clausura

Artículo 42. La clausura de las sesiones será formalmente participada a las demás ramas del Poder Público Nacional.

Quórum

Artículo 43. El quórum requerido para sesionar es de la mitad más uno de los integrantes del Cuerpo. Antes de iniciar la sesión, la Presidencia solicitará a la Secretaría la información acerca de si ese requisito formal está cumplido. Una vez comenzada la sesión se presume su existencia, a menos que un diputado o diputada solicite que se lo constate, en cuyo caso se procederá a hacerlo sin debate. La Presidencia no admitirá más de dos de estas solicitudes por sesión.

Sesión permanente

Artículo 44. La Asamblea Nacional podrá declararse en sesión permanente o suspender la sesión en cualquier momento, mediante el voto favorable de la mayoría de los miembros presentes.

Salón de sesiones

Artículo 45. El salón de sesiones de la Asamblea es el dispuesto para el funcionamiento de la Plenaria del Cuerpo, en el Palacio Federal Legislativo o en cualquier otro lugar que de conformidad con lo dispuesto en este Reglamento se hubiese determinado.

El ingreso y permanencia en el salón de sesiones corresponde exclusivamente a los diputados o diputadas, los invitados especiales y el personal que se requiera para el funcionamiento y transmisión de la sesión.

Libre cobertura periodística de las sesiones

Artículo 46. La Asamblea Nacional dispondrá espacios y facilidades adecuadas para que los medios de comunicación social informen acerca de las sesiones y podrá a disposición, libre de costos, la señal de televisión producida por ella o por su encargo y las grabaciones de audio de las intervenciones y lecturas de informes y proposiciones.

Capítulo II – Reglas procedimentales para cada sesión

Artículo 47. Las sesiones se realizarán bajo el procedimiento que sigue:

1. A la hora fijada la Presidencia solicitará a la Secretaría informar si hay quórum para iniciar la sesión. De no haberlo, se esperará un tiempo máximo de treinta (30) minutos al cabo de los cuales, de persistir la inexistencia del quórum la Presidencia suspenderá la sesión y convocará para el día y hora que disponga en ese momento.

Se levantará un acta de asistencia, la cual se hará constar en el Diario de Debates a los efectos consiguientes.

2. Declarada la existencia de quórum, la Presidencia iniciará la sesión con la expresión “Se abre la sesión”, y su finalización se declarará con la expresión “Se cierra la sesión”. Todo acto realizado antes o después de esas declaraciones de la Presidencia carecerá de validez.
3. A indicación de la Presidencia, la Secretaría dará lectura a la minuta de acta de la sesión anterior. Las observaciones acerca de errores, omisiones o inexactitudes por parte de los diputados o diputadas podrán ser formuladas verbalmente en intervenciones de no más de dos (2) minutos y presentadas por escrito por Secretaría para su corrección. Concluida su lectura y escuchadas las observaciones, la Presidencia consultará a la Asamblea sobre su aprobación.
4. Seguidamente, la Secretaría dará lectura a la Cuenta de comunicaciones oficiales dirigidas al Cuerpo, informes de comisiones, proyectos sometidos a la consideración de la Asamblea y de cualquier otro asunto del cual deba enterarse ésta, según la decisión de la Presidencia con la asesoría de la Comisión de Mesa. Su contenido se despachará punto por punto sin debate. Con relación a los puntos de la cuenta se podrán presentar mociones de información de conformidad con el presente Reglamento.

5. La Presidencia o el Cuerpo a solicitud de uno de sus integrantes podrá resolver que se dé lectura a un documento anunciado en la Cuenta o cualquier otro que hubiera sido dirigido a la Presidencia y no estuviera incluido en la Cuenta de esa sesión. De ser esto último aprobado, la lectura se hará en la sesión inmediatamente siguiente, a menos que el proponente lo califique como urgente y así lo acuerde la Asamblea.

Los asuntos sometidos a la consideración del Cuerpo por el Ejecutivo Nacional, serán admitidos en la Cuenta sin el requisito de la calificación previa.

6. El Orden del Día, del cual han sido anticipadamente informados los diputados y diputadas por los medios disponibles para la Asamblea, se leerá formalmente por Secretaría a instancias de la Presidencia.
7. Cuando alguno de los diputados o diputadas propusiera una modificación del Orden del Día, para incluir o excluir alguna materia de la consideración de la Plenaria en esa sesión, la Presidencia concederá un solo derecho de palabra para formular la proposición y uno para adversarla, cada uno por lapso de dos (2) minutos y en seguida lo someterá a la decisión del Cuerpo, el cual podrá aprobarlo por mayoría de los presentes.
8. El Orden del Día comenzará a tratarse punto por punto. Los diputados o diputadas deberán tener a su disposición, mediante el sistema automatizado o impresos, los documentos que sustenten los puntos a considerar y podrán solicitar a la Secretaría la información adicional que les sea necesaria.
9. Los puntos del Orden del día que no puedan ser tratados en la sesión correspondiente, podrán ser incorporados preferentemente en el Orden del Día de la sesión siguiente.
10. Cuando se haya agotado las materias de la Cuenta y el Orden del Día, la Presidencia levantará la sesión.

TÍTULO V – DE LA COMISIÓN DELEGADA

Artículo 48. Durante el receso de la Asamblea Nacional funcionará una Comisión Delegada con la integración y atribuciones dispuestas en la Constitución.

La Comisión Delegada se instalará sin convocatoria previa el primer martes después de iniciado el receso, a la hora acordada por la Presidencia en consulta con la Comisión de Mesa y se reunirá semanalmente el mismo día y hora.

Artículo 49. En lo no previsto en el artículo anterior, el funcionamiento de la Comisión Delegada se regirá por las disposiciones establecidas en el Reglamento Interior y de Debates en cuanto sea aplicable y por cualquier otra norma pertinente que fuera dictada por la Asamblea Nacional.

TÍTULO VI

De la programación de las actividades de la Asamblea

Artículo 50. Dentro del primer mes del primer período de sesiones de cada año, la Comisión de Mesa, en consulta con los directivos de las comisiones permanentes y especiales, elaborará el proyecto de programa básico legislativo anual con los proyectos de ley a ser discutidos durante en ese lapso. La Presidencia lo presentará a la plenaria para su aprobación, para lo cual se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los presentes.

La aprobación del programa básico legislativo anual no impide que la Asamblea Nacional tramite proyectos de ley no contemplados en él.

Artículo 51. El programa básico legislativo anual podrá modificarse a proposición de cualquier miembro del Cuerpo, con la aprobación de la mayoría de los presentes.

Comisión de Mesa

Artículo 52. La Asamblea Nacional tendrá una Comisión de Mesa presidida por el Presidente o la Presidenta de la Asamblea Nacional e integrada por los demás miembros de la Junta Directiva y los portavoces o representantes de los grupos parlamentarios o sectores que la integran

Atribuciones

Artículo 53. Corresponde a la Comisión de Mesa:

1. Programar el trabajo legislativo, de control y de representación de la Asamblea Nacional;
2. Preparar, a proposición de la Presidencia con base en los insumos provenientes de las comisiones, grupos parlamentarios y sectores, miembros de la Asamblea y planteamientos formulados por la ciudadanía, la agenda de trabajo semanal del plenario del Cuerpo;
3. Contribuir con la Presidencia en cuanto a las materias a ser incluidas en el Orden del Día de cada sesión;
4. Asesorar a la Presidencia en el examen de las materias recibidas por la Asamblea, a los fines de decidir su respuesta directa, su remisión a comisiones o su inclusión en la Cuenta;
5. Aconsejar a la Presidencia en cualquier otro asunto relativo a la dirección del trabajo parlamentario o de la administración de la Asamblea que fuese sometido a su consideración;
6. Conocer del trabajo de las comisiones y solicitar de la Presidencia del cuerpo las medidas necesarias para superar las dificultades que aquellas tuvieren para el normal desempeño de sus funciones;
7. Recibir periódicamente información de la Presidencia acerca de la ejecución del Presupuesto de la Asamblea.

Toma de decisiones

Artículo 54. Como instancia de generación de acuerdos para el buen funcionamiento y conciliación de pareceres para la resolución de los asuntos planteados, la Presidencia procurará que las decisiones de la Comisión de Mesa se adopten por consenso. Cuando esto no fuera posible, se decidirá por mayoría, ponderando el peso numérico en la Cámara de los grupos parlamentarios o sectores políticos representados.

Reuniones

Artículo 55. La Comisión de Mesa se reunirá semanalmente cuando la Asamblea esté en sesiones.

TÍTULO VII – DE LAS COMISIONES

Comisiones y su integración

Artículo 56. La Asamblea Nacional tendrá comisiones permanentes, ordinarias y especiales para el estudio y la investigación en las materias de sus competencias en la legislación, el control y la representación. Las comisiones organizarán y promoverán la participación ciudadana para coadyuvar en el cumplimiento de las funciones del Poder Legislativo Nacional y las suyas específicas, en el marco de la Constitución.

Para su integración se tomará en consideración el derecho de representación de los grupos parlamentarios o sectores políticos actuantes en la Cámara y sus proporciones en la composición de ésta, así como, en el caso de las permanentes, las preferencias manifestadas por los diputados y diputadas.

Los diputados o diputadas que no sean miembros de una comisión, podrán asistir a sus reuniones con derecho a voz. Al hacerlo, deben informar de su presencia al Presidente de la Comisión por intermedio del Director de Secretaría, a los fines del acta y del reconocimiento del derecho de palabra.

Reuniones

Artículo 57. Cuando la Asamblea nacional esté en sesiones, las comisiones se reunirán ordinariamente una vez a la semana y extraordinariamente cuando así lo decidan por mayoría. Para reunirse requerirán la presencia de al menos la mitad más uno de sus integrantes.

Director de Secretaría

Artículo 58. Cada comisión tendrá un Director de Secretaría designado de fuera de su seno por su Presidente.

Comisiones permanentes

Artículo 59. Son comisiones permanentes aquellas establecidas para el estudio de las materias legislativas y de control en sectores de la vida nacional y la actividad del sector público, en los términos definidos en el presente Reglamento.

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

El conocimiento de los asuntos en su área específica de competencia lo asumirán por iniciativa de la mayoría de la comisión o por mandato de la Cámara. Además de los asuntos de su competencia atribuidos por el presente Reglamento, atenderán aquellos que les sean expresamente asignados por el cuerpo.

Comisiones ordinarias

Artículo 60. Son comisiones ordinarias aquellas que se creen con carácter estable y continuo para el tratamiento y examen de asuntos vinculados al ámbito parlamentario o cualquier otro cuya justificación sea considerada por la mayoría de la Asamblea Nacional.

Comisiones especiales

Artículo 61. Son comisiones especiales aquellas creadas por un tiempo determinado para la investigación o estudio, cuando a juicio de la mayoría del cuerpo así lo requiera el tratamiento de alguna materia específica.

Cumplida la tarea para la cual fueron creadas, presentarán un informe a la Asamblea y, una vez emitido el pronunciamiento de ésta, cesarán en su funcionamiento.

Enumeración de las comisiones permanentes

Artículo 62. Las Comisiones Permanentes de la Asamblea Nacional y sus respectivas áreas de competencia son:

1. **Política Interior:** Estudiará y atenderá lo relativo al régimen político, funcionamiento e interrelación con las instituciones públicas; relaciones del Poder Nacional con los estados y municipios y asuntos relacionados con ellos; descentralización y desconcentración administrativa; administración de justicia; vigencia de los derechos humanos y las garantías constitucionales, libertad de cultos; identificación, registro civil; seguridad ciudadana, prevención y represión del delito en cualquiera de sus formas y conexidades; régimen penitenciario;
2. **Política Exterior e Integración:** Estudiará y atenderá lo relativo a las relaciones con otros estados, organismos internacionales y demás entidades de derecho internacional público; los procesos de integración; tratados, convenios, acuerdos y sus materias afines; la organización y el régimen legal del servicio exterior venezolano; y las materias relativas a la defensa de la soberanía nacional, la autodeterminación, la cooperación internacional y la paz;
3. **Finanzas y Hacienda Pública:** Estudiará y atenderá lo relativo al Presupuesto y el crédito público; políticas financiera, monetaria y cambiaria, banca, otros institutos de créditos y seguros; política fiscal y todo lo relacionado con la materia tributaria; Considerará el Presupuesto de la Asamblea Nacional.
4. **Desarrollo Económico:** Estudiará y atenderá todo lo relativo a las actividades productivas, agricultura, industria, comercio, turismo y sector

- servicios; pequeña y mediana empresa y promoción del desarrollo económico local.
5. **Desarrollo Humano Integral:** Estudiará y atenderá lo relativo a la política de desarrollo humano desde la infancia hasta la tercera edad en temas claves como familia, mujer, respeto a la diversidad e inclusión social de las minorías y otros colectivos vulnerables; política social y trabajo;
 6. **Defensa:** Estudiará y atenderá lo relativo a la defensa y la seguridad de la Nación fundamentadas en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil en orden a la promoción del desarrollo sustentable y productivo; la organización, funcionamiento y gestión de la Fuerza Armada Nacional; la política de fronteras;
 7. **Transparencia, Contraloría y Buen Gobierno:** Estudiará y atenderá lo relativo a la vigilancia permanente sobre la inversión y el gasto de fondos públicos en todos los sectores de la administración, así como a la obligatoria transparencia financiera y administrativa de los entes públicos, con las solas limitaciones de las competencias a otros órganos establecidas en la Constitución y las leyes. De igual manera, promoverá prácticas para la buena gobernanza y el fortalecimiento institucional.
 8. **Energía, Petróleo y minas:** Estudiará y atenderá lo relativo a las políticas energética, petrolera y minera y todo lo vinculado con ellas en atención a los objetivos de desarrollo económico del país.
 9. **Educación, Cultura y Deporte:** Estudiará y atenderá lo relativo a las políticas de formación, capacitación y promoción de las personas en las áreas de la educación, la juventud, y las actividades deportivas, de recreación y de esparcimiento. De igual manera, lo relativo a la política cultural, la cultura universal y nacional, la promoción y difusión de las manifestaciones y tradiciones autóctonas y las expresiones culturales de la venezolanidad; el respeto y la promoción de la interculturalidad sobre principios de igualdad; el patrimonio histórico y cultural de la Nación;
 10. **Salud y Bienestar:** Estudiará y atenderá todo lo relativo a los servicios de salud y atención médica en el país; el sistema nacional de salud y todo lo relacionado con la seguridad social.
 11. **Ambiente, Recursos Naturales y Cambio Climático:** Estudiará y atenderá lo relativo a la política ambiental, al clima, la conservación, defensa y mejoramiento del medio ambiente y al uso sustentable de los recursos naturales;
 12. **Pueblos Indígenas:** Estudiará y atenderá lo relativo a las políticas y la legislación para la promoción de los pueblos indígenas, su cultura, su lengua y sus tradiciones ancestrales, así como su participación equitativa en el desarrollo nacional; la promoción y protección de sus derechos, garantías y deberes como parte de la comunidad nacional venezolana que los reconoce y respeta.

13. **Participación Ciudadana y Medios de Comunicación:** Estudiará y atenderá lo relativo a las políticas y legislación para desarrollar el carácter participativo y protagónico de nuestra democracia; los mecanismos de participación ciudadana; el desarrollo de las telecomunicaciones y los medios de comunicación en el marco de la libertad de expresión y el derecho a la información veraz y oportuna.
14. **Ciencia, tecnología e innovación:** Estudiará y atenderá lo relativo a las políticas de avance y promoción del conocimiento, ciencia, tecnología e innovación y sus principios éticos; su tratamiento como temas de interés público, fundamentales para el desarrollo integral de Venezuela.
15. **Comunidades Sostenibles e Infraestructura: Administración y Servicios:** Estudiará y atenderá lo relativo a los servicios públicos, infraestructura, comunicaciones, transporte, vivienda y desarrollo urbano.

Integración y renovación

Artículo 63. Las comisiones permanentes contarán con un número impar de miembros, no menor de siete (7) ni superior a (23). Todos los diputados principales deben ser miembros de al menos una comisión y pueden serlo de dos.

El número de integrantes de cada comisión permanente será establecido por el Presidente de la Asamblea, en consulta con la Comisión de Mesa, teniendo en cuenta la naturaleza y el volumen de trabajo del área asignada a cada una.

Las comisiones permanentes serán designadas anualmente, pero su integración podrá ser revisada parcial o totalmente cuando sea necesario, según la opinión de la Comisión de Mesa. Actuarán válidamente hasta su renovación.

Escogencia de directivos

Artículo 64. Para la distribución de las Presidencias y vicepresidencias de las comisiones se procederá de la manera siguiente:

1. El grupo parlamentario o sector político que represente la primera fuerza en la Asamblea Nacional, de acuerdo con el número de diputados y diputadas que lo integren, escogerá de una vez todas las Comisiones que presidirá en el número que le corresponda en proporción y consignará a la Presidencia los nombres sus postulados para esos cargos.
2. La escogencia de presidencias continuará del mismo modo en orden decreciente según el número de integrantes de los grupos parlamentarios o sectores políticos.
3. Una vez concluida la escogencia de presidencias de comisiones permanentes, se procederá a la de vicepresidencias.

Ningún grupo parlamentario o sector político puede negarse a cumplir con su responsabilidad en la dirección de las comisiones permanentes.

Subcomisión de mesa

Artículo 65. La organización y distribución del trabajo de la Comisión la dispondrá el Presidente de acuerdo con la Subcomisión de Mesa.

La Subcomisión de Mesa está integrada por el Presidente, el Vicepresidente y los coordinadores de los grupos parlamentarios o sectores políticos representados en ella.

Organización del trabajo

Artículo 66. La comisión se organizará en tantas subcomisiones como sea necesario para el mejor desempeño de las funciones que le competan reglamentariamente o que le sean asignadas por la Asamblea.

Reenvío por competencia ajena

Artículo 67. Si una comisión opinare que un asunto sometido a su consideración es de la competencia de otra, puede dirigirse a la Presidencia de la Asamblea para que sea remitido al examen de la comisión que considere competente.

Comisión Conjunta

Artículo 68. Cuando la naturaleza de un asunto permita atribuirlo a dos o más comisiones, o cuando la comisión a la cual se le encargue estime que es conveniente oír el parecer de otra comisión, o cuando dos o más comisiones inician por separado el conocimiento de un asunto susceptible de atribuirse a varias de ellas, la Presidencia de la Asamblea podrá disponer su estudio en comisión conjunta.

Las comisiones podrán, según lo acuerden, designar una representación de sus miembros en la comisión conjunta o realizar estudios previos por separado, pero en todo caso el proyecto de informe deberá ser discutido y aprobado en el pleno de la comisión conjunta.

La Presidencia de la comisión conjunta corresponderá al titular de la comisión que preceda en el orden de enumeración contenido en el artículo XX de este Reglamento.

TÍTULO VIII – DEL RÉGIMEN PARLAMENTARIO

Capítulo I – Derechos de Palabra

Solicitud de derecho de palabra

Artículo 69. Para intervenir en los debates, los diputados o diputadas lo solicitarán levantando la mano, haciéndose anotar por la Secretaría o utilizando cualquier medio al efecto dispuesto por la Presidencia. Concedido el derecho de palabra lo ejercerán desde su curul o desde la tribuna de oradores si así lo solicitan a la Presidencia o si esta los acuerda en consideración al debate del cual se trate.

Ausencia en el turno

Artículo 70. Cuando un diputado o diputada esté ausente de la sesión en el momento de corresponderle su derecho de palabra se entenderá que ha renunciado a éste, a menos que se encuentre cumpliendo una misión de la Asamblea Nacional y se haya reincorporado a ésta antes de finalizar la discusión sobre el tema en el cual pidió intervenir. Si debiera ausentarse momentáneamente lo informará previamente a la Presidencia para que ésta disponga correr su derecho de palabra a la oportunidad inmediata posterior a su reincorporación.

Orden de los derechos de palabra

Artículo 71. La Presidencia concederá los derechos de palabra en el orden en que se hubieren solicitado. Cuando dos diputados lo soliciten simultáneamente, lo dará preferencia a aquel cuya ubicación esté más a la derecha de la Presidencia.

Lectura

Artículo 72. La Presidencia de la Asamblea, a solicitud del diputado o diputada, puede permitir que una intervención sea total o parcialmente leída.

Tiempo para los debates

Artículo 73. El tiempo para la discusión y decisión acerca de cada punto del orden del Día no excederá de dos (2) horas y debe procurar distribuirse en forma proporcional al número de miembros de cada grupo parlamentario o sector político con interés en el debate. Si las circunstancias lo ameritan, la Presidencia podrá extender el tiempo hasta por una (1) hora más, vencida la cual la Asamblea Nacional, por decisión de la mayoría de los presentes, podrá aprobar otra prórroga hasta por el mismo lapso.

Tiempos de intervención y réplica

Artículo 74. Los integrantes del Cuerpo parlamentario que de acuerdo a lo previsto en este Reglamento, intervengan en los debates de la Plenaria, harán uso del derecho de palabra según las reglas siguientes:

1. En el debate de primera discusión de los proyectos de ley y en los debates políticos, una sola vez hasta por diez (10) minutos.
2. En el debate de segunda discusión de los proyectos de ley, hasta dos (2) intervenciones por cada artículo. La primera de tres (3) minutos y la segunda, de ser el caso, de dos (2). Este tiempo no es acumulable.
3. En las interpelaciones en Plenaria, hasta dos (2) veces. La primera de tres (3) minutos y la segunda, de ser el caso, de dos (2). Este tiempo no es acumulable.
4. En los debates sobre proyectos de acuerdo, informes o cualesquiera otras materias previstas en el Reglamento, una sola vez hasta por cinco (5) minutos.

5. Cuando un miembro del Cuerpo fuere aludido, sea en forma expresa o mediante referencias suficientemente claras y ya hubiese agotado sus derechos de palabra en ese debate, podrá solicitar a la Presidencia ejercer su derecho a réplica, el cual le será concedido una sola vez hasta por tres (3) minutos.

Respeto al derecho de palabra

Artículo 75. Es deber de la Presidencia garantizar a los diputados y diputadas el ejercicio del derecho de palabra, de conformidad con lo previsto en el presente Reglamento, así como de los diputados y diputadas respetarlo.

Infracciones a las reglas del debate

Artículo 76. Se considera infracción a las reglas de debate:

1. Tomar la palabra sin que la Presidencia la haya concedido.
2. Tratar reiteradamente asuntos distintos a la materia en discusión.
3. Interrumpir al orador de turno.
4. Proferir alusiones ofensivas
5. Distraer reiteradamente la atención de otros miembros del Cuerpo.
6. Cualquier otro comportamiento que interrumpa, moleste o impida el normal desarrollo del debate.

Sanciones

Artículo 77. La infracción a las reglas del debate será sancionada por la Presidencia. Según su gravedad, la cual apreciará, podrá hacerlo mediante amonestación o con la suspensión del derecho de palabra que puede ser por el resto del debate o hasta el final de la sesión. En casos que por sus características puedan requerir sanciones mayores la Presidencia los remitirá para su estudio y decisión a la Comisión de Ética.

Capítulo II – Las mociones

Mociones

Artículo 78. Un diputado o una diputada podrá presentar mociones a la consideración de la Asamblea. Para iniciar su discusión se requiere el apoyo de al menos otro miembro del Cuerpo, salvo cuando el presentante sea el portavoz de un grupo parlamentario o sector político, en cuyo caso se admitirá a la discusión sin otra manifestación de apoyo.

Presentación

Artículo 79. Las mociones deben ser presentadas por escrito antes de ponerse en discusión, con indicación de quienes las presenten y quienes las apoyen. Su texto permanecerá a disposición de los miembros del Cuerpo para que puedan examinarlas durante el debate o pedir a la Presidencia que ordene su lectura.

Prelación en los asuntos a considerar

Artículo 80. Mientras la Asamblea considere un asunto no podrá tratarse otro, a menos que así se propusiese con carácter de urgente y lo estimase así el Cuerpo por mayoría de los presentes.

Mociones de consideración preferente

Artículo 81. Las mociones siguientes se considerarán con preferencia a las materias en discusión y serán objeto de decisión sin debate:

1. Las mociones de orden, referentes a la observancia del Reglamento y al orden del debate. Sobre ellas resolverá la Presidencia, pero de su decisión podrá apelarse ante la plenaria.
2. Las mociones de información se refieren a la rectificación de datos inexactos utilizados en la argumentación de un orador, o para solicitar la lectura de documentos referentes al asunto, al alcance de la Secretaría o suministrados por el diputado o la diputada. La Presidencia concederá la palabra para estas mociones una vez que el orador haya terminado su intervención.
3. Las mociones de diferir, se refieren al pase de un asunto a Comisión o al aplazamiento de la discusión por tiempo definido o indefinido.
4. Las mociones de cerrar el debate por considerarse suficientemente discutido el asunto. En este caso, la Presidencia podrá conceder la palabra hasta por cinco (5) minutos a un solo miembro del Cuerpo contrario al cierre. Su aprobación requiere el voto de una mayoría calificada de dos terceras partes de los presentes.
5. Las mociones de urgencia proceden cuando el o los proponentes manifiestan la urgencia de que esta sea considerada por el Cuerpo, el cual decidirá sobre ella sin debate. La negación de la urgencia no implica el rechazo del fondo de una proposición. En caso de ser negada la urgencia solicitada, la proposición permanecerá en Secretaría para ser considerada en su debida oportunidad.

Antes de plantearse la urgencia debe informarse a la Presidencia de tal propósito.

Modificaciones admisibles

Artículo 82. En el curso del debate y para ser votadas con la moción principal, son admisibles proposiciones de modificación a mociones presentadas, las cuales pueden ser:

1. De adición, cuando se agregue alguna palabra o concepto a la proposición principal.
2. De supresión, cuando se elimine algo de la proposición principal.
3. De sustitución, cuando se ponga una palabra o concepto en lugar de otro.

Debate abierto

Artículo 83. Al abrirse el debate sobre una moción se entiende que está abierto para todas sus modificaciones.

Orden en la votación de modificaciones

Artículo 84. El haberse propuesto una modificación no impide que antes de resolverla puedan proponerse otras a la misma moción, pero éstas se votarán empezando por la última, en orden inverso a como fueron presentadas.

Capítulo III – La Comisión General

Declaratoria

Artículo 85. Cuando lo juzgue conveniente, la Asamblea Nacional se declarará en Comisión General para considerar cualquier asunto, bien por decisión de la Presidencia o a proposición de algún diputado. La Comisión General será dirigida por la Comisión de Mesa.

Desarrollo

Artículo 86. Declarada la Asamblea en Comisión General, sus miembros pueden conferenciar entre sí sobre la materia en discusión y hacer cuanto contribuya al mejor examen del asunto sin necesidad de sujetarse a las limitaciones reglamentarias del debate.

Suspensión

Artículo 87. Cuando la Presidencia considere logrado el objeto de la Comisión General la suspenderá y reconstituido el Cuerpo, le informará del resultado de la misma y éste considerará si estima o no procedente continuar con la Comisión General.

Consulta al Cuerpo sobre su reanudación

Artículo 88. Cuando algún diputado o diputada pidiera regresar a la Comisión General y la Presidencia o algún diputado o diputada se opusiera, se consultará sin discusión al Cuerpo, el cual decidirá al respecto por mayoría de los presentes. Este procedimiento sólo podrá repetirse transcurridos treinta (30) minutos por lo menos.

Registro en el Acta

Artículo 89. En el Acta se hará mención de la declaratoria en Comisión General, así como del objeto que la motivó y sus resultados.

Capítulo IV – Discusión de proyectos de ley

Competencia e iniciativa constitucionales

Artículo 90. A la Asamblea Nacional corresponde legislar en las materias de su competencia constitucional, conociendo los proyectos que le sean presentados por los actores públicos y ciudadanos constitucionalmente habilitados para hacerlo.

Requisitos de un proyecto

Artículo 91. Todo proyecto de ley debe ser presentado ante la Secretaría y estará acompañado de una exposición de motivos que contendrá, al menos:

1. Los criterios generales que se siguieron para la formulación del proyecto
2. Los objetivos que se espera alcanzar.
3. Los problemas que se pretenden resolver
4. La explicación, alcance y contenido de las normas propuestas.
5. La incidencia presupuestaria que produciría la aprobación de la ley, con el objeto de determinar las previsiones que deberán tomarse.

El proyecto que cumpla con los requisitos señalados irá a la Cuenta para que se inicie su trámite parlamentario.

Artículo 92. En cada Sesión se dará Cuenta a la Plenaria de los proyectos de ley recibidos por Secretaría. Para ser sometido a discusión todo proyecto acompañado de su exposición de motivos, será puesto a disposición de los diputados o diputadas por parte de la Secretaría, por medios automatizados o impresos, con al menos diez (10) días hábiles de anticipación a la sesión de inicio de su discusión, salvo los casos de urgencia declarados por el Cuerpo, por decisión de la mayoría de los presentes.

Revisión de incidencia presupuestaria

Artículo 93. Si a criterio de la Presidencia el análisis de la incidencia presupuestaria resultara insuficiente, encargará revisarlo a la oficina especializada correspondiente de la Asamblea Nacional, para que informe al cuerpo acerca de ello cuando estudie el impacto económico del proyecto.

Proyectos inadmisibles

Artículo 94. En caso que un proyecto no cumpla con los requisitos del artículo 90 de este reglamento, de acuerdo al criterio de la Junta Directiva, se devolverá a quien o quienes hubieran presentado a los efectos de su revisión, suspendiéndose mientras tanto el procedimiento correspondiente.

Consultas

Artículo 95. La Asamblea Nacional o las comisiones permanentes, durante el procedimiento de formación, discusión y aprobación de los proyectos de ley consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas, a las comunidades organizadas y a las instituciones públicas y privadas pertinentes para oír su opinión sobre los mismos.

Todas las consultas serán de carácter público y previa difusión del material pertinente, con plena identificación de quienes participen en ellas, sistematizando todas las propuestas que se presenten.

Consultas a los estados

Artículo 96. Los estados serán consultados por la Asamblea Nacional a través de los respectivos consejos legislativos estatales, cuando se legisle en materias relativas a los mismos, sin perjuicio de otras consultas que se acuerde realizar conjunta o separadamente, en los ámbitos estatal o local sobre las mismas materias, a criterio de los grupos parlamentarios regionales, de los representantes de la Asamblea Nacional ante los consejos estatales de planificación y coordinación de políticas públicas, o de la Comisión de la Asamblea Nacional encargada del estudio.

Se procurará que las consultas a las que se refiere este artículo, incluyan la participación pertinente de sectores de la sociedad civil a niveles regional y local.

Primera discusión de un proyecto de ley

Artículo 97. En la primera discusión se considerará la exposición de motivos y se evaluarán sus objetivos, alcance y viabilidad, a fin de determinar la pertinencia de la ley, y se discutirá el articulado en forma general. La decisión será de aprobación, rechazo o diferimiento, y se tomará por mayoría. En caso de rechazo del proyecto, la Presidencia lo comunicará a quienes lo hayan propuesto y ordenará archivar el expediente respectivo.

Aprobado en primera discusión el proyecto de ley, junto con las consultas y proposiciones hechas en el curso del debate y consignadas en Secretaría, será remitido a la Comisión Permanente directamente relacionada con la materia objeto de la ley. En caso de que el proyecto de ley esté vinculado con varias comisiones permanentes, se designará una comisión conjunta para realizar el estudio y presentar el informe para la segunda discusión.

Estudio de proyectos de ley en comisiones

Artículo 98. La Presidencia de la Comisión que tenga a su cargo el estudio del proyecto de ley lo remitirá a quienes integren la misma con el material de apoyo existente, y designará, oída la Comisión, al ponente o una Subcomisión que tendrá a su cargo la presentación del proyecto de informe respectivo, para la segunda discusión. En el proyecto de informe se expondrá la conveniencia de diferir, rechazar o de proponer las modificaciones, adiciones o supresiones que considere. También se pronunciará en relación con las proposiciones hechas en la primera discusión del proyecto.

Las comisiones mixtas realizarán el estudio y presentarán informe de los proyectos de ley, en las mismas condiciones de las comisiones permanentes.

El estudio se llevará a cabo observando las siguientes formalidades:

1. En el cumplimiento de su misión, el ponente o la Subcomisión contará con la asesoría, asistencia técnica y logística propia de la Comisión respectiva, y de los servicios de apoyo de la Asamblea Nacional, según se establece en este Reglamento.

2. El proyecto de informe se imprimirá y distribuirá entre quienes integren la Comisión. La discusión se realizará artículo por artículo.
3. Las comisiones que estudien proyectos de ley presentarán los informes correspondientes a consideración de la Asamblea Nacional en un plazo no mayor de treinta días consecutivos, contados desde la fecha de su recepción, a menos que por razones de urgencia la Asamblea Nacional decida un lapso menor, o que por necesidad de extender la consulta pública se requiera un plazo mayor.

Segunda discusión de un proyecto de ley

Artículo 99. Una vez recibido el informe de la Comisión correspondiente, la Presidencia en consulta con la Comisión de Mesa acordará se dé Cuenta de él, ordenará su incorporación en el sistema automatizado con el material de apoyo disponible y fijará, dentro de los diez días hábiles siguientes, la segunda discusión del proyecto, salvo que por razones de agenda del Cuerpo la Presidencia acuerde un lapso mayor o por razones de urgencia, la Asamblea Nacional decida un lapso menor, pudiendo incorporarse inmediatamente en el Orden del Día.

La segunda discusión del proyecto de ley se realizará artículo por artículo y versará sobre el informe que presente la Comisión respectiva. El informe contendrá tantos puntos como artículos tenga el proyecto de ley, también se considerarán el título de la ley, los epígrafes de las distintas partes en las cuales esté sistematizado el proyecto y la propia ordenación sistemática, en relación con éstas últimas consideraciones que contendrá el informe, se someterán a votación sin debate, pudiendo intervenir un diputado o diputada para objetarla o hacerle modificaciones y uno de los representantes del proyecto para defenderla o acoger la propuesta, por tres minutos cada uno.

Abierto el debate sobre algún artículo, cualquier diputado o diputada podrá intervenir en su discusión, de conformidad con las reglas establecidas.

Tratamiento de proyectos de ley sobre una misma materia

Artículo 100. En caso de presentación simultánea de dos o más proyectos de ley sobre una misma materia, la Asamblea Nacional, acordará su estudio de manera conjunta por parte de la Comisión a la cual corresponda, que los trabajará, integrándolos en lo que sea posible por mayoría de sus integrantes, para presentar uno solo ante la Plenaria.

Cuando habiéndose iniciado el proceso de estudio de un proyecto, fuere recibido otro que trate sobre la misma materia, se remitirá a la Comisión correspondiente a los fines de su incorporación en el proceso de estudio.

La Asamblea Nacional no admitirá o aprobará en primera discusión proyectos que sean iguales en esencia al que se discute.

Rechazo de proyectos de ley

Artículo 101. La Asamblea Nacional podrá rechazar un proyecto de ley en cualquiera de sus discusiones conforme a lo previsto en este Reglamento. El

proyecto de ley, artículo o parte de éste que haya sido rechazado, no podrá ser considerado en las sesiones ordinarias del mismo período, salvo que sea propuesto con modificaciones sustanciales y declarado de urgencia por la Asamblea Nacional. Esto no impide que artículos de un proyecto que hubieran sido rechazados o diferidos, sean presentados en otro proyecto de ley.

Discusión de proyectos de ley pendientes

Artículo 102. Los proyectos de ley que queden pendientes por no haber recibido las discusiones reglamentarias al término del ejercicio anual correspondiente, se seguirán discutiendo en las sesiones ordinarias siguientes. Podrán incluirse en las sesiones extraordinarias inmediatas, si las hubiere, a proposición de la Presidencia en consulta con la Comisión de Mesa o, a proposición de la comisión correspondiente, por decisión de la Asamblea Nacional con el voto de la mayoría de los presentes.

Título y numeración de las leyes

Artículo 103. Las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, a los fines de su sistematización y ordenación, se titularán de la siguiente forma:

1. El título de la ley indicará el tipo, número y fecha de la misma, además de la forma abreviada de su contenido.
2. El tipo se indicará mediante las expresiones Ley Orgánica, Código Orgánico, Código, Ley Habilitante, Ley o Ley Aprobatoria, según corresponda.
3. La fecha de las leyes será la de su promulgación, para lo cual se hará la correspondiente indicación al Poder Ejecutivo Nacional.
4. Las leyes de cada año se numerarán consecutivamente según el orden de su promulgación, para lo cual se hará la correspondiente indicación al Poder Ejecutivo Nacional.

Discusión de la Ley de Presupuesto

Artículo 104. En el caso de la discusión de la Ley de Presupuesto se seguirá el siguiente procedimiento especial:

1. El Ejecutivo Nacional, por órgano del ministro correspondiente, lo presentará a la Asamblea en sesión especial convocada al efecto;
2. Se dará entrada al proyecto y se ordenará su puesta a disposición de los diputados o diputadas a través de medios impresos o automatizados;
3. Se remitirá el proyecto a la comisión permanente de Finanzas y Desarrollo Económico, cuya Presidencia lo distribuirá entre sus miembros;
4. Se iniciará la primera discusión que será de globalidad en la primera sesión siguiente al décimo día continuo después que el proyecto fue puesto a disposición de los diputados y diputadas y sus observaciones y conclusiones serán remitidas a la Comisión de Finanzas y Desarrollo Económico, la cual ya está abocada a su estudio;

5. Dentro de los treinta (30) días continuos siguientes a la recepción del proyecto, salvo que la Presidencia otorgue un plazo mayor, la Comisión Permanente de Finanzas y Desarrollo Económico elaborará su informe, tomando en cuenta las conclusiones y observaciones en la discusión de globalidad y una vez aprobado lo remitirá a la Presidencia para su distribución entre los diputados y diputadas;
6. La segunda discusión de la Asamblea, artículo por artículo, ministerio por ministerio en cuanto al Poder Ejecutivo y órgano por órgano en el caso de los restantes, se celebrará tres (3) días hábiles después de la fecha en que el informe fue puesto a disposición de los diputados y diputadas;
7. Si no hay modificaciones al informe se declara aprobada la ley. En caso contrario, el proyecto vuelve a la Comisión permanente de Finanzas y Desarrollo Económico para que en dos (2) días hábiles estudie las modificaciones propuestas y elabore un nuevo informe que será presentado a la Presidencia del Cuerpo para que sea puesto a disposición de los integrantes del mismo y
8. En la sesión siguiente a los dos (2) días continuos después de la fecha en que se haya puesto a disposición de los diputados y diputadas el informe, el Cuerpo conocerá sólo de las modificaciones en él contenidas.

La Asamblea Nacional podrá modificar, sea para alargar o acortar, cualquiera de estos lapsos, por decisión de la mayoría de los presentes.

Capítulo V – De la discusión de informes y proyectos de acuerdo

Artículo 105. Para su discusión única por la Asamblea Nacional, los informes de las comisiones permanentes, ordinarias o especiales serán remitidos a la Presidencia, la cual ordenará a la Secretaría dar cuenta de ellos en la sesión inmediatamente siguiente y su distribución a los diputados y diputadas por medios automatizados o impresos. Así mismo, con la asesoría de la Comisión de Mesa, determinará la fecha del debate para considerarlos, la cual no puede ser anterior a los dos (2) días hábiles.

El cuerpo decidirá su aprobación o no por el voto de la mayoría de los presentes.

Artículo 106. Los proyectos de acuerdo serán presentados ante la Presidencia que los someterá a discusión de la Comisión de Mesa y se presentarán a la Plenaria para su aprobación, haciendo constar el nombre del o de la proponente o proponentes. Si algún diputado o diputada expresara su desacuerdo, se abrirá el debate en una sola discusión la cual será sobre la totalidad del proyecto de acuerdo, a menos que la Asamblea decida hacerlo por artículos.

El Cuerpo decidirá su aprobación o no por el voto de la mayoría de los presentes.

Artículo 107. En casos de urgencia así calificados por el Cuerpo, los informes de comisión o los proyectos de acuerdo, se someterán, sin trámite previo, a la consideración de la Plenaria.

TÍTULO XIX – DE LAS ELECCIONES Y VOTACIONES

Mayoría

Artículo 108. 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 establezcan una calificada. 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.

Decisiones revocatorias

Artículo 109. Las decisiones revocatorias de un acto de la Asamblea Nacional, en todo o en parte, requerirán del voto de la mayoría absoluta de los presentes. Igualmente, en los casos en que por error o por carencia de alguna formalidad no esencial se hubiese tomado una decisión por la Asamblea Nacional, ésta, una vez constatado el error o carencia, podrá declarar la nulidad de la decisión con el voto de la mayoría de los presentes.

Valor del voto

Artículo 110. Cada diputado y diputada tendrá derecho a un voto. En las comisiones sólo podrán votar quienes las integren.

Carácter de las votaciones

Artículo 111. Todas las votaciones serán públicas. Excepcionalmente podrán ser secretas cuando así lo acuerde la mayoría absoluta de los diputados o diputadas presentes.

Votación secreta

Artículo 112. En los casos de votación secreta, la Presidencia designará una Comisión Escrutadora que revisará de los votos emitidos e informará a la Asamblea Nacional sobre el resultado de la votación. El acto de escrutinio siempre será público.

La votación secreta se hará por papeletas o por algún medio automatizado. Los diputados y diputadas serán llamados individualmente por orden alfabético. Los votos en blanco y los que no expresen de manera clara e inequívoca la voluntad del votante serán declarados nulos.

Votación pública

Artículo 113. Las votaciones públicas se harán a mano alzada o de pie, salvo el diputado o diputada que por impedimento físico debiere permanecer

sentado, o mediante el sistema automatizado establecido con identificación de quien votó.

Cualquiera de los parlamentarios o parlamentarias presentes podrá solicitar la votación nominal, la cual se realizará llamando a votar, por orden alfabético de los estados o regiones de elección, a cada uno de los diputados y diputadas, por sus nombres y apellidos completos. Éstos responderán, a su turno, si se manifiestan a favor de una de las opciones o si prefieren abstenerse. En ningún caso puede razonarse la decisión.

Durante el transcurso de la Sesión podrá solicitarse votación nominal por una sola vez.

En todo caso, la Presidencia podrá solicitar votación nominal cuando lo considere pertinente, aun cuando se hubiere agotado el límite establecido en este artículo.

Anulación del voto

Artículo 114. En el pleno de la Asamblea Nacional o en las comisiones en las que sean miembros, los diputados y diputadas se abstendrán de participar en los actos de votación y se retirarán del salón si tuvieren interés especial o se tratara de un asunto que le concierne personal o directamente. Cualquier diputado o diputada podrá denunciar la infracción de esta norma y la Comisión de Ética Parlamentaria, previa audiencia del interesado o interesada, podrá anular el voto emitido en tales circunstancias. De la anulación del voto acordada por la Comisión podrá apelarse ante el pleno de la Asamblea Nacional.

Constancia del voto salvado y del voto negativo

Artículo 115. Aun cuando no hayan hecho uso del derecho de palabra durante el debate, los diputados y diputadas podrán dejar constancia escrita de su voto salvado, el cual se insertará en el Diario de Debates y se mencionará en el acta respectiva. En las mismas condiciones podrán dejar constancia del voto negativo o de su abstención.

El diputado o diputada tiene derecho de consignar en la Secretaría la justificación de su voto salvado.

Prohibición de interrupción de la votación

Artículo 116. Después de que la Presidencia haya anunciado que comienza la votación, ningún diputado o diputada podrá interrumpirla.

Empate

Artículo 117. En caso de resultar empatada alguna votación, se procederá a una segunda votación y si se produjere un nuevo empate, se considerará diferido el punto. Si cuando, en sesión posterior, se vuelva a considerar y votar el punto y se repitiera el empate, se le considerará negado.

En caso de empate de la votación de algún artículo de una ley o acuerdo, se abrirá de nuevo el debate y, si al repetirse la votación resultare otra vez em-

patada, el artículo pasará al estudio de una comisión especialmente designada al efecto.

Verificación de votos

Artículo 118. Cualquier diputado o diputada podrá solicitar que se verifique la votación de acuerdo a lo establecido en este Reglamento.

Procedimiento de elección

Artículo 119. Los funcionarios o funcionarias cuya elección corresponda a la Asamblea Nacional, serán elegidos o elegidas, previa postulación, en los términos que establece la Constitución y la Ley.

La elección de funcionarios o funcionarias será realizada mediante votación pública. Excepcionalmente, por decisión de la mayoría, podrá ser secreta. En ambos casos, sea pública o secreta, la elección se llevará a cabo en los términos que indica este Reglamento para el régimen de votaciones.

Artículo 119. Cuando ninguna de las personas por quienes se hubiera votado resultare con la mayoría requerida, se concretará la elección a las dos que hubieren alcanzado el mayor número de votos. Si habiendo obtenido alguna persona mayoría relativa, aparecieren otras con igual número de sufragios entre sí, se sacará de entre éstas, por la suerte, la que haya de confrontarse con la primera. Si los votos se hubieren distribuido con igualdad entre dos candidatos o candidatas solamente, se repetirá la elección contrayéndola a ellos o ellas. Si tres o más obtuvieren igual número de votos, entrarán todos o todas en el segundo escrutinio.

Si se empata la votación después de practicados los dos escrutinios, según lo previsto en este artículo, la Presidencia declarará a la Asamblea en Comisión General para encontrar una solución a la situación, si esto no ocurriera, habría que reiniciar el proceso de postulaciones en lo que se refiere al cargo no provisto.

Artículo 120. En ningún caso la elección de funcionarios o funcionarias podrá hacerse simultáneamente para varios cargos, cuando éstos correspondan a instituciones distintas, o por planchas, aun cuando los cargos a elegir correspondan a la misma institución. La elección siempre será nominal.

TÍTULO X – DE LA PARTICIPACIÓN Y LAS RELACIONES CON LOS CIUDADANOS

Capítulo I – Participación Ciudadana

Promoción de la participación Ciudadana

Artículo 121. La Asamblea Nacional promoverá la participación popular con el objeto de fomentar la conciencia ciudadana y contribuir a realizar el carácter participativo del sistema de gobierno de la República, a través de las siguientes líneas de actuación permanente:

1. Mantener comunicación permanente con la ciudadanía, a la cual informará veraz y oportunamente de su actuación, y le rendirá cuenta, a tra-

vés de los medios de comunicación e información disponibles y de las formas plurales de organización social.

2. Promover, cada diputado o diputada, la constitución, por iniciativa popular, de comités de legislación y control social de la gestión del Gobierno y la Administración en las expresiones organizativas del pueblo en su respectiva circunscripción electoral.
3. Difundir las iniciativas legislativas y de control y atender los planteamientos acerca de ellas, así como valorar las iniciativas que se originen en el seno de la sociedad.
4. Propiciar las asambleas de ciudadanos y ciudadanas, así como los procesos de consulta popular y el referendo, en los términos que consagran la Constitución de la República y la Ley.
5. Garantizar, con la sanción de la ley sobre la materia, la aplicación de las normas sobre participación popular previstas en la Constitución de la República, para lo cual se dotará de la organización, los métodos, medios y mecanismos de funcionamiento necesarios, que garanticen la más amplia participación popular en los procesos de formación de leyes, en el control de la gestión del gobierno y la administración pública y, en general, en todas las materias de su competencia.

Participación de la ciudadanía en las sesiones y reuniones

Artículo 122. Los representantes de la sociedad organizada podrán estar presentes y participar en las sesiones y reuniones de comisiones o subcomisiones en calidad de observadores u observadoras a solicitud propia, tramitada por ante la Secretaría de la Asamblea Nacional, o por invitación de la Presidencia de la Asamblea Nacional. En todo caso se tomará en consideración las limitaciones que impone el espacio físico destinado para tal fin.

También podrán asistir con derecho a voz, por invitación de la Presidencia de la Asamblea Nacional o de la Comisión respectiva o, a su solicitud, presentada ante la Presidencia correspondiente, tras ser aprobada en la Comisión de Mesa o en la Subcomisión de Mesa de la Comisión. Sus propuestas serán consideradas y de las decisiones acerca de ellas se informará a los interesados.

Los ciudadanos y ciudadanas asistentes a las sesiones y reuniones se comprometen a mantener el orden durante las mismas.

Artículo 123. La Secretaría correspondiente se encargará de cursar las invitaciones e informará oportunamente a quienes participen del procedimiento de la Sesión o reunión, las normas del debate y el lugar que les sea asignado en el salón de sesiones o reuniones.

Las normas para la aplicación de este artículo serán dictadas por la Presidencia en Comisión de Mesa.

Consultas en la legislación

Artículo 124. Las consultas a los representantes de la sociedad organizada como parte del proceso de formación de las leyes, se harán en Caracas y, promovidas por los diputados y diputadas respectivos en cada región. A ese efecto, la Asamblea Nacional:

1. Publicará la celebración de las consultas con información de su objeto, hora y lugar.
2. La convocatoria debe hacerse con sentido de pluralismo político y social, procurando la presencia de todos los intereses involucrados.
3. Las reuniones de consulta se hará en lugares públicos, con seguridad y bajo garantía de respeto a la diversidad de opiniones propia de la sociedad democrática.
4. Las organizaciones sociales interesadas, por propia voluntad o por aceptar la invitación de la Asamblea, se inscribirán como participantes y serán informadas de los términos de la consulta de acuerdo a la Constitución y este Reglamento.
5. Los voceros de las organizaciones sociales participantes tendrán hasta siete (7) minutos para una intervención oral y podrán dejar una comunicación escrita con sus opiniones y proposiciones sobre la materia en consideración.

Peticiones y planteamientos

Artículo 125. Todo ciudadano tiene derecho a dirigir a la Asamblea Nacional peticiones o planteamientos sobre asuntos que sean de su competencia y obtener oportuna respuesta, cuyo trámite se seguirá de la manera siguiente:

1. Se presentarán o remitirán a la Secretaría de la Asamblea Nacional.
2. Se harán por escrito en papel simple o a través del correo electrónico. Deberán contener el nombre y copia de la cédula de identidad del o los presentantes, una explicación sucinta de lo que se pretende y, en caso de entregas físicas, la dirección a dónde deba enviarse la respuesta.
3. Se llevará en Secretaría un Registro de Peticiones y Planteamientos e los Ciudadanos, en el cual se irá incorporando cada petición o planteamiento y se le asignará un número según el orden de entrada, del cual se informará al peticionario para su seguimiento.
4. Se ordenará por Presidencia el envío de las peticiones o planteamientos a la Comisión que corresponda, la cual designará un ponente para su estudio.
5. Dentro del lapso de diez (10) días siguientes a la recepción de la petición o planteamiento, la comisión decidirá si lo somete a la consideración del Cuerpo, lo remite a un ministro, otro funcionario público o a otra comisión con notificación a los interesados o si ordena su archivo.

6. Se informará al o los ciudadanos remitentes de la decisión adoptada con exposición sucinta de sus motivaciones.
7. La respuesta que a la petición o planteamiento hiciera un ministro u otro funcionario público, será notificada a quien lo formuló.

Capítulo II – Relaciones con los ciudadanos

Rendición de cuenta

Artículo 126. El deber constitucional y reglamentario de dar cuenta de su trabajo a los ciudadanos lo cumplirán los diputados y diputadas con periodicidad anual, sin perjuicio de la información que ofrezcan a lo largo de ese lapso.

La Asamblea Nacional velará porque cada diputado o diputada cuente con los medios técnicos para que esa rendición de cuentas sea difundida de modo que esté al alcance de la mayor cantidad posible de ciudadanos residentes en la circunscripción.

Oficina parlamentaria de atención ciudadana

Artículo 127. En la sede del Poder Legislativo Nacional se organizará una Oficina Parlamentaria de Atención Ciudadana, en la cual

1. Se ofrecerá información acerca de las actividades de la Asamblea Nacional;
2. Se informará a los visitantes que así lo requieran información acerca de la oficina en Caracas y en la circunscripción, números de teléfono y correo electrónico de cada diputado o diputada.
3. Se recibirán comunicaciones de los ciudadanos para los diputados y diputadas, y se orientará a quienes lo requieran acerca del modo de realizar la gestión que intentan en la sede parlamentaria.
4. Se dispondrá de material informativo impreso acerca de la Asamblea Nacional, sus competencias constitucionales, las instalaciones y servicios de la Asamblea Nacional, así como las condiciones para las visitas al Palacio Federal Legislativo.

Oficina parlamentaria en la circunscripción

Artículo 128. Con cargo al presupuesto de la Asamblea Nacional, los diputados o diputadas abrirán y mantendrán en operación una oficina parlamentaria en la circunscripción por la que fueron elegidos. La correspondiente a los diputados elegidos por la lista proporcional la abrirán en la capital del estado.

Esta oficina debe procurarse que sea en lugar de fácil acceso y, con sobriedad, deberá tener las facilidades mínimas para el buen desarrollo de la labor parlamentaria. Su personal será un asistente parlamentario, una secretaria y un mensajero.

TÍTULO XI – DEL CONTROL SOBRE EL GOBIERNO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL

Capítulo I – Las interpelaciones y comparecencias

Artículo 129. Las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y aprobaciones parlamentarias son mecanismos constitucionales a disposición de la Asamblea Nacional para ejercer su competencia de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional.

Los funcionarios públicos así como los ciudadanos particulares, de acuerdo con la Constitución y la ley, colaborarán con la Asamblea Nacional en el cumplimiento de esta función esencial para el equilibrio democrático.

Objeto de las interpelaciones y comparecencias

Artículo 130. La interpelación tiene por objeto que los ciudadanos, la Asamblea Nacional o sus comisiones conozcan la opinión, actuaciones e informaciones de un funcionario o funcionaria pública del Gobierno y la Administración Pública Nacional, así como las de los estados y los municipios en el marco de la Constitución, acerca de las materias relacionadas con su competencia. Igualmente podrá referirse a su versión sobre un hecho determinado.

La interpelación solamente se referirá a cuestiones relativas al ejercicio de las funciones propias del interpelado o interpelada.

Artículo 131. La comparecencia tiene por objeto conocer la opinión u obtener información relevante de un particular o un funcionario acerca de una cuestión del interés nacional ventilada por el Poder Legislativo en cumplimiento de sus deber de control, así como en los de legislación y representación.

Notificación o invitación

Artículo 132. Las notificaciones de interpelación se harán con cuarenta y ocho (48) horas de anticipación por lo menos y en ellas deberá expresarse claramente el objeto de las mismas. Si la interpelación está dirigida a una persona distinta al máximo superior jerárquico del organismo, la participación se hará a través de este último, sin que pueda oponerse a la comparecencia del subordinado o subordinada ante el órgano legislativo. El mismo lapso aplica para las invitaciones a comparecencia.

Quienes deban acudir a la interpelación podrán hacerse acompañar de los asesores o asesoras que consideren convenientes.

Todo lo relativo a las sanciones por la no atender a una citación por parte de los órganos parlamentarios será regulado por ley.

Interpelación de altos funcionarios en las comisiones

Artículo 133. Las comisiones que decidan la interpelación del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva y de los ministros o ministras, lo in-

formarán a la Presidencia de la Asamblea Nacional, para que por su intermedio se produzca la notificación respectiva.

Interpelación conjunta

Artículo 134. Cuando más de una Comisión tenga interés en la interpelación de un funcionario o funcionaria, sobre un mismo asunto o sobre más de uno con estrecha relación entre sí, la Junta Directiva de la Asamblea Nacional podrá ordenar que la interpelación o comparecencia se haga de manera conjunta.

Solicitud de diferimiento

Artículo 135. El funcionario, funcionaria o particular citado o citada para ser interpelado o interpelada podrá, mediante comunicación escrita, solicitar por una vez el cambio de la fecha u hora de la interpelación o comparecencia cuando causas de fuerza mayor le impidan atender en la ocasión fijada. La solicitud de diferimiento contendrá, claramente expuestas, las razones de la misma.

Cuando se trate de comparecencias de particulares, la persona invitada informará de su inconveniente y solicitará le sea fijada nueva fecha y hora.

Inclusión en el Orden del Día

Artículo 136. Una vez decidida la interpelación del Vicepresidente o Vicepresidenta o de un ministro o ministra en el Plenario de la Asamblea Nacional, se la incluirá como primer punto del Orden del Día de la Sesión para la cual se le haya citado. Cuando se trate del Vicepresidente o Vicepresidenta y de un ministro o ministra, o de dos o más ministros o ministras, se incluirán en el Orden del Día el Vicepresidente o Vicepresidenta como primer punto y luego los demás altos funcionarios citados según hayan sido solicitadas las interpelaciones y acordadas, salvo que la Presidencia, asesorada por la Comisión de Mesa resuelva algo distinto.

Similar procedimiento se utilizará cuando la interpelación se realice en alguna de las comisiones.

Publicidad

Artículo 137. Todas las interpelaciones y comparecencias tendrán carácter público. Excepcionalmente podrán ser reservadas o secretas cuando el caso lo amerite y lo decida la mayoría de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional o de la Comisión respectiva. En las sesiones que se califiquen como secretas se levantará acta y se dejará constancia de lo expuesto.

Procedimiento de las interpelaciones o comparecencias

Artículo 138. Las interpelaciones o comparecencias se realizarán observando el siguiente procedimiento:

1. La Presidencia de la Comisión o Subcomisión explicará la dinámica de la interpelación o comparecencia a los funcionarios, funcionarias y particulares, razón y motivo de la misma.
2. Intervención de los diputados o diputadas que deseen formular preguntas por un tiempo no mayor de cinco (5) minutos cada uno.
3. El funcionario, funcionaria o el particular deberá responder sucesivamente a cada uno de los diputados y diputadas.
4. Inmediatamente después de haber respondido todas las preguntas, el funcionario, funcionaria o el particular, podrá, si así lo desea y manifiesta, hacer uso de la palabra por un tiempo no mayor a diez (10) minutos.
5. Seguidamente los diputados o diputadas que soliciten el derecho de palabra podrán intervenir de nuevo hasta por cinco minutos cada uno o una, a fin de aclarar conceptos, repreguntar o solicitar informaciones complementarias sobre la materia objeto de interpelación o comparecencia.
6. La interpelación o comparecencia se declarará concluida una vez se considere agotada la materia que dio objeto a la misma y así lo decida el Presidente o Presidenta con la anuencia de la Asamblea Nacional o de la Comisión, según sea el caso.

Artículo 139. Por decisión de la Asamblea Nacional, de la Comisión, o a solicitud del funcionario, funcionaria o particular, se podrá disponer la suspensión de la interpelación para una nueva oportunidad con el objeto de que sean presentados mayores elementos de juicio. También se podrá disponer que se dé respuesta escrita a alguno de los planteamientos que se le hayan formulado al funcionario, funcionaria o al particular, quien responderá dentro del lapso indicado por la Presidencia de la Asamblea Nacional o de la Comisión.

Capítulo II – Las investigaciones

Artículo 140. Sin perjuicio a las atribuciones de otros órganos del Poder Público, conforme a la Constitución, la Asamblea Nacional podrá realizar las investigaciones que juzgue convenientes en las materias de su competencia, lo cual realizará a través de sus comisiones permanentes o de la comisión especial que cree al efecto. Cada investigación debe concluir en un informe en el cual, si fuere el caso, deben quedar establecidas las responsabilidades políticas a que hubiere lugar.

Artículo 141. Las interpelaciones y comparecencias pueden formar parte de las actividades necesarias para una investigación parlamentaria.

Artículo 142. Los funcionarios y funcionarias públicas, así como los particulares, están obligados a atender las convocatorias de la Asamblea Nacional y suministrar las informaciones y documentos que se les requieran. Todo ello sin menoscabo de los derechos que le son constitucionalmente reconocidos.

Capítulo III – Las Preguntas

Derecho de Preguntas

Artículo 143. Los diputados y las diputadas podrán formular preguntas a los ministros y otros altos funcionarios públicos.

Finalidad de las preguntas

Artículo 144. Las preguntas tienen por finalidad conocer la exactitud de un hecho u obtener alguna información objetiva y precisa sobre una cuestión determinada. Sólo se admitirán preguntas de interés público.

Preguntas por escrito

Artículo 145. Para su tramitación, las preguntas se presentarán previamente por escrito ante la Secretaría de la Asamblea Nacional, la cual informará a la Comisión de Mesa a través de la Presidencia a cuyo cargo estará transmitir las a los funcionarios o funcionarias a quienes corresponda.

Una vez recibidas las respuestas en la Secretaría, se harán del conocimiento inmediato del diputado o diputada que las haya formulado.

Respuestas por escrito

Artículo 146. Las respuestas podrán ser escritas u orales. Si no se indica su naturaleza en el texto de formulación, se entenderá que se pretende una respuesta escrita. En ningún caso el envío de la respuesta escrita podrá exceder los tres (3) días continuos a la fecha de su recepción, a menos que el texto indique expresamente asunto distinto, o que el funcionario, funcionaria o particular a quien se dirige la pregunta, explique las razones que le impiden cumplir el lapso de envío.

Las respuestas por escrito se harán del conocimiento de la Asamblea Nacional o de la Comisión respectiva, mediante la distribución del texto que las contiene entre los diputados o diputadas, a cargo de la Secretaría, a más tardar veinticuatro (24) horas luego de su recepción.

Oportunidad de las respuestas orales a preguntas por escrito

Artículo 147. El texto de las preguntas para respuesta oral será remitido al funcionario o funcionaria que deba responderlas con fijación de hora y fecha. La Presidencia procurará hacerlo, de modo que pueda reunirse un conjunto de preguntas de ese tipo. Si no fuere el caso y la materia amerita una respuesta pronta, orientará al diputado o diputada a solicitar respuesta escrita.

Respuestas orales a preguntas por escrito

Artículo 148. Las respuestas orales ante la Asamblea Nacional se incluirán en el Orden del Día que corresponda, en la secuencia en el que fueron presentadas, salvo que la Presidencia con asesoría de la Comisión de Mesa considere modificarla en razón de la conexidad que pueda existir entre las preguntas que deben responderse en una Sesión. Para conocer las respuestas orales la Asamblea Nacional observará el siguiente procedimiento:

DECISIONES ADOPTADAS POR LA UNIÓN...

1. Abierta la Sesión, la Presidencia otorgará la palabra al diputado o diputada responsable de la formulación, quien leerá la pregunta en los mismos términos en que originalmente fue formulada en el cuestionario enviado.
2. El interrogado se limitará a responder de manera precisa lo que se le haya preguntado.
3. El diputado o diputada que haya formulado la pregunta podrá intervenir a continuación para replicar o repreguntar.
4. La Presidencia distribuirá los tiempos de modo que en ningún caso el intercambio entre diputado y funcionario interrogado pueda exceder los cinco minutos.
5. Terminado el tiempo de una intervención, la Presidencia, inmediatamente, dará la palabra a quien deba intervenir a continuación o solicitará pasar a la pregunta siguiente si hubiese terminado la respuesta, si fuese el caso.
6. El interrogatorio se podrá considerar concluido al agotarse las preguntas del cuestionario y luego de obtenidas las respuestas correspondientes.
7. El interrogado podrá solicitar, motivadamente, en cualquier momento y una sola vez por cada pregunta, que la respuesta sea diferida para la siguiente Sesión.

Las disposiciones anteriores regirán, en lo aplicable, para las respuestas orales ante las comisiones.

Preguntas con respuestas orales no tramitadas a la finalización de un período de sesiones

Artículo 149. Las preguntas que deban ser respondidas oralmente y que no hayan sido tramitadas para el momento de la finalización del período de sesiones, se responderán por escrito, salvo que el diputado o diputada que las haya formulado pida que se respondan oralmente en el siguiente período.

Aprobaciones y autorizaciones

Artículo 150. Cuando la Asamblea Nacional reciba del Ejecutivo Nacional una solicitud de aprobación o autorización según lo establecido en la Constitución, se dará Cuenta de ella en la Plenaria y se la remitirá a la Comisión respectiva para su consideración. Esta, en el lapso máximo establecido por la Presidencia con la asesoría de la Comisión de Mesa, deberá presentar un informe con sus recomendaciones a la Asamblea Nacional. Dicho informe será incluido en la Cuenta, se ordenará su distribución a los diputados y diputadas por los medios automatizados o impresos y se fijará su discusión en fecha no anterior a los dos (2) días hábiles siguientes.

TÍTULO XII – DE LOS GRUPOS Y SECTORES PARLAMENTARIOS

Artículo 151. Para el cabal cumplimiento de sus mandatos y el mejor funcionamiento de la institución legislativa guiada por el valor superior constitucional del pluralismo político, los diputados y diputadas podrán integrarse en grupos parlamentarios sin perder el carácter personal de su voto.

El papel fundamental de estos grupos es el de orientar, unificar y disciplinar los criterios y opiniones de sus integrantes en aras del buen trabajo parlamentario, en virtud de la racionalización y eficiencia en el proceso de toma de decisiones.

Artículo 152. El fundamento principal de los grupos parlamentarios es la común orientación política de los asociados.

Serán constituidos por los diputados y diputadas elegidos en la fórmula de una misma organización con fines políticos o una coalición electoral. También podrán serlo por la manifestación expresa de voluntad de un número no menor de tres diputados o diputadas, expresado en los primeros quince días hábiles de cada período anual de sesiones de la Asamblea Nacional.

Los diputados y diputadas podrán pertenecer sólo a un grupo o sector parlamentario.

Serán reconocidos como tales a partir de haber presentado ante la Secretaría de la Asamblea,

1. Denominación del grupo y fundamento de su agrupación;
2. Lista de integrantes principales y suplentes con manifestación de voluntad suscrita;
3. Indicación del portavoz y quien lo suplirá.

Artículo 153. Los diputados y diputadas individuales o sin filiación, podrán asociarse a los fines de su participación eficaz en el trabajo parlamentario, en un sector parlamentario.

Las condiciones para que un sector parlamentario sea reconocido como tal es que un número no inferior a tres diputados o diputadas presente ante la Secretaría los recaudos indicados para los grupos en el artículo anterior.

Artículo 154. Un grupo parlamentario o sector político se considerará extinguido cuando el número de sus integrantes sea inferior al límite mínimo establecido.

Artículo 155. Las comisiones y subcomisiones y sus directivas, se integrarán de manera que, en lo posible, estén representados en ella los grupos parlamentarios y los sectores políticos presentes en la Asamblea.

El ingreso o la separación de un grupo parlamentario o sector político por parte de un diputado o diputada, debidamente informado a la Secretaría, será válido a los efectos de esta proporcionalidad en el período de sesiones del año siguiente a su notificación, si ésta se hace pasado el lapso previsto en el artículo XX de este Reglamento.

TÍTULO XIII – DEL PROTOCOLO Y EL CEREMONIAL

Estrado Presidencial de la Junta Directiva

Artículo 156. La Presidencia ocupará la curul central, a su derecha y a su izquierda se ubicarán, respectivamente, los titulares de la Primera y Segunda Vicepresidencias.

Recibimiento de Altas Autoridades e Invitados Especiales

Artículo 157. El funcionario parlamentario a cargo del Protocolo y Ceremonial y los Asistentes del Servicio, recibirán a los invitados que asistan a las Ceremonias Oficiales de la Asamblea Nacional. En la Asamblea, el Protocolo hará los arreglos necesarios para la aplicación de las precedencias correspondientes, de acuerdo a los cargos y jerarquías de Altas Autoridades Nacionales, Regionales, Municipales, Eclesiásticas, Militares e Invitados Especiales.

Una vez ubicados los invitados en el recinto de la Cámara, se hará entrega a la Presidencia de la Asamblea Nacional del vocativo respectivo, a fin de darles una salutación a los invitados en nombre del Parlamento nacional, de acuerdo al orden establecido.

Recibimiento del Presidente Electo o Presidenta Electa de la República y Juramento de Ley

Artículo 158. El Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional, tomará el Juramento de Ley en Sesión Solemne al Presidente Electo o Presidenta Electa de la República, de acuerdo al estilo correspondiente a su Alta Investidura. El mandatario saliente, impondrá la Banda Presidencial y cambiará de silla con el entrante, acto seguido, se interpretará el Himno Nacional, concluido lo cual, se procederá del mismo modo con la imposición del Collar de la “Llave del Arca”. La Secretaría de la Asamblea Nacional, dará lectura al Acta respectiva, la cual firmarán, el nuevo titular de la Presidencia de la República y su antecesor saliente en este día, así como los titulares de las Presidencias de la Asamblea Nacional, del Tribunal Supremo de Justicia, del Poder Ciudadano y del Consejo Nacional Electoral.

Visitas de Jefes de Estado o de Gobierno

Artículo 159. Cuando asista un Jefe de Estado o de Gobierno ante la Asamblea Nacional como Orador de Orden, será recibido por la parte Norte del Palacio Federal Legislativo, por el funcionario parlamentario a cargo de Protocolo y Ceremonial y su equivalente en el Despacho del Ejecutivo Nacional a cargo de las Relaciones Exteriores. Le serán rendidos los honores correspondientes a su alta investidura y luego será invitado a pasar al Salón Elíptico, donde esperará a la Comisión de diputados y diputadas que habrá de conducirlo al hemiciclo de la Asamblea Nacional, donde será ubicado a la derecha del Señor Presidente del Cuerpo.

El Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional, pronunciará unas palabras de salutación y cederá la palabra al visitante, quien pronunciará su discurso desde la tribuna de oradores.

Al Concluir, el invitado será despedido con el mismo ceremonial de recibimiento.

TÍTULO XIV – DE LOS ASESORES DE LAS COMISIONES

Contratación

Artículo 160. Existente la disponibilidad presupuestaria, las comisiones permanentes, ordinarias o especiales de la Asamblea Nacional, podrán contratar los servicios de asesores o asesoras en áreas específicas de su competencia o por que le sean de utilidad para la mejor atención de éstas. La asesoría puede ser institucional, cuando la prestan organismos públicos o privados, o personal, cuando la prestan personas naturales con conocimientos y experiencias relevantes.

Artículo 161. La contratación de asesores, sean personales o institucionales, por parte de las comisiones permanentes, ordinarias o especiales se hará mediante el procedimiento siguiente:

1. La comisión respectiva, por órgano de su Presidente, la solicitará a la Presidencia de la Asamblea que la someterá a la Comisión de Mesa.
2. Salvo en los casos de instituciones públicas, la solicitud deberá acompañarse, cuando se trate de una persona natural, de su *curriculum vitae* y cuando se trate de personas jurídicas, las referencias institucionales específicas, así como de una constancia suscrita por la persona o institución postulada, de que conoce y acepta los deberes que le imponen las disposiciones de este Reglamento en sus artículos 161 y 162.

Inhibición

Artículo 162. Los asesores de las comisiones, sean personales o institucionales, que tengan algún tipo de interés, directo o indirecto en los asuntos sometidos a su consideración, deberán indicarlo en forma escrita al Presidente de la comisión, para conocimiento de ésta e inhibirse de actuar en la materia. La comisión está obligada a informarlo a la Comisión de Mesa por órgano del Presidente de la Asamblea Nacional.

Averiguaciones

Artículo 163. Cualquier diputado o diputada que estuviere en conocimiento que un asesor o asesora de una comisión, de otro miembro del Cuerpo o suyo propio, se encuentra realizando gestiones, trámites o diligencias de naturaleza diferente a las que debe en virtud de su contratación, a nombre de personas u órganos de la Asamblea Nacional, está obligado a informarlo inmediatamente a la Presidencia del Cuerpo, la cual abrirá las averiguaciones pertinentes. Igualmente está obligada a hacerlo si la denuncia es formulada por un ciudadano particular.

El asesor o asesora deberá colaborar con la averiguación ordenada.

Asesores Ad honorem

Artículo 164. Las comisiones podrán designar o convenir asesorías permanentes o circunstanciales con carácter *Ad honorem*, con personas naturales o jurídicas, de lo cual informarán previamente a la Presidencia del Cuerpo para conocimiento de la Comisión de Mesa con condiciones similares a las del numeral 2 del artículo 160.

Asesores de los diputados y diputadas

Artículo 165. A la contratación de un asesor por un diputado o diputada, sea o no con cargo al presupuesto de la Asamblea Nacional, o si se trata de un convenio para asesoría *Ad honorem*, aplican las condiciones del numeral 2 del artículo 160.

Identificación de los asesores

Artículo 166. Durante el cumplimiento de su contrato, se expedirá a los asesores la identificación necesaria para ingresar y circular por las instalaciones de la Asamblea Nacional o para acompañar a miembros de la comisión en una actuación específica. No se expedirá a su nombre ningún carnet o credencial ni se les permitirá usar papel con membrete de la Asamblea Nacional.

TÍTULO XV – DE LAS REFORMAS A ESTE REGLAMENTO

Artículo 167. La reforma de este Reglamento podrá ser total o parcial y se hará en dos discusiones, salvo que la Asamblea, al iniciarse su conocimiento, por mayoría de dos terceras partes decida realizarla en una sola discusión. Su iniciativa incumbe a la Presidencia, a la Comisión de Mesa o a los diputados en número no inferior a tres.

Se designará una comisión especial para su estudio, con base en cuya ponencia decidirá la Asamblea.

Luego de su sanción, será publicado en la Gaceta Oficial.

5.2. Anteproyecto de Código de Ética Parlamentaria

ANTEPROYECTO

Código de Ética Parlamentaria

INTRODUCCIÓN

El presente Código de Ética Parlamentaria busca desarrollar y enaltecer los más elementales valores que deben acompañar el ejercicio cabal de la función parlamentaria. Para ello, establece el conjunto de normas y buenas prácticas que deben observar los diputados de la Asamblea Nacional mientras ocupen su cargo, así como el periodo inmediato al cese de sus funciones. La finalidad inherente de este Código, en efecto, será preservar la confianza de los ciudadanos en sus legítimos representantes.

TÍTULO I – PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 1. **Ámbito de aplicación**¹

El presente Código regula el marco normativo aplicable a la responsabilidad ética de los diputados a la Asamblea Nacional, tanto principales como suplentes, desde el momento de su proclamación hasta el cese de sus funciones.

A efectos del presente Código, se considera que un diputado se encuentra en ejercicio de sus funciones, cuando desempeñe cualquiera de sus competencias Constitucionales, durante el periodo de sesiones o de receso parlamentario; dentro o fuera de los espacios de la Asamblea Nacional.

Artículo 2. **Del comportamiento y el desempeño de sus funciones**²

Los diputados de la Asamblea Nacional ejercerán sus funciones con total independencia, responsabilidad, transparencia, integridad, honestidad, dignidad, lealtad institucional, discreción y respeto, en cumplimiento de las normas establecidas en este Código.

El ejercicio de la función parlamentaria tendrá como propósito el resguardo de la libertad e igualdad de todos los venezolanos, así como el deber de lealtad con la forma republicana de gobierno expresada en la Constitución.

Artículo 3. **Del comportamiento una vez culminado su cargo**³

Los diputados que culminen su mandato tendrán la obligación de respetar los principios establecidos en este Código. En especial, deben comportarse con integridad y discreción en cuanto a todos aquellos asuntos que desarrollaron durante el ejercicio de sus funciones que pudieran llegar a suponer ventajas personales indebidas.

Artículo 4. **De la responsabilidad ética**

El ejercicio y salvaguarda de la ética parlamentaria, no podrá ser instrumentalizado con fines personales. Se considerará como falta gravísima el uso político partidista indiscriminado de las normas e instituciones llamadas a preservar la responsabilidad ética parlamentaria.

¹ Este artículo pone en palestra la necesidad de dar la consideración que merece el ejercicio de la función parlamentaria, así como el parlamento como institución. Ambos aspectos van más allá de los espacios físicos que ocupa la Asamblea Nacional y de las sesiones que celebra la misma por lo tanto se acoge una visión amplia de la función parlamentaria.

² El presente artículo busca acuñar axiomas que el Código de Ética Parlamentario de la Comisión Europea y el Código de Ética de Perú poseen. Cada uno de estos principios se han unido y se han planteado para garantizar una correcta conducta de los Diputados venezolanos. Al final la forma que se busca con ellos es plantear un sentido de responsabilidad para con la población a la cual representan.

³ Lo que quiere expresar este artículo es una figura que se encuentra inmersa dentro de los tratados de la Unión Europea que regulan la participación de los miembros de órganos colegiados luego de que los mismos ocupan el cargo.

Artículo 5. Principios generales de interpretación⁴

Las disposiciones del presente Código se aplicarán e interpretarán con base en los siguientes principios:

- a. La transparencia, facilitando en todo momento el libre acceso a la información pública pertinente.
- b. La obligación de rendición de cuentas de todos los diputados acerca del ejercicio de sus funciones parlamentarias.
- c. La proporcionalidad, necesidad e idoneidad de las medidas adoptadas para la protección de la ética parlamentaria.
- d. La discreción y respeto sobre aquellos asuntos que puedan suponer un menoscabo a la imagen y dignidad de la institución y de cualquiera de sus miembros.
- e. La presunción de inocencia y la salvaguarda de las garantías del debido proceso.

TÍTULO II – DE LA ÉTICA PARLAMENTARIA

Capítulo I – El ejercicio ético de la Función Parlamentaria

Artículo 6. De los Deberes éticos de los diputados⁵

Son deberes éticos de los diputados a la Asamblea Nacional:

- a. Respetar y cumplir la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Venezuela, las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico.
- b. Cumplir los principios y deberes contemplados en este Código, tanto dentro como fuera de los espacios de la Asamblea Nacional, para así preservar la institucionalidad y dignidad del Parlamento.
- c. Ejercer sus funciones con dedicación exclusiva, salvo las excepciones contempladas en el artículo 191 de la Constitución.
- d. Realizar sus actuaciones e intervenciones, tanto públicas como privadas, de manera respetuosa, honesta, objetiva y veraz.
- e. Cumplir con los trámites administrativos relacionados con el deber general de transparencia y responsabilidad administrativa, con especial diligencia en aquellos casos referidos al correcto uso, administración y

⁴ El presente artículo es guiado y respaldado por una fuerte corriente legislativa paraguaya y colombiana en la cual se plasman aquellos principios rectores de las normativas de los Códigos de Ética Parlamentario. No se toma en cuenta la corriente argentina, pues la misma en su Ley de la Función Pública no nos habla explícitamente de diputados o Senadores sino de la totalidad de los funcionarios públicos.

⁵ El presente artículo toma en cuenta la regulación contenida en el Código de Ética de la Comisión Europea, en el cual no solo se establecen obligaciones a los efectos de su comportamiento dentro de las sesiones, sino que además se regulan determinadas cuestiones como los conflictos de intereses y la incompatibilidad luego de que se dejen de prestar servicios.

custodia de todos los bienes públicos encomendados, así como la oportuna devolución cuando así le sea requerido.

- f. Tener el mayor respeto y consideración para con los demás diputados, funcionarios, personal contratado y, en general, con todos los ciudadanos con los que interactúe en el ejercicio de sus funciones.
- g. Guardar discreción con aquella información confidencial que se le suministre.
- h. Rendir cuentas a la ciudadanía de las acciones relacionadas con las obligaciones y responsabilidades de los diputados, por medio de un informe de gestión anual.
- i. Cumplir y acatar las sanciones impuestas por la Comisión de Ética Parlamentaria.
- j. Respetar la dignidad de su cargo, así como no actuar ni expresar, a través de cualquier medio, mensajes que afecten negativamente su integridad o la dignidad del Parlamento.
- k. Cumplir cabalmente con el régimen de conflicto de intereses, procurando en todo momento, evitar aquellas situaciones que puedan dar lugar a conflictos de intereses o, en el caso de que se produzcan, notificarlas debidamente de acuerdo a las previsiones del presente Código.
- l. Abstenerse de participar en las deliberaciones y votaciones sobre asuntos en los que tengan un conflicto de intereses, de acuerdo con el artículo 190 de la Constitución.
- m. Renunciar a cualquier tipo de ventaja en provecho propio que pueda suponer ejercer o haber ejercido el cargo de Diputado, siempre y cuando las mismas puedan llegar a comprometer el funcionamiento íntegro de la institución.
- n. Ser responsable de todo documento que firme o selle.
- o. Actuar con transparencia y mostrar la mayor disposición para que todo interesado pueda conocer sus actuaciones como servidor público y apreciar si las mismas fueron apegadas a los principios del presente Código.

Capítulo II – De la transparencia

Artículo 7. De los informes de gestión anual⁶

El diputado en el ejercicio de sus funciones y guiado por el principio de transparencia elaborará anualmente, al finalizar el período legislativo, un informe de Gestión, el cual será de acceso público. Este informe debe contener:

⁶ Cuando aludimos a los informes de gestión anual, nos queremos referir aquellos instrumentos elaborados por los diputados, en los cuales pueda la población tener acceso y así tener conocimiento de las gestiones de su representante. Artículo similar puede verse en el Código de Ética Parlamentaria de Perú.

- a. Aquellas iniciativas legislativas en las cuales es autor, coautor o contribuyó de forma directa o indirecta para su elaboración.
- b. Los procedimientos de control que hubiese promovido.
- c. Registro de asistencias a las sesiones ordinarias del pleno y de la Comisión o Comisiones que sea parte.
- d. El trabajo efectuado en Comisiones, entidades u organismos gubernamentales.
- e. La participación en diversas actividades que con ocasión del ejercicio de sus funciones hayan tenido lugar fuera de los espacios de la Asamblea Nacional.
- f. Declaración jurada de patrimonio, la cual deberá incluir además una lista de membresías o actividades que pudieran suponer conflictos de intereses.
- g. Ratificación o actualización de la declaración de conflicto de intereses en los términos expresados en el presente Código.
- h. El empleo y procedencia de recursos públicos o privados para el ejercicio de sus funciones.
- i. Dar cuenta en el caso de haber sido sometido a un procedimiento de responsabilidad ética parlamentaria de las resultas del mismo y en el caso de haber sido sancionado, expresar las acciones correctivas a ser empleadas a fin de mejorar su desempeño ético parlamentario.
- j. Cualquier otra información que a juicio del diputado, sea relevante a los fines de dar transparencia al ejercicio de sus funciones.

Artículo 8. Publicidad de los informes

Los informes de gestión de los diputados serán de dominio público, salvo aquellas informaciones que, a petición justificada por parte del diputado, sean declaradas de carácter reservado por la Comisión de Ética Parlamentaria. En todo caso, se hará mención motivada de esta circunstancia en dicho informe.

Capítulo III – De los conflictos de intereses

Artículo 9. De la Declaración⁷

Los diputados deberán declarar cualquier interés que pueda crear un conflicto de intereses en el desempeño de sus funciones. Cada diputado deberá elaborar dicha declaración ante la Comisión de Ética Parlamentaria dentro del lapso de sesenta días continuos contados desde la instalación del primer periodo de sesiones de la Asamblea Nacional.

⁷ La *Declaración* es una figura contemplada en el Código de Ética de la Comisión Europea. Se asemeja parte de esto para garantizar que cada miembro de la Asamblea cumpla a cabalidad cada una de sus obligaciones como diputado.

De surgir el conflicto de intereses de manera sobrevenida, el diputado tendrá la obligación de actualizar su declaración de conflictos de intereses dentro del lapso de quince días continuos contados desde el día que tuvo conocimiento de dicha circunstancia. En todo caso, dentro del informe anual de gestión, cada diputado deberá actualizar la declaración de conflicto de intereses.

Este procedimiento se realizará por medio de una comunicación escrita ante la Comisión de Ética Parlamentaria. En el caso de que no esté funcionando dicha Comisión, la comunicación será recibida por la Secretaría de la Asamblea Nacional, la cual tendrá el deber de remitir dicha comunicación a la Comisión de Ética Parlamentaria en el menor plazo posible.

Artículo 10. Del contenido de la Declaración

La Declaración de conflictos de intereses deberá contener:

- a. Relación de propiedades e intereses financieros, incluidos los activos y pasivos, que podrían dar lugar a un conflicto de intereses. Esta obligación aplica a los intereses financieros de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad que potencialmente pudieran dar lugar a un conflicto de intereses.
- b. Breve descripción de las actividades profesionales o de voluntariado, desempeñadas por el diputado durante el último año antes de asumir su cargo.
- c. Pertenencia o cualquier tipo de membresía a asociaciones civiles, partidos políticos, sindicatos, fundaciones, grupos de presión de cualquier índole, organizaciones no gubernamentales u otros organismos, tanto públicos como privados.
- d. Declaración de cualquier donación, regalo u obsequio recibido que vaya más allá de la simple cortesía, así como la procedencia del mismo.

Parágrafo Único. A efectos del presente Código se presume, salvo prueba en contrario, como un regalo que va más allá de la simple cortesía cualquier tipo de obsequio, consideración especial o privilegio de naturaleza material o inmaterial cuya valoración en el mercado supere los 300\$ de los Estados Unidos.

Artículo 11. Auditoría de la declaración

La Comisión de Ética Parlamentaria revisará, con la debida diligencia del caso, la veracidad de lo declarado por los diputados. Para ello dispondrá de un lapso de noventa días continuos contados a partir de la recepción de la declaración.

Se emitirá una señal de conformidad si del examen efectuado por la Comisión de Ética Parlamentaria no se detectan deficiencias. En el caso de que la Comisión detecte discrepancias con el contenido de la declaración, notificará inmediatamente por escrito o por vía electrónica al diputado para que, en el lapso de veinte días continuos contados a partir de su notificación, sub-

sane las deficiencias de su declaración. En caso de incumplimiento, se abrirá de oficio el respectivo procedimiento de responsabilidad ética parlamentaria.

TÍTULO III – DE LAS FALTAS A LA ÉTICA PARLAMENTARIA

Capítulo I - De las faltas

Artículo 12. De las faltas a la ética parlamentaria

Las faltas a la ética parlamentaria se realizan por acción u omisión de los diputados, a título de dolo o culpa, realizadas en el ejercicio de sus funciones parlamentarias al constatarse, más allá de toda duda razonable durante el procedimiento de responsabilidad ética parlamentaria, el incumplimiento de los deberes éticos y en consecuencia, darán lugar a la imposición de las sanciones previstas en este Código, sin detrimento de las responsabilidades civiles, penales o administrativas que puedan llegar a derivarse de dichos actos.

Parágrafo Primero. La conducta es dolosa cuando el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta de ética parlamentaria, su ilicitud y aun así procura su realización.

Parágrafo Segundo. La conducta es culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos considerados como falta de ética parlamentaria, por la infracción al deber de debida diligencia y prudencia.

Capítulo II – De las sanciones

Artículo 13. De los tipos de sanciones

Según la gravedad de la falta, por infracción del presente Código, la Comisión de Ética Parlamentaria valorará las faltas a la ética parlamentaria como leves, graves o gravísimas e impondrá según sea el caso las siguientes sanciones:

- a. Amonestación privada, en los casos de faltas leves.
- b. Amonestación pública ante la plenaria de la Asamblea Nacional, en los casos de faltas leves reiteradas o faltas graves.
- c. Suspensión entre siete a ciento veinte días continuos del ejercicio parlamentario, ante faltas graves reiteradas o falta gravísima.

Parágrafo primero. La suspensión del ejercicio parlamentario supone la separación temporal del ejercicio pleno de sus funciones parlamentarias, sin embargo, esta suspensión no podrá interpretarse en detrimento de las prerrogativas y privilegios que les atribuye la Constitución a los diputados a la Asamblea Nacional.

De declararse la suspensión, el diputado no podrá participar en las sesiones correspondientes de la plenaria o de las comisiones de la Asamblea Nacional durante el periodo en el cual opera la sanción, con lo cual deberá convocarse al respectivo suplente. El incumplimiento de la presente disposición

acarrea una nueva falta gravísima que deberá ser valorada de oficio por la Comisión de Ética Parlamentaria.

Artículo 14. De los criterios para determinar la sanción.

Son criterios para la adecuada determinación de la sanción los siguientes:

- a. El grado de culpabilidad.
- b. La jerarquía derivada de la gestión encomendada o que deba llevar a cabo el diputado.
- c. La trascendencia institucional y social de la falta.
- d. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta. Estas se apreciarán teniendo en cuenta el grado de participación en la comisión de la falta, si la realizó en estado de inconsciencia, si fue originada en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
- e. Los motivos y fines determinantes del comportamiento sancionable.
- f. Cuando la falta se realice con el concurso de otras personas, sean particulares o servidores públicos.
- g. La reparación de los daños o perjuicios causados, si la hubo.
- h. La reincidencia.

Parágrafo Primero. La Comisión de Ética Parlamentaria aplicará una valoración proporcional y uniforme de las sanciones, motivando en cada caso concreto, los elementos que justifican la imposición de una determinada sanción.

TÍTULO IV – DE LA COMISIÓN DE ÉTICA PARLAMENTARIA

Capítulo I – De los lineamientos generales

Artículo 15. Creación de la Comisión de Ética Parlamentaria

Se crea la Comisión de Ética Parlamentaria de la Asamblea Nacional, la cual tendrá como finalidad, promover el comportamiento ético de todos los diputados a la Asamblea Nacional, así como sustanciar y decidir, bajo los principios y parámetros establecidos en el presente Código, los procedimientos de responsabilidad ética parlamentaria.

Parágrafo Único. Las decisiones de la Comisión de Ética Parlamentaria serán de carácter vinculante y definitivo.

Artículo 16. De la composición y forma de elección de sus miembros

La Comisión Parlamentaria de Ética Parlamentaria está integrada por cinco miembros principales con dos suplentes cada uno, respetándose los criterios de pluralidad y proporcionalidad de los grupos parlamentarios. El Presidente de la Asamblea Nacional, en un lapso no mayor de 20 días continuos, contados a partir de la instalación de la Asamblea Nacional, propondrá al Pleno la lista de candidatos, la cual será aprobada por mayoría absoluta de

los diputados. En caso de ser rechazada el Presidente de la Asamblea Nacional consultará con la Comisión de Mesa y propondrá una nueva lista de candidatos para su aprobación por parte de la plenaria.

La duración de los miembros de la Comisión de Ética Parlamentaria será de un año. Los miembros de la Comisión pueden ser reelectos para el cargo de miembros principales, hasta en tres ocasiones dentro un mismo período constitucional de la Asamblea Nacional.

Parágrafo Primero. Podrán ser postulados por el Presidente de la Asamblea Nacional, al cargo de miembros de la Comisión de Ética Parlamentaria, diputados en activo o aquellos que hubieran desempeñado dicho cargo en otro período legislativo, en todo caso deberán demostrar una honorabilidad notoria en todas sus actuaciones.

Parágrafo Segundo. En ningún caso la mayoría de los miembros titulares de la Comisión de Ética Parlamentaria podrían pertenecer a una misma fracción parlamentaria.

Artículo 17. De las competencias

Le corresponderá a la Comisión de Ética Parlamentaria las siguientes competencias:

- a. Promover y velar por el desempeño ético y transparente de las funciones parlamentarias.
- b. Realizar las auditorías correspondientes a las declaraciones de conflicto de intereses y sus respectivas actualizaciones elaboradas por los diputados.
- c. Conocer y decidir de los procedimientos de responsabilidad ética parlamentaria que se inicien por medio de denuncia de parte interesada en los términos desarrollados en el presente Código.
- d. Conocer y decidir de oficio los procedimientos de responsabilidad ética parlamentaria, producto de los resultados de la auditoría de las declaraciones de conflictos de intereses en los términos establecidos en el artículo 11 del presente Código; o cuando se verifique el incumplimiento por parte de un diputado de una sanción previamente establecida por la Comisión de Ética Parlamentaria.
- e. Dar opiniones consultivas solicitadas por algún diputado al respecto de la interpretación del presente Código.
- f. Dictar su reglamento interno y nombrar a su Presidente y Vicepresidente.
- g. Decidir la recusación de alguno de sus miembros.
- h. Realizar el sorteo de diputados *ad hoc* cuando el número de inhibiciones o recusaciones afecte el *quórum* de la Comisión para conocer un determinado caso.

- i. Llevar seguimiento a los casos planteados así como rendir un informe anual sobre su gestión.

Artículo 18. De los participantes

Serán participantes en los procedimientos de ética parlamentaria el diputado investigado y el denunciante. Cada uno de ellos podrá solicitar, aportar y controvertir pruebas e intervenir en la práctica de las mismas, así como recusar a alguno de los miembros de la Comisión de Ética Parlamentaria por las causales señaladas en este Código.

Artículo 19. De la creación de servicios de información al público

En procura de la transparencia y rendición de cuentas de los diputados frente a los ciudadanos, la Comisión de Ética Parlamentaria mantendrá canales de participación ciudadana a través de los cuales los ciudadanos puedan dirigir sus peticiones y opiniones.

Capítulo II – Inhibición y recusación de los miembros de la Comisión de Ética Parlamentaria

Artículo 20. De las Inhibiciones y Recusaciones

El diputado miembro de la Comisión de Ética podrá inhibirse de conocer un caso que conozca la Comisión cuando advierta la existencia de alguna de las causales de inhibición; para ello, deberá declararse por escrito como impedido expresando los hechos y pruebas en que se fundamenta. Si el impedimento es aceptado por la Comisión, se ordenará su separación de funciones por el tiempo de duración del caso quedando convocado su respectivo suplente. De ser negado, continuará conociendo del caso.

Si el diputado investigado considera que uno de los miembros de la Comisión está incurso en alguna causal de recusación, podrá recusarlo mediante escrito debidamente motivado dirigido a la Comisión, en un lapso no mayor a cinco días hábiles contados a partir del momento en que fue notificado. Si la Comisión acepta la recusación, se surtirá el trámite indicado en el inciso anterior. Si la Comisión niega la recusación, el diputado miembro de la Comisión seguirá conociendo el caso.

Artículo 21. Causales de Inhibición y Recusación

Son causales de inhibición y recusación las siguientes:

- a. Que el diputado tenga algún tipo interés en el trámite que esta Comisión está conociendo, porque le afecte de alguna manera en forma directa, a su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o a sus socios de hecho o de derecho.
- b. Existir relación íntima tanto de amistad como de enemistad manifiesta, con el diputado Investigado sobre el que se ejerce el procedimiento de responsabilidad ética parlamentaria.
- c. Existir una denuncia o formulación de queja en otra instancia.

Párrafo Primero. Una vez recibida la solicitud de inhibición o recusación, será decidida en un lapso de cinco días hábiles por una comisión *ad hoc* constituida a tal efecto con los miembros titulares y suplentes necesarios, siempre respetando el número de cinco miembros.

En el caso de que un número elevado de inhibiciones o recusaciones afecten el quórum requerido para el normal funcionamiento de la Comisión, se realizará un sorteo entre todos los diputados a fin de proveer los miembros necesarios con el único fin de resolver la incidencia planteada.

Párrafo Segundo. La simple militancia en un partido o la participación en una fracción parlamentaria de un miembro de la Comisión de Ética Parlamentaria, no se considerará como causal de inhibición o recusación. Se requiere en este sentido demostrar una vinculación personal y directa entre el miembro de la Comisión y el diputado investigado que ponga en duda la imparcialidad de sus valoraciones.

TÍTULO V – DE LAS NORMAS EN EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD ÉTICA PARLAMENTARIA

Capítulo I – De la legitimidad de los participantes

Artículo 22. De la Legitimación

Cualquier persona natural o jurídica, podrá interponer ante la Comisión de Ética Parlamentaria la correspondiente denuncia de responsabilidad ética parlamentaria, por la violación de las disposiciones presentes en este Código. Para dicha interposición no se requerirá la presencia de un abogado.

Los miembros titulares de la Comisión de Ética Parlamentaria deberán separarse temporalmente del cargo mientras dure el procedimiento, en el caso de que la denuncia sea planteada en contra suya o en el caso de interponer personalmente una denuncia de responsabilidad ética parlamentaria en contra de otro diputado.

Artículo 23. De la responsabilidad del denunciante

El denunciante es responsable por la veracidad de las afirmaciones que sostienen su denuncia. En el caso de que la denuncia sea promovida por un diputado y la misma sea declarada por la Comisión como manifiestamente infundada, el denunciante deberá manifestar disculpas públicas ante la plenaria de la Asamblea Nacional, sin perjuicio de las responsabilidades éticas en las que haya incurrido.

Capítulo II – De las formas del Procedimiento de Responsabilidad Ética Parlamentaria

Artículo 24. De la Denuncia

La denuncia será redactada por escrito y enviada a la Comisión de Ética Parlamentaria de la Asamblea Nacional. Dicha denuncia deberá contener:

- a. La indicación del nombre y apellido del denunciante(s) y del denunciado(s).

- b. El carácter con el que actúa el denunciante.
- c. El domicilio del denunciante y una cuenta de correo email personal.
- d. Una explicación clara, concreta y cronológica de los hechos del caso.
- e. La presentación de los documentos y material probatorio que sustenten las afirmaciones realizadas.
- f. La firma del denunciante o apoderado si la hubiere.

Artículo 25. De la admisión de la denuncia

La Comisión de Ética Parlamentaria dispondrá de un lapso de cinco días hábiles para pronunciarse acerca de la admisión de la denuncia. No será admisible la denuncia que no cumpla con los requisitos formales exigidos en el artículo 24 del presente Código.

Igualmente no se admitirá la denuncia cuando, a juicio de todos los miembros principales de la Comisión, se considere que la misma sea manifiestamente infundada.

Parágrafo Único. Si vencido el lapso, la Comisión de Ética Parlamentaria no se ha pronunciado, se considerará admitida a trámite la denuncia.

Artículo 26. Notificación de la denuncia

Al día hábil siguiente que sea admitida la denuncia de responsabilidad ética parlamentaria, la Comisión notificará por escrito o por vía electrónica al diputado o diputados involucrados en el procedimiento, los cuales dispondrán de un lapso de 10 días hábiles para remitir a la Comisión su correspondiente escrito de descargos.

Artículo 27. Sustanciación del procedimiento

La Comisión de Ética Parlamentaria dispondrá de un lapso de sesenta días continuos, no prorrogables, para emitir su veredicto, contados a partir de la fecha de vencimiento del lapso de 10 días hábiles al que hace referencia el artículo anterior.

A fin de lograr una mejor apreciación de los hechos, la Comisión de Ética Parlamentaria podrá celebrar audiencias públicas con los interesados, conforme al régimen de comparecencias del Reglamento Interior y de Debates, y demás leyes aplicables a la materia.

Parágrafo Único. La falta de pronunciamiento por parte de la Comisión en el plazo antes mencionado, acarreará que de pleno derecho se archiven todas las actuaciones.

Artículo 28. El cese automático del cargo

Cuando la Comisión de Ética Parlamentaria no se pronuncie en el plazo establecido en el artículo anterior, se generará automáticamente el cese en sus funciones de los diputados miembros de la misma, procediendo a la designación de una nueva Comisión, sin menoscabo de la responsabilidad ética a la que hubiera lugar.

Artículo 29. Desistimiento de la denuncia

El denunciante podrá desistir de su denuncia ante la Comisión de Ética Parlamentaria en cualquier etapa del procedimiento. Sin embargo, atendiendo a la gravedad del caso, la Comisión de Ética Parlamentaria podrá continuar con el procedimiento respectivo.

Artículo 30. De la independencia del procedimiento

El procedimiento de responsabilidad ética parlamentaria será totalmente independiente de los procesos de responsabilidad penal, civil o administrativa que se inicien en los tribunales u órganos competentes.

Artículo 31. Disposiciones supletorias

Se aplicarán de manera supletoria al procedimiento de responsabilidad ética parlamentaria, aquellas disposiciones del Código de Procedimiento Civil que sirvan para la correcta y efectiva aplicación del mismo.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 32. De la entrada en vigencia

El presente Código de Ética Parlamentaria entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en Gaceta Oficial.

5.3. Manual de Procedimiento Legislativo

MANUAL DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO A NIVEL NACIONAL

Sin lugar a dudas, el Poder Legislativo con mayor relevancia es nuestro país es la Asamblea Nacional debido no solo a la trascendencia territorial de sus actuaciones, sino por las atribuciones y competencias que la Constitución de la República le confiere.

En este sentido, mucho se ha escrito sobre el rol del parlamento y su importancia en una sociedad democrática, calificándose en ocasiones como *“un espacio compartido entre los Representantes y el Pueblo”* que tiende a la participación ciudadana, más allá de la mera representación de intereses por parte de terceros⁸, cuya función primordial es legislar, fiscalizar y controlar con base en *“reglas básicas de convivencia y tolerancia política”* a fin de evitar crisis de gobernabilidad⁹.

Nótese, al respecto, que esa *participación* no sustituirá a la *representación* pues, como afirman en el foro, *“la palabra ‘parlamento’ designa aquella asamblea de mandatarios que actualiza a través de determinados mecanismos de representación la presencia de la sociedad en el sistema de go-*

⁸ José Gregorio Delgado Herrera, “El Parlamento: un espacio compartido entre los representantes y el pueblo”, *Tendencias actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, t. I, UCAB, Caracas, 2007, pp. 541-551.

⁹ Francisco José Eguiguren Praeli, “El rol del Parlamento en el Estado social y democrático de Derecho”, *Tendencias actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, t. I, UCAB, Caracas, 2007, pp. 553-561.

bierno”, por lo que “no cabe duda de que la sola existencia de un Parlamento (...) evidencia un sistema de representación dentro de la democracia venezolana que si bien constitucionalmente ahora está acompañado por mecanismos de participación (...) o fórmulas de democracia directa (...), no puede considerarse eliminado ni soslayado en nuestro Estado Democrático”¹⁰.

Por ende, serán los diputados de la Asamblea Nacional los llamados a ejercer la función representativa, legislativa, política, contralora, administrativa y jurisdiccional que la Constitución de la República concede a este cuerpo, jugando la participación ciudadana un rol secundario o de soporte.

No es esta la ocasión para ahondar en cada una de estas funciones¹¹ y sus expresiones puntuales en el texto de la Constitución de la República. Especialmente el artículo 187 que enlista veintitrés atribuciones agregando, como número veinticuatro, “[t]odas las demás que le señalen esta Constitución y las leyes”.

Sin embargo, sí destacaremos cinco de ellas: **(a)** legislar en las materias de la competencia nacional¹² y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional; **(b)** ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional; **(c)** discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público, así como autorizar los créditos adicionales al presupuesto; **(d)** aprobar por ley los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional; y **(e)** dictar su reglamento.

El ejercicio de cada una de estas competencias se realiza a través de los procedimientos previstos de forma general en la Carta Magna y en particular el Reglamento Interior y Debate de la Asamblea Nacional, según se precisa a continuación.

A. Leyes

La ley es el “acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador” (artículo 202 de la Constitución de la República) que, según dicho

¹⁰ Andrés Eloy Brito y José Vicente Haro García, “Reflexiones sobre el parlamento y el régimen parlamentario en Venezuela (a propósito del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional)”, *Revista de Derecho Constitucional*, N° 2, Editorial Sherwood, Caracas, 2000, pp. 273-274.

¹¹ Al respecto, remitimos a la lectura de Carlos García Soto, *La Asamblea Nacional: lugar en el sistema constitucional y funciones*, Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Monteávila e Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro, Caracas, 2016.

¹² Estas materias, consideradas como parte de la reserva legal, se encuentran en el numeral 32 del artículo 156 que prevé: “[l]a legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional”.

texto, podrá recibir la denominación de **(a)** código, si reúne sistemáticamente las normas relativas a una materia determinada¹³; **(b)** ley orgánica, si así la denomina la Constitución de la República o si se dicta para organizar al Poder Público, desarrollar los derechos constitucionales o como marco normativo a otras leyes¹⁴; **(c)** ley de base, si regula competencias concurrentes entre las diferentes entidades político-territoriales¹⁵; **(d)** ley habilitante, si establece directrices, propósitos y el marco de las materias que se delegan al Presidente de la República para que este dicte decretos con rango, valor y fuerza de ley¹⁶; **(d)** ley del régimen presupuestario nacional¹⁷, **(e)** ley que aprueba tratados o convenios internacionales, según sea el caso¹⁸; y **(f)** ley

¹³ Téngase como ejemplos el Código Civil, el Código Procesal Civil y el Código Penal.

¹⁴ A modo de ejemplo, entre las primeras se halla la ley orgánica de fronteras, la ley orgánica de la Fuerza Armada Nacional y la ley orgánica de la Procuraduría General de la República; entre las segundas la ley orgánica del Banco Central de Venezuela; y entre las terceras la ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes y la ley orgánica de recreación. El contenido de estas leyes –en la mayoría de los casos, dictadas como decretos con rango, valor y fuerza de ley– puede consultarse en las gacetas oficiales N° 6.210 Extraordinario del 30-12-2015, N° 6.156 del 19-11-2014, N° 6.210 Extraordinario del 30-12-2015 reimpressa en N° 6.220 del 15-03-2016, N° 6.211 Extraordinario del 30-12-2015, N° 6.185 Extraordinario del 08-06-2015 y N° 6.207 Extraordinario del 28-12-2015, respectivamente.

¹⁵ Aunque a la fecha de redacción de estas líneas no se ha dictado ninguna ley de esta tipología, siendo lo más cercano la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público publicada en Gaceta Oficial N° 39.140 del 17-03-2009, se recomienda la lectura de Luis Alfonso Herrera Orellana, "Autonomía y competencias concurrentes en la federación descentralizada venezolana (con especial referencia a las leyes de base y a las leyes de desarrollo", *Revista de Derecho*, N° 18, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005, pp. 21-68.

¹⁶ Nótese que estas leyes han sido empleadas con suma frecuencia en Venezuela desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, alertándose en el foro que cuatro de cada diez leyes son dictadas por Ejecutivo Nacional. Véase al respecto Tomás Arias Castillo, "Las cuatro delegaciones legislativas hechas al Presidente de la República", *Revista de Derecho Público*, N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 394-399 y Antonio Silva Aranguren y Gabriel Sira Santana, "Decretos-Leyes dictados por el Presidente de la República, con base en Ley Habilitante, en el año 2015", *Revista de Derecho Público*, N° 143-144, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 191-204.

¹⁷ Sobre estas leyes téngase presentes los artículos 311 a 315 de la Constitución de la República según los cuales "[e]l Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional para su sanción legal un marco plurianual para la formulación presupuestaria que establezca los límites máximos de gasto y endeudamiento que hayan de contemplarse en los presupuestos nacionales" y "[n]o se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la ley de presupuesto".

¹⁸ Recuérdese que según el artículo 154 de la Constitución de la República, "[l]os tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional". Al respecto, basta consultar la Gaceta Oficial para constatar que durante el período 2000-2017 la Asamblea Nacional aprobó 594 leyes de este tipo –lo que equivale a una media de tres leyes por mes– fomentando principalmente relaciones internacionales con Belarus, Bolivia, China, Cuba, Libia, Irán, Palestina, Rusia, Siria y territorios con escaso –por no decir nulo– reconocimiento internacional como sería el caso de Osetia del Sur (reconocido como Estado únicamente por Rusia, Venezuela y Nicaragua) y Abjasia (los países anteriores más Nauru).

ordinaria, que sería toda aquella que no se compagine con alguno de los criterios anteriores¹⁹.

En este sentido, si bien según sea la ley a la que nos refiramos su proceso de formación gozará de ciertas peculiaridades, la Constitución de la República prevé caracteres que les resultan comunes y deben cumplirse pues, en caso contrario, dichas normas estarán viciadas y corresponderá a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarar su nulidad en atención a lo previsto en el numeral 1 del artículo 336 de la Constitución de la República.

Estos caracteres son los siguientes:

a. La iniciativa legislativa corresponde al Poder Ejecutivo Nacional, la Comisión Delegada y las Comisiones Permanentes de la Asamblea Nacional²⁰, tres o más diputados, el Tribunal Supremo de Justicia si son leyes sobre organización o procedimientos judiciales, el Poder Ciudadano si son leyes sobre los órganos que lo integran²¹, el Poder Electoral si son leyes sobre a la materia electoral, los consejos legislativos estatales si son leyes sobre los estados, y el 0,1 % de los electores inscritos en el registro electoral permanente (artículo 204).

Sobre estas iniciativas, y a pesar de lo dicho por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia recientemente atendiendo a criterios netamente políticos²², es importante señalar que ellas no tienen naturaleza exclusiva y excluyente, por lo que sería errado sostener que las ramas del Poder Público mencionadas (Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral) son las únicas que pueden elaborar proyectos normativos que versen sobre el ejercicio de sus competencias.

b. En todo caso, una vez existe un proyecto, la Constitución de la República solo precisa cuándo debe ocurrir su discusión si este es presentado por los ciudadanos (0,1 % de los electores inscritos en el registro electoral permanente), al indicar que *"iniciará a más tardar en el período de sesiones ordinarias siguiente al que se haya presentado. Si el debate no se inicia dentro de dicho lapso, el proyecto se someterá a referendo aprobatorio de conformidad con la ley"* (artículo 205).

¹⁹ Sobre las leyes en general véase José Peña Solís, *Los tipos normativos en la Constitución de 1999 (tesis sobre los principales problemas interpretativos que origina su regulación)*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005.

²⁰ Como se recordará, la Comisión Delegada ejerce sus funciones durante el receso de la Asamblea Nacional (16 de agosto al 14 de septiembre y 16 de diciembre al 4 de enero), mientras que las comisiones permanentes son aquellas nombradas por las dos terceras partes de la Asamblea para atender sectores de la actividad nacional.

²¹ De acuerdo con el artículo 273 de la Constitución de la República, los órganos del Poder Ciudadano son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República.

²² Véase el fallo N° 341 del 05-05-2016 (caso: Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/187589-341-5516-2016-16-0396.HTML> y los comentarios del foro al respecto en Allan Brewer-Carías, "El desconocimiento judicial del poder de la Asamblea Nacional para legislar", *Revista de Derecho Público*, N° 145-146, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pp. 377-427.

c. Siguiendo con la regulación constitucional, esta indica que todo proyecto de ley requerirá dos discusiones –que ocurrirán en días diferentes– para convertirse en ley (artículo 207).

En la primera discusión se conocerá de la exposición de motivos; evaluarán sus objetivos, alcance y viabilidad; y se discutirá el articulado a fin de determinar su pertinencia. Si el proyecto se aprueba, se remitirá a la comisión directamente relacionada con la materia objeto de la ley –o la comisión mixta que se cree a tal efecto, si el proyecto está vinculado con más de una comisión– a fin de que realice el estudio pormenorizado de la propuesta y presente al pleno el informe respectivo en un plazo inferior a los treinta días (artículo 208).

La segunda discusión, por su parte, tendrá lugar una vez recibido ese informe y en ella se conocerá de la ley artículo por artículo pudiendo aprobarse el texto sin modificaciones –en cuyo caso se procederá a su sanción– o con estas, debiendo entonces devolverse el proyecto a la comisión que elaboró el informe para que proceda a su inclusión en un plazo inferior a los quince días, a fin de su posterior discusión y aprobación por la plenaria (artículo 209).

Tanto la primera como la segunda discusión podrán extenderse a más de una sesión e, inclusive, podrán dar pie a sesiones extraordinarias (artículo 210).

d. Es importante destacar que, en paralelo a estas discusiones, la Constitución de la República señala que la Asamblea debe consultar con el resto del Poder Público y los ciudadanos sobre los proyectos que conoce a fin de oír su opinión.

En tal sentido, cada una de las ramas del Poder Público Nacional –en adición a los estados mediante sus consejos legislativos y la sociedad organizada a través de sus representantes– tendrá derecho de palabra en estas discusiones (artículo 211), agregándose el deber de la Asamblea Nacional de consultar a los estados –por medio de sus consejos legislativos– cuando legisle en materias referidas a estos últimos (artículo 206).

También en cuanto a la participación ciudadana como medio de democracia directa interesa destacar que la Asamblea Nacional podrá someter a referendo los proyectos de ley que discuta si así lo deciden sus dos terceras partes. En este caso, si el referendo concluye en un sí aprobatorio, y siempre que haya concurrido el 25 % de los electores inscritos en el registro civil y electoral, el proyecto correspondiente será sancionado como ley (artículo 73).

e. La ley sancionada se extenderá por duplicado que firmará la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, remitiendo uno de los ejemplares al Presidente de la República para su promulgación (artículo 213).

f. Recibida la ley, el Presidente de la República contará con diez días para promulgarla, solicitar a la Asamblea Nacional –previa exposición razonada y con acuerdo del Consejo de Ministros– que modifique alguna disposi-

ción o levante la sanción de la ley, o solicitar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronuncie sobre su conformidad a Derecho.

En el primer supuesto, la ley se entenderá por promulgada una vez sea publicada en la Gaceta de la República con el correspondiente “cúmplase” (artículo 215). Este momento también marcará la entrada en vigencia de la ley, salvo que ella cuente con una *vacatio legis*.

En el segundo supuesto, la Asamblea decidirá por mayoría absoluta de los diputados presentes sobre los planteamientos del Presidente de la República y remitirá nuevamente la ley para su promulgación (artículo 214).

Finalmente, en el tercer supuesto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decidirá en los quince días desde el recibo de la ley sancionada y, de negar la inconstitucionalidad (o no pronunciarse), el Presidente de la República estará obligado a su promulgación dentro de los cinco días siguientes (artículo 214).

En todo caso, el Presidente y Vicepresidentes de la Asamblea Nacional quedarán facultados para promulgar la ley sancionada ante la omisión del Presidente de la República (artículo 216).

Este, como dijimos, sería el procedimiento común para la formación de leyes en Venezuela.

No obstante, la Constitución de la República agrega las siguientes cuestiones a considerar según la ley que se esté gestionando:

a. En caso de tratarse de una ley orgánica que la Constitución de la República no califique como tal, la aprobación del proyecto –o la modificación de la ley preexistente– requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los presentes antes de iniciar su discusión (artículo 202).

Asimismo, estas leyes habrán de remitirse a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que se pronunciará sobre este carácter en los diez días siguientes (artículo 202).

b. En caso de tratarse de una ley habilitante, ella deberá ser sancionada con el voto favorable de las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional (artículo 202).

c. En caso de tratarse de una ley aprobatoria de un acuerdo o tratado internacional, la promulgación de la ley no ocurrirá según hemos reseñado en páginas anteriores, pues ella “*quedará a la discreción del Ejecutivo Nacional, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República*” (artículo 217).

De igual modo, la Asamblea está facultada para decidir por sus dos terceras partes que el acuerdo o tratado internacional cuya ley aprobatoria se solicita pudiese “*comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales*” y, por ende, este podría someterse a refrendo aprobatorio (artículo 73).

No obstante lo anterior nótese que la ley que aprueba estos tratados, una vez sancionada y promulgada, no podrá ser sometida a referendo abrogatorio (artículo 74).

d. Por último, en caso de tratarse de una ley de presupuesto o de crédito público (al igual que las leyes sobre impuestos, amnistías o derechos humanos), esta tampoco podrá ser sometida a referendo abrogatorio (artículo 74).

Asimismo interesa destacar que la iniciativa de la ley de presupuesto nacional compete al Ejecutivo Nacional, que presentará a la Asamblea un marco plurianual para la formulación presupuestaria, la ley especial de endeudamiento y el presupuesto anual, correspondiendo a esta última su sanción legal con inclusión de las características del marco, los requisitos para su modificación y los términos de su cumplimiento (artículo 311).

No obstante, si el Ejecutivo no presenta el proyecto o este no es aprobado, se reconducirá el presupuesto del año anterior (artículo 313), aun cuando con base en argumentos que escapan lo jurídico la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha avalado que el Ejecutivo Nacional dicte estas leyes por su propia cuenta, previa aprobación del Poder Judicial²³.

Ahora bien, estos procedimientos no se agotan en lo que prevé el Constituyente ya que deben ser complementados con lo establecido en el Reglamento Interior y Debates de la Asamblea Nacional, del que hemos de tomar en cuenta las siguientes disposiciones:

Iniciativa de leyes

De acuerdo en el artículo 204 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la iniciativa de las leyes corresponde a:

1. Al Poder Ejecutivo Nacional.
2. A la Comisión Delegada y a las Comisiones Permanentes.
3. A los y las integrantes de la Asamblea Nacional, en número no menor de tres.
4. Al Tribunal Supremo de Justicia, cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales.
5. Al Poder Ciudadano, cuando se trate de leyes relativas a los órganos que lo integran.
6. Al Poder Electoral, cuando se trate de leyes relativas a la materia electoral.

²³ Véase, entre otros, los fallos N° 808 del 02-09-2016, N° 814 del 11-10-2016 y N° 1190 del 15-12-2016 (caso: Nicolás Maduro Moros), disponibles en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/190395-808-2916-2016-16-0831.HTML> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/190792-814-111016-2016-2016-897.HTML> y <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194201-1190-151216-2016-16-0897.HTML>, respectivamente.

7. A los electores y electoras en un número no menor del cero coma uno por ciento de los inscritos e inscritas en el registro electoral permanente.
8. Al Consejo Legislativo estatal, cuando se trate de leyes relativas a los Estados.

Requisitos para la presentación y discusión de proyectos de ley

De acuerdo con el artículo 103, del Reglamento de Interior y de debates de la AN, todo proyecto de ley debe ser presentado ante la Secretaría y estará acompañado de una exposición de motivos que contendrá, al menos:

1. La identificación de quienes lo propongan.
2. Los objetivos que se espera alcanzar.
3. El impacto e incidencia presupuestaria y económica, o en todo caso, el informe de la Dirección de Asesoría Económica y Financiera de la Asamblea Nacional.

En caso que un proyecto no cumpla con los requisitos señalados, de acuerdo al criterio de la Junta Directiva, se devolverá a quien o quienes lo hubieran presentado a los efectos de su revisión, suspendiéndose mientras tanto el procedimiento correspondiente.

El proyecto que cumpla con los requisitos señalados se le dará Cuenta para ser incorporado al sistema automatizado.

En cada Sesión se dará Cuenta a la plenaria de los proyectos de ley recibidos por Secretaría. Para ser sometido a discusión, todo proyecto debe estar acompañado de la exposición de motivos y ser puesto a disposición de los diputados o diputadas por parte de la Secretaría.

De acuerdo con el artículo 207 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para convertirse en ley todo proyecto *recibirá dos discusiones, en días diferentes*, siguiendo las reglas establecidas en esta Constitución y en los reglamentos respectivos. Aprobado el proyecto, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional declarará sancionada la ley.

Primera discusión

Artículo 208 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En la primera discusión se considerará la exposición de motivos y se evaluarán sus objetivos, alcance y viabilidad, a fin de determinar la pertinencia de la ley, y se discutirá el articulado. Aprobado en primera discusión el proyecto será remitido a la comisión directamente relacionada con la materia objeto de la ley. En caso de que el proyecto de ley esté relacionado con varias comisiones permanentes, se designará una comisión mixta para realizar el estudio y presentar el informe.

Las comisiones que estudien proyectos de ley presentarán el informe correspondiente en un plazo no mayor de treinta días consecutivos.

Artículo 104 del Reglamento de Interior y de Debates de la AN: La Junta Directiva fijará la primera discusión de todo proyecto dentro de los diez días hábiles siguientes, luego de transcurridos los cinco días consecutivos de su incorporación al sistema automatizado por Secretaría, salvo que por razones de agenda extienda el plazo establecido, o por urgencia la Asamblea Nacional decida un plazo menor, pudiendo incluso incorporar la discusión en la misma Sesión.

Estudio de Proyecto de Ley por parte de la Comisión (art. 105 del Reglamento de Interior y de debates de la AN)

La Presidencia de la Comisión que tenga a su cargo el estudio del proyecto de ley lo remitirá a quienes integren la misma con el material de apoyo existente, y designará, oída la Comisión, al ponente o una Subcomisión que tendrá a su cargo la presentación del proyecto de informe respectivo, para la segunda discusión. En el proyecto de informe se expondrá la conveniencia de diferir, rechazar o de proponer las modificaciones, adiciones o supresiones que considere. También se pronunciará en relación con las proposiciones hechas en la primera discusión del proyecto. Las comisiones mixtas realizarán el estudio y presentarán informe de los proyectos de ley, en las mismas condiciones de las comisiones permanentes. En el cumplimiento de su misión, el ponente o la Subcomisión contarán con la asesoría, asistencia técnica y logística, propias de la Comisión respectiva, y de los servicios de apoyo de la Asamblea Nacional, según se establece en este Reglamento.

El proyecto de informe se imprimirá y distribuirá entre quienes integren la Comisión. La discusión se realizará artículo por artículo.

Las comisiones que estudien proyectos de ley presentarán los informes correspondientes a consideración de la Asamblea Nacional en un plazo no mayor de treinta días consecutivos, contados desde la fecha de su recepción, a menos que por razones de urgencia la Asamblea Nacional decida un lapso menor, o que por necesidad de extender la consulta pública se requiera un plazo mayor.

Segunda discusión

Artículo 209 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Recibido el informe de la comisión correspondiente, se dará inicio a la segunda discusión del proyecto de ley, la cual se realizará artículo por artículo. Si se aprobare sin modificaciones, quedará sancionada la ley. En caso contrario, si sufre modificaciones, se devolverá a la Comisión respectiva para que ésta las incluya en un plazo no mayor de quince días continuos; leída la nueva versión del proyecto de ley en la plenaria de la Asamblea Nacional, ésta decidirá por mayoría de votos lo que fuere procedente respecto a los artículos en que hubiere discrepancia y de los que tuvieren conexión con éstos. Resuelta la discrepancia, la Presidencia declarará sancionada la ley.

Artículo 106 del Reglamento de Interior de y Debates de la AN: Una vez recibido el informe de la Comisión correspondiente, la Junta Directiva acordará se le dé Cuenta, ordenará su incorporación en el sistema automatizado

y fijará, dentro de los diez días hábiles siguientes, la segunda discusión del proyecto, salvo que por razones de agenda la Presidencia acuerde un lapso mayor o por razones de urgencia, la Asamblea Nacional decida un lapso menor, pudiendo incorporarse en la agenda el mismo día.

La segunda discusión del proyecto de ley se realizará artículo por artículo y versará sobre el informe que presente la Comisión respectiva. El informe contendrá tantos puntos como artículos tenga el proyecto de ley, también se considerarán el título de la ley, los epígrafes de las distintas partes en las cuales esté sistematizado el proyecto y la propia ordenación sistemática, en relación a éstas últimas consideraciones que contendrá el informe, se someterán a votación sin debate, pudiendo intervenir un diputado o diputada para objetarla o hacerle modificaciones y uno de los presentantes del proyecto para defenderla o acoger la propuesta, por tres minutos cada uno. Abierto el debate sobre algún artículo, cualquier diputado o diputada podrá intervenir en su discusión, de conformidad con las reglas establecida.

Rechazo de proyectos de leyes (art. 108 del Reglamento de Interior y de Debates de la AN)

La Asamblea Nacional podrá rechazar un proyecto de ley en cualquiera de sus discusiones conforme a lo previsto en este Reglamento. El proyecto de ley, artículo o parte de éste que haya sido rechazado, no podrá ser considerado en las sesiones ordinarias del mismo período, salvo que sea propuesto con modificaciones sustanciales y declarado de urgencia por la Asamblea Nacional. Esto no impide que artículos de un proyecto que hubieran sido rechazados o diferidos, sean presentados en otro proyecto de ley.

Oportunidad de discusión de proyectos que quedasen pendientes

Artículo 210 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La discusión de los proyectos que quedaren pendientes al término de las sesiones, podrá continuarse en las sesiones siguientes o en sesiones extraordinarias.

De la consulta pública

Artículo 211 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos. Tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes los Ministros o Ministras en representación del Poder Ejecutivo; el magistrado o magistrada del Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; el o la representante del Poder Ciudadano designado o designada por el Consejo Moral Republicano; los y las integrantes del Poder Electoral; los Estados a través de un o una representante designado o designada por el Consejo Legislativo y los y las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el Reglamento de la Asamblea Nacional.

De las formalidades del texto de las Leyes

Artículo 212 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Al texto de las leyes precederá la siguiente fórmula: "La Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, decreta:".

Artículo 213 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Una vez sancionada la ley, se extenderá por duplicado con la redacción final que haya resultado de las discusiones. Ambos ejemplares serán firmados por el Presidente o Presidenta, los dos Vicepresidentes o Vicepresidentas y el Secretario o Secretaria de la Asamblea Nacional, con la fecha de su aprobación definitiva. Uno de los ejemplares de la ley será enviado por el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional al Presidente o Presidenta de la República a los fines de su promulgación.

De acuerdo con el artículo 110 del Reglamento de Interior y de Debates de la AN: Las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional, a los fines de su sistematización y ordenación, se titularán de la siguiente forma:

1. El título de la ley indicará el tipo, número y fecha de la misma, además de la forma abreviada de su contenido.
2. El tipo se indicará mediante las expresiones Ley Orgánica, Ley de Bases, Código Orgánico, Código, Ley Habilitante, Ley Especial, Ley Aprobatoria o Ley, según corresponda.
3. La fecha de las leyes será la de su promulgación, para lo cual se hará la correspondiente indicación al Poder Ejecutivo Nacional.
4. Las leyes de cada año se numerarán consecutivamente según el orden de su promulgación, para lo cual se hará la correspondiente indicación al Poder Ejecutivo Nacional. Las previsiones anteriores se aplicarán a todo tipo de ley, incluidas la ley anual de presupuesto y las aprobatorias de tratados internacionales.

De la promulgación de las leyes aprobadas

Artículo 214 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. El Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los diez días siguientes a aquél en que la haya recibido. Dentro de ese lapso podrá, con acuerdo del Consejo de Ministros, solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o parte de ella.

Artículo 215 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La Asamblea Nacional decidirá acerca de los aspectos planteados por el Presidente o Presidenta de la República, por mayoría absoluta de los diputados y diputadas presentes y le remitirá la ley para la promulgación.

El Presidente o Presidenta de la República debe proceder a promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones.

Solicitud de pronunciamiento de la Sala Constitucional del TSJ

Cuando el Presidente o Presidenta de la República considere que la ley o alguno de sus artículos es inconstitucional solicitarán el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma. El Tribunal Supremo de Justicia decidirá en el término de quince días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente o Presidenta de la República. Si el Tribunal negare la inconstitucionalidad invocada o no decidiere en el lapso anterior, el Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de dicho lapso.

La Ley quedará promulgada al publicarse con el correspondiente “Cúmplase” en la Gaceta Oficial de la República.

Artículo 216. Cuando el Presidente o Presidenta de la República no promulgare la ley en los términos señalados, el Presidente o Presidenta y los dos Vicepresidentes o Vicepresidentas de la Asamblea Nacional procederán a su promulgación sin perjuicio de la responsabilidad en que aquél o aquella incurra por su omisión.

De la promulgación de la Ley aprobatoria de un tratado

Artículo 217 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La oportunidad en que deba ser promulgada la ley aprobatoria de un tratado, de un acuerdo o de un convenio internacional, quedará a la discreción del Ejecutivo Nacional, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República.

De la derogatoria de las leyes

Artículo 218 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Las leyes se derogan por otras leyes y se abrogan por referendo, salvo las excepciones establecidas en esta Constitución. Podrán ser reformadas total o parcialmente. La ley que sea objeto de reforma parcial se publicará en un solo texto que incorpore las modificaciones aprobadas.

Acuerdos Parlamentarios

Iniciativa de los Acuerdos Parlamentarios

De conformidad con el artículo 112 del Reglamento de Interior y de Debates de la AN, Los proyectos de acuerdos que provengan de personas naturales o de organizaciones de la sociedad podrán ser presentados a la Asamblea Nacional por secretaria. Cuando los proyectos de acuerdos de origen popular estén respaldados por un número igual o superior al cero coma uno por ciento de las personas inscritas en el registro electoral suministrado por el Poder Electoral, ingresarán sin otro trámite a la Cuenta de la Asamblea Nacional para ordenar su distribución entre los integrantes de la misma y fijar la fecha de su discusión dentro de los diez días hábiles siguientes, a menos que la Asamblea Nacional decida otra fecha anterior. Durante la discusión del acuerdo, una persona actuará en representación de quienes lo propongan y tendrá derecho a voz.

Discusión de los Proyectos de Acuerdos Parlamentarios

El artículo 111 del Reglamento de Interior y de Debates de la AN establece que los proyectos de acuerdo se discutirán previamente en el seno de la Junta Directiva de la AN, la cual podrá consultar la opinión de la Comisión Consultiva, y se presentarán a la plenaria para su aprobación. Si algún diputado o diputada no estuviere de acuerdo, se abrirá el debate y habrá una sola discusión, la cual será sobre la totalidad, a menos que la Asamblea Nacional decida lo contrario. En caso de urgencia se someterán, sin trámite previo, a la consideración de la plenaria y se resolverá por mayoría.

Recapitulación

Partiendo de lo dicho en páginas anteriores, los procedimientos legislativos de la Asamblea Nacional podrían resumirse del siguiente modo:

COMPETENCIAS GENERALES DE LA ASAMBLEA NACIONAL (ARTÍCULO 187 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA)
<p>1. Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional; 2. Proponer enmiendas y reformas a la Constitución, en los términos establecidos en esta Constitución; 3. Ejercer funciones de control sobre el Gobierno y la Administración Pública Nacional, en los términos consagrados en esta Constitución y la ley. Los elementos comprobatorios obtenidos en el ejercicio de esta función, tendrán valor probatorio, en las condiciones que la ley establezca; 4. Organizar y promover la participación ciudadana en los asuntos de su competencia; 5. Decretar amnistías; 6. Discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público; 7. Autorizar los créditos adicionales al presupuesto; 8. Aprobar las líneas generales del plan de desarrollo económico y social de la Nación, que serán presentadas por el Ejecutivo Nacional en el transcurso del tercer trimestre del primer año de cada período constitucional; 9. Autorizar al Ejecutivo Nacional para celebrar contratos de interés nacional, en los casos establecidos en la ley. Autorizar los contratos de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela; 10. Dar voto de censura al Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva y a los Ministros o Ministras. La moción de censura sólo podrá ser discutida dos días después de presentada a la Asamblea, la cual podrá decidir, por las tres quintas partes de los diputados o diputadas, que el voto de censura implica la destitución del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva o del Ministro o Ministra; 11. Autorizar el empleo de misiones militares venezolanas en el exterior o extranjeras en el país; 12. Autorizar al Ejecutivo Nacional para enajenar bienes inmuebles del dominio privado de la Nación, con las excepciones que establezca la ley; 13. Autorizar a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros; 14. Autorizar el nombramiento del Procurador o Procuradora General de la República y de los Jefes o Jefas de Misiones Diplomáticas Permanentes; 15. Acordar los honores del Panteón Nacional a venezolanos y venezolanas ilustres, que hayan prestado servicios eminentes a la República, después de transcurridos veinticinco años de su fallecimiento. Esta decisión podrá tomarse por recomendación del Presidente o Presidenta de la República, de las dos terceras partes de los Gobernadores o Gobernadoras de Estado o de los rectores o rectoras de las Universidades Nacionales en pleno; 16. Velar por los intereses y autonomía de los Estados; 17. Autorizar la salida del Presidente o Presidenta de la República del territorio nacional cuando su ausencia se prolongue por un lapso superior a cinco días consecutivos; 18. Aprobar por ley los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional,</p>

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

salvo las excepciones consagradas en esta Constitución; 19. Dictar su reglamento y aplicar las sanciones que en él se establezcan; 20. Calificar a sus integrantes y conocer de su renuncia. La separación temporal de un diputado o diputada sólo podrá acordarse por el voto de las dos terceras partes de los diputados y las diputadas presentes; 21. Organizar su servicio de seguridad interna; 22. Acordar y ejecutar su presupuesto de gastos, tomando en cuenta las limitaciones financieras del país; 23. Ejecutar las resoluciones concernientes a su funcionamiento y organización administrativa; 24. Todas las demás que le señalen esta Constitución y las leyes ²⁴ .	
COMPETENCIAS LEGISLATIVAS DE LA ASAMBLEA NACIONAL	
Proyectos de ley	Numeral 1 del artículo 187 de la Constitución de la República, citado <i>ut supra</i> . El supuesto incluye por analogía a los numerales 5 y 19 del mismo artículo.
Presupuesto	Numerales 6 y 7 del artículo 187 de la Constitución de la República, citado <i>ut supra</i> . El primer numeral se rige por el procedimiento de los proyectos de ley y el segundo por el de los acuerdos.
Tratados y convenios internacionales	Numeral 18 del artículo 187 de la Constitución de la República, citado <i>ut supra</i> . El supuesto se rige por el procedimiento de los proyectos de ley.
Acuerdos	Numerales 8, 9, 11 a 15 y 17 del artículo 187 de la Constitución de la República, citado <i>ut supra</i> .
ASPECTOS COMUNES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FORMACIÓN DE LEYES DE LA ASAMBLEA NACIONAL	
Iniciativa	Corresponde a las comisiones de la Asamblea Nacional, tres o más disputados, el resto del Poder Público (en materias de su competencia) y el 0,1 % de los electores.
Proyectos	Para ser aprobados, deben contar con una exposición de motivos en la que se identificará quién lo propone, los objetivos que espera alcanzar y su impacto presupuestario o económico.
Discusiones	Todo proyecto estará sujeto a dos discusiones en días diferentes, discutiéndose en la primera la exposición de motivos, alcance, viabilidad, pertinencia y articulado en general y en la segunda el informe que redacte la Comisión sobre la ley artículo por artículo, su nombre y sistematización. Lapso para la primera discusión: 10 días hábiles contados a partir del quinto día consecutivo de la incorporación del proyecto

²⁴ Por ejemplo: los artículos 71 y 73 (acordar someter materias de especial trascendencia nacional a referendo consultivo y proyectos de ley a referendo aprobatorio), 157 (atribuir competencias de la República a los estados y municipios), 172 (crear y organizar distritos metropolitanos cuando los municipios son de entidades federales diferentes) y 264, 265, 279 y 296 (participar en la elección de los miembros del Poder Judicial, Ciudadano y Electoral), todos ellos de la Constitución de la República.

DECISIONES ADOPTADAS POR LA UNIÓN...

	<p>en el sistema automatizado.</p> <p>Lapso para la segunda discusión: 10 días hábiles siguientes a la incorporación del informe en el sistema automatizado. Modificaciones en los lapsos: razones de urgencia que lo anticipen o de agenda que lo retrasen.</p>
Informes	<p>Son elaborados por la Comisión relacionada con la materia y en ellos se realiza un estudio pormenorizado de la propuesta que luego se presenta a la plenaria. Este informe debe incluir los estudios y consultas realizadas por la Comisión y las asesorías que recibió, precisando sus resultados.</p> <p>Lapso para la presentación del informe: 30 días contados desde la recepción del proyecto.</p> <p>Lapso para la presentación del informe con modificaciones, en caso que ellas sean solicitadas por la plenaria: 15 días contados desde la solicitud.</p> <p>Modificaciones en los lapsos: razones de urgencia que lo anticipen o de consulta pública que lo retrasen.</p>
Consultas	<p>Todo proyecto debe pasar por sendos procedimientos de consulta pública en los que se promueva la participación ciudadana (a través de asambleas, foros, talleres, etc.) y del resto del Poder Público. Esta consulta abarca las etapas de formación, discusión y aprobación del proyecto.</p>
Referendos	<p>La Asamblea Nacional puede someter a referendo los proyectos de ley que discuta si así lo deciden sus dos terceras partes, quedando estos aprobados si así lo deciden los electores en un proceso donde participe al menos el 25 % de los inscritos en el registro electoral.</p>
Sanción	<p>Los proyectos de ley se aprobarán por mayoría absoluta, entendiéndose por ella la mitad más uno de los diputados presentes.</p>
Promulgación	<p>Una vez sancionada la ley, corresponde al Presidente de la República promulgarla en los lapsos perentorios previstos en la Constitución de la República.</p>
ASPECTOS DIFERENCIALES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FORMACIÓN DE LEYES DE LA ASAMBLEA NACIONAL	
Iniciativa	<p>En materia presupuestaria, la iniciativa corresponde únicamente al Ejecutivo Nacional²⁵. Igual ocurre en caso de tratados y con-</p>

²⁵ Nótese que estas leyes se rigen, en adición a las normas ya mencionadas, por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público publicado en Gaceta Oficial N° 6.210 Extraordinario del 30-12-2015 que, entre otros, precisa que “[e]l Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de finanzas, presentará a la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley del Marco Plurianual del Presupuesto, antes del quince (15) de julio del primero y del cuarto año del

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

	venios internacionales, ya que se requiere su celebración por parte del Ejecutivo para su posterior aprobación.
Discusiones	Las leyes orgánicas que no sean calificadas como tal por la Constitución de la República requieren el voto favorable de las dos terceras partes de los presentes antes de iniciar su discusión. Interesa destacar, a su vez, que si el proyecto es presentado por el 0,1 % de los electores su discusión debe iniciar a más tardar en el período de sesiones ordinarias siguiente al que se haya presentado.
Consultas	Si el proyecto de ley incide en materias en las que los estados son competentes o tienen interés, la Asamblea Nacional debe requerir la opinión de estos a través de sus consejos legislativos.
Referendos	Las leyes aprobatorias de acuerdos y tratados internacionales, de presupuesto o de crédito público, y sobre impuestos, amnistías o derechos humanos no pueden ser sometidas a referendo abrogatorio una vez sancionadas y promulgadas.
Sanción	Las leyes habilitantes se sancionan con el voto favorable de las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional.
Promulgación	Las leyes orgánicas –antes de su promulgación– deberán remitirse a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para que se pronuncie sobre este carácter. Asimismo, las leyes aprobatorias de acuerdos y tratados internacionales no estarán sujetas a los lapsos de promulgación previstos en la Constitución de la República para la legislación ordinaria, ya que ella quedará a discreción del Ejecutivo.

período constitucional de la Presidencia de la República, y el mismo será sancionado antes del quince (15) de agosto del mismo año de su presentación” (artículo 30), “[e]l proyecto de Ley de Presupuesto será presentado por el Ejecutivo a la Asamblea Nacional antes del quince (15) de octubre de cada año. Será acompañado de una exposición de motivos que, dentro del contexto de la Ley del Marco Plurianual del Presupuesto y en consideración del acuerdo de la Asamblea Nacional a que se refiere el artículo 31 de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, exprese los objetivos que se propone alcanzar y las explicaciones adicionales relativas a la metodología utilizada para las estimaciones de ingresos y fuentes financieras y para la determinación de las autorizaciones para gastos y aplicaciones financieras, así como las demás informaciones y elementos de juicio que estime oportuno” (artículo 40), “[s]i por cualquier causa el Ejecutivo no hubiese presentado a la Asamblea Nacional, en la oportunidad prevista en el artículo anterior, el Proyecto de Ley de Presupuesto, o si el mismo fuere rechazado o no aprobado por la Asamblea Nacional antes del quince (15) de diciembre de cada año, el presupuesto vigente se reconducirá” (artículo 41) y “El Ejecutivo Nacional presentará a la Asamblea Nacional el proyecto de Ley Especial de Endeudamiento Anual, el cual contendrá el monto máximo de las operaciones de crédito público a realizarse durante el ejercicio económico financiero respectivo por la República, el monto máximo de endeudamiento neto que podrá contraer durante ese ejercicio así como el monto máximo en letras del Tesoro, que podrán estar en circulación al cierre del respectivo ejercicio. Una vez preparado el proyecto de ley, se consultará al Banco Central de Venezuela sobre sus efectos fiscales y macroeconómicos. // Dicho proyecto de Ley será presentado antes del quince (15) de octubre de cada año, junto con el proyecto de Ley de Presupuesto y se promulgarán simultáneamente” (artículo 82).

DECISIONES ADOPTADAS POR LA UNIÓN...

ASPECTOS COMUNES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FORMACIÓN DE ACUERDOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL	
Iniciativa	Asamblea Nacional o el 0,1 % de los electores.
Proyectos	Se discuten en el seno de la Junta Directiva, que puede solicitar la opinión de la Comisión Consultiva.
Discusión	A diferencia de los proyectos de ley, requieren una única discusión y solo si al presentarse en la plenaria hay desacuerdo por parte de algún diputado.
Aprobación	Ocurre por mayoría absoluta, entendiéndose por ella la mitad más uno de los diputados presentes.
ASPECTOS DIFERENCIALES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FORMACIÓN DE ACUERDOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL	
Iniciativa	Los acuerdos que versen sobre las autorizaciones previstas en el artículo 187 de la Constitución de la República requieren la intermediación del Ejecutivo Nacional en los términos previstos en dicha norma.
Informes	Los acuerdos que versen sobre las autorizaciones previstas en el artículo 187 de la Constitución de la República habrán de remitirse a la Comisión respectiva para que dicte un informe con sus recomendaciones.
Discusión	Ocurre en los 5 días hábiles siguientes a la incorporación del informe comentado en el sistema automatizado.

5.4. Anteproyecto de Reglamento de la Oficina de Estudios y Asesoría en Ética Pública, Control y Prevención de la Corrupción de la Asamblea Nacional

ANTEPROYECTO

Reglamento de la Oficina de Estudios y Asesoría en Ética Pública, Control y Prevención de la Corrupción de la Asamblea Nacional

CAPÍTULO I – DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Se crea la Oficina de Estudios y Asesoría en Ética Pública, Control y Prevención de la Corrupción de la Asamblea Nacional, adscrita a la Junta Directiva de la Asamblea Nacional.

Artículo 2. Son competencias de la Oficina las siguientes:

1. Brindar asesoría técnica a la Asamblea Nacional en la formulación y diseño de políticas públicas en materia de transparencia y lucha contra la corrupción.

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

2. Diseñar e implementar indicadores de seguimiento para la evaluación objetiva de los riesgos de corrupción asociados a los diferentes instrumentos normativos que le sean requeridos.
3. Identificar dinámicas institucionales inadecuadas que incentivan el surgimiento de economías ilícitas y actividades de organizaciones criminales.
4. Elaborar estudios técnicos y efectuar recomendaciones a las distintas instancias parlamentarias de la Asamblea Nacional, a fin de detectar lagunas legales u oportunidades de abuso en el ordenamiento jurídico que puedan ser aprovechadas por los funcionarios del Estado o los particulares para incurrir en malas prácticas, opacidad y en conductas ilícitas en materia de corrupción.
5. Establecer, con autorización de la Junta Directiva, relaciones institucionales con las universidades nacionales, públicas o privadas, para el aprovechamiento en la legislación y el control parlamentario de la administración pública de los estudios relevantes en materia de transparencia y lucha contra la corrupción.
6. Asesorar a las distintas instancias parlamentarias en el diseño e implementación útil de los procedimientos de investigación y control efectuados en materia anticorrupción, contemplando en todo momento, las garantías constitucionales del debido proceso.
7. Contribuir en la elaboración de programas de información y prevención, dirigidas a los diputados, asistentes parlamentarios y demás miembros de la Asamblea Nacional, relacionadas con los riesgos asociados con los diferentes tipos de corrupción utilizando para ellos todos los medios y plataformas con los que cuenta la Asamblea Nacional.
8. Asistir a la Asamblea Nacional en la promoción de la participación y el compromiso de la ciudadanía en el seguimiento y control de las actividades del Estado. Al efecto, brindar apoyo en contenidos, metodología y organización dirigida a optimizar la eficiencia para sesiones de consulta abierta o especializada, oficinas de atención al ciudadano, actividades y canales de comunicación con toda la ciudadanía, con especial atención en las regiones y en los municipios.
9. Asesorar en la implementación, en la legislación y en el control parlamentario, de los compromisos internacionales asumidos por la República en materia de lucha contra la corrupción.
10. Mantener información actualizada sobre los avances internacionales en materia de transparencia administrativa y lucha contra la corrupción.
11. Las demás funciones, que de acuerdo con su naturaleza, le sean encomendadas a la Oficina Técnica por acuerdo de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional o de la Plenaria de la Asamblea Nacional.

CAPÍTULO II – DEL JEFE DE LA OFICINA

Artículo 3. La Oficina de Estudios y Asesoría en Ética Pública, Control y Prevención de la Corrupción de la Asamblea Nacional, estará a cargo de un Jefe de Oficina y su adjunto, quienes serán nombrados por acuerdo de las dos terceras partes de los diputados de la Asamblea Nacional, por un período renovable de cinco años.

En este sentido, la Junta Directiva de la Asamblea Nacional efectuará una consulta pública previa, en donde participen los diferentes sectores de la sociedad civil, con el propósito de orientar a las instancias parlamentarias de la Asamblea Nacional, en la valoración de la trayectoria personal y el perfil profesional que deben reunir los posibles candidatos al cargo de Jefe de Oficina y su adjunto.

Artículo 4. La persona designada para ejercer el cargo de Jefe de la Oficina y su adjunto deberán ser ciudadanos venezolanos, con formación universitaria con un mínimo de 10 años de graduado, con reconocida calificación académica, honorabilidad y experiencia administrativa previa.

Artículo 5. No podrán ser designados como Jefe de Oficina o su adjunto, los dirigentes o militantes de partidos políticos, o quienes hayan militado en ellos o hayan sido postulados para cargos de elección popular dentro del año previo a su postulación.

Igualmente no podrán ser designados como Jefe de la Oficina o su adjunto, quienes hayan tenido relaciones comerciales significativas con entes u organismos de la administración pública nacional, estatal o municipal, incluidos los órganos del poder público legislativo, judicial, electoral y ciudadano o con algún diputado principal o suplente de la Asamblea Nacional en el año inmediatamente anterior a su designación; así como tampoco lo podrán ser quienes sean parientes en línea recta, cónyuges, o colaterales hasta en tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ambos inclusive.

A efectos del presente artículo, se entiende por relaciones comerciales significativas, toda relación contractual de obra o prestación de servicio que implique un vínculo económico constante sujeto a la realización de actividades conjuntas de naturaleza mercantil.

Artículo 6. El Jefe de Oficina contará con la más amplia autonomía de criterio para asesorar, estudiar, investigar y preparar los informes pertinentes que solicite cualquier instancia parlamentaria dentro de la Asamblea Nacional o aquellos formulados por iniciativa de la propia Oficina en el ejercicio de sus competencias.

Para el cabal cumplimiento de sus deberes y eficaz ejercicio de sus funciones, el Jefe de Oficina contará con el apoyo de su adjunto, quien deberá suplirlo en caso de ausencia, de acuerdo a lo establecido en el presente reglamento.

Artículo 7. Son deberes del Jefe de la Oficina:

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

1. Prestar con la debida probidad sus servicios profesionales en la Oficina de Estudios y Asesoría en Ética Pública, Control y Prevención de la Corrupción de la Asamblea Nacional, a dedicación exclusiva, pudiendo compatibilizar el ejercicio de cargos asistenciales o académicos, siempre que los mismos sean acordes con el adecuado desempeño de sus funciones.
2. Velar por el cabal cumplimiento de los objetivos y funciones atribuidas a la Oficina.
3. Abstenerse de emitir declaraciones públicas sobre los asuntos confiados al conocimiento de la oficina, salvo que lo haga con autorización expresa de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional o en el marco de una investigación judicial.
4. Abstenerse de realizar cualquier tipo de actividad de índole partidista.
5. Velar por el correcto desempeño del personal profesional y administrativo que labora en la Oficina.
6. Elaborar anualmente el proyecto de presupuesto, el plan operativo anual y el informe de gestión operativa de la Oficina, a fin de ser presentado ante la Junta Directiva de la Asamblea Nacional para su consideración por parte de la Plenaria de la Asamblea Nacional.
7. Coordinar, supervisar y aprobar el informe que dé cuenta de los análisis que se han producido en el año inmediatamente anterior, el cual será de acceso público, bajo los principios de gobierno abierto.

Artículo 8. Son funciones del Jefe de la Oficina:

1. Dirigir con autonomía de gestión la Oficina de Estudios y Asesoría en Ética Pública, Control y Prevención de la Corrupción de la Asamblea Nacional.
2. Dirigir y ejecutar la coordinación general de las unidades administrativas en que se estructura la Oficina, así como también la supervisión de las tareas y funciones que llevan a cabo y la evaluación de su cumplimiento.
3. Emitir las instrucciones, las directrices y las órdenes de servicio necesarias para conseguir la unidad de criterio, la organización eficaz del trabajo y la actuación coordinada de los miembros de la Oficina.
4. Aprobar los planes de estudio y análisis requeridos por las instancias parlamentarias de la Asamblea Nacional o aquellos que considere necesario ejecutar por su iniciativa propia en relación a los objetivos y atribuciones de la Oficina.
5. Colaborar en la elaboración de los dictámenes solicitados por comisiones parlamentarias de investigación o por la comisión parlamentaria correspondiente, sobre asuntos en los que haya indicios de uso o destino irregulares de fondos públicos o de un uso ilegítimo y en beneficio privado de la condición pública de un cargo. A tal efecto, el Jefe de la

DECISIONES ADOPTADAS POR LA UNIÓN...

Oficina informará de oficio a los órganos competentes para que ejerzan las iniciativas que les correspondan y acudirá, cuando sea convocado, a la comisión parlamentaria correspondiente.

6. Promover y gestionar las relaciones institucionales de la Oficina.
7. Firmar los convenios, protocolos y acuerdos de colaboración y cooperación en las materias que sean competencia de la Oficina, siempre en el marco de las competencias de la Asamblea Nacional y de acuerdo con su papel al servicio de ésta. A tal fin, solicitará la opinión de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional y el criterio de la Consultoría Jurídica de la misma, o del ente que haga sus veces.
8. Nombrar y remover al personal administrativo.
9. Nombrar al personal profesional escogido mediante concurso realizado según lo dispuesto en este Reglamento y removerlo de acuerdo a los procedimientos previamente establecidos cuando existan razones válidas para ello, y rescindir los contratos temporales a término fijo referidos a este tipo de personal, cuando así lo considere conveniente.
10. Nombrar y remover a los Coordinadores de Área de las diferentes unidades que integran la Oficina.
11. Nombrar y remover a los miembros del Consejo Superior de Asesoría de la Oficina de Estudios y Asesoría en Ética Pública, Control y Prevención de la Corrupción de la Asamblea Nacional.
12. Transferir en forma autónoma a los miembros del personal administrativo y profesional a cualquiera de las unidades que integran la Oficina, sin que ello pueda ser considerado como causal de despido.
13. Contratar estudios con profesionales e instituciones de reconocida competencia, dentro del límite de gastos previstos en la respectiva partida presupuestaria o de los fondos extraordinarios otorgados por organismos de cooperación económica internacional, previa autorización de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional.

Artículo 9. El Jefe de la Oficina y su adjunto cesarán en el ejercicio de sus funciones por alguna de las siguientes causas:

1. Renuncia.
2. Extinción del mandato al expirar el plazo.
3. Incapacidad declarada por decisión judicial firme.
4. Inhabilitación para el ejercicio de la función pública declarada por decisión judicial firme.
5. Condena mediante sentencia firme a causa de delito.
6. Negligencia grave en el cumplimiento de los deberes asociados al cargo.

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2018-2020

Para la calificación de la causal contenida en el numeral 6 del presente artículo, será necesario el acuerdo de las dos terceras partes de los diputados de la Asamblea Nacional.

En el caso que se produzca el cese del Jefe de Oficina, se iniciará inmediatamente el procedimiento para designar a su sustituto de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del presente reglamento, quedando encargado de la Oficina temporalmente su adjunto. En caso de que se produzca la causal determinada en el numeral 2, el Jefe de Oficina seguirá ejerciendo el cargo hasta la toma de posesión del nuevo Jefe de Oficina.

CAPÍTULO III – DE LAS ÁREAS DE TRABAJO DE LA OFICINA

Artículo 10. La Oficina de Estudios y Asesoría en Ética Pública, Control y Prevención de la Corrupción de la Asamblea Nacional, estará conformada por cuatro áreas de trabajo:

1. Área de coordinación y administración: Dedicada a suministrar los servicios comunes de apoyo, presupuesto y administración de la Oficina.
2. Área de asesoría a la legislación: Centrada en el estudio y análisis de las leyes vigentes y de los proyectos de ley presentados, a través de la detección y prevención de riesgos de corrupción y a la recolección sistematizada de información pertinente en el campo de especialización de la oficina.
3. Área de asesoría a las investigaciones para el control de la corrupción: Dedicada a brindar asistencia técnica a las investigaciones desarrolladas por las distintas instancias parlamentarias, con el fin de garantizar su sujeción a las normas procedimentales, así como procurar su máxima utilidad práctica.
4. Área de asesoría en materia de educación y participación para el control ciudadano: Centrada en el diseño de campañas educativas que promuevan la ética pública, la transparencia y la prevención de la corrupción, así como en la organización eficaz de metodologías de consulta pública y atención a la ciudadanía.

Artículo 11. Cada área de trabajo estará liderada por un Coordinador de Área, el cual será nombrado de entre el personal permanente por el Jefe de Oficina, teniendo para ello las más amplias facultades en cuanto a la determinación de la duración en el tiempo de la condición de Coordinador de Área.

CAPÍTULO IV – DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DEL PERSONAL Y DEL PRESUPUESTO DE LA OFICINA

Artículo 12. La Oficina de Estudios y Asesoría en Ética Pública, Control y Prevención de la Corrupción de la Asamblea Nacional., tendrá el personal necesario para el adecuado cumplimiento de sus funciones y podrá contratar los estudios externos que considere conveniente con el personal o instituciones de reconocida solvencia en el tema, con cargo a la partida presu-

puentaria correspondiente o a través del financiamiento de proyectos específicos que logró captar la Asamblea Nacional.

Artículo 13. El personal profesional permanente, gozará de estabilidad relativa e ingresará formalmente por medio de concurso público de oposición, que evalúe integralmente los conocimientos teóricos, la trayectoria académica y la experiencia administrativa de los concursantes, junto con sus habilidades y competencias en el manejo y solución de los desafíos institucionales que enfrenta la oficina en el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 14. La Asamblea Nacional asignará, con cargo a su presupuesto, una partida específica de gastos para cubrir las necesidades de la Oficina. El proyecto de presupuesto será elaborado por el Jefe de la Oficina anualmente, presentado ante la Junta Directiva de la Asamblea Nacional y discutido en la Plenaria de la Asamblea Nacional para su aprobación definitiva.

CAPÍTULO V – DEL CONSEJO SUPERIOR DE ASESORÍA

Artículo 15. El Consejo Superior de Asesoría, constituye un cuerpo colegiado *ad honorem* de apoyo en la deliberación y análisis de los proyectos y dictámenes elaborados por la Oficina de Estudios y Asesoría en Ética Pública, Control y Prevención de la Corrupción de la Asamblea Nacional, conformado por personas de reconocida trayectoria académica y profesional en la materia, provenientes de la sociedad civil organizada, la academia o de la práctica profesional, empresarial o laboral, sea en el sector privado o en el sector público.

Los miembros que integren el Consejo Superior de Asesoría, serán nombrados por el Jefe de Oficina, teniendo para ello las más amplias facultades en cuanto a la determinación del número y la duración en el tiempo de los consejeros.

CAPÍTULO VII – DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo 16. Mientras se organiza el sistema de concurso público de oposición al que hace referencia el presente reglamento, se prohíbe la incorporación o nombramiento del personal permanente. Los profesionales que en ese lapso provisional ingresen a la Oficina por estrictas necesidades del servicio lo harán por contrato renovable anualmente hasta por dos años. Este régimen excepcional sólo podrá mantenerse mientras son provistos por concurso, la totalidad de los cargos permanentes que conforman los cuadros profesionales de la Oficina.

III

**CONTRIBUCIONES DE LA MAESTRÍA
EN DERECHO CONSTITUCIONAL
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA
ANDRÉS BELLO**

LA CUESTIÓN INGLESA: PARLAMENTO DE WESTMINSTER VS. PARLAMENTO DE ESCOCIA

Jaiber Núñez* y Larry Tadino^Δ

Introducción

Desde el establecimiento del Parlamento de Escocia en 1999, surge con fuerza dentro de la opinión pública la “*Cuestión inglesa*” –parlamentarios escoceses votan en el Parlamento sobre cuestiones que no afectan a Escocia– y esto ha retumbado, pero rara vez alcanza el centro del escenario político inglés, generando controversias entre los parlamentarios escoceses y el Parlamento de Westminster que claramente habrían terminado con su partida.

El voto fue siempre la forma de llevar estos temas a la agenda política, sobre todo porque, regresar al *status quo* no era una opción. En virtud de la Ley de Escocia de 2012, un voto conducirá a nuevos poderes sustanciales para el Parlamento de Escocia, sobre todo en los impuestos, creación de una mayor responsabilidad local para que Escocia potencialmente aliviara una queja perenne de los ingleses, sin embargo, disminuye la participación de los asuntos escoceses a Westminster.

Así, en el escenario electoral británico los líderes políticos iban mucho más lejos de lo acostumbrado, prometiendo una serie de competencias transferidas adicionales en áreas como el bienestar y tributación.

Sin embargo, los problemas constitucionales presentadas por la “*Cuestión inglesa*” son complejas, ya que los estudios académicos han demostrado, algunos incluyendo Will Hutton recientemente: “*el federalismo en toda regla es la respuesta*”. En los Estados Unidos de Norteamérica y Australia, la negociación de un acuerdo sobre la composición de la segunda cámara fue central en la Federación, con igual representación para cada Estado, asegurando que los grandes Estados no podían dominar a los más pequeños. Pero en el Reino Unido, donde Inglaterra contiene un 85% de la población, ¿sería el inglés realmente el que acepte ser sólo uno de los cuatro con igual derecho de voz?

* Abogado *Summa Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello (2015), Estudios culminados en la Maestría en Derecho Constitucional de la UCAB; Profesor e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB.

^Δ Larry Tadino. Licenciado en Ciencias Políticas y Administrativas UCV. Abogado UCV. Docente de la Escuela de Estudios Políticos y Administrativos UCV.

1. Orígenes del Parlamento Inglés

En busca de los orígenes del Parlamento¹, nos encontramos, en primer término, con la “*Witenagemot*”, aquella famosa asamblea anglosajona de varones prudentes convocada para asesorar a reyes. En segundo término, se observaba en este país como en la mayor parte de las comunidades europeas, el principio de que en los asuntos de importancia, tales como la interpretación de las leyes, el Rey no debía obrar por propia iniciativa, sino que tenía que escuchar previamente el parecer de los más prudentes entre sus súbditos; de acuerdo con esa norma, el monarca congregaba, dos o tres veces al año, al “*witan*”, o consejo de varones, con el que mantenía el “*deep speech*”.

En ocasiones asistía el pueblo a esas asambleas, y tras escuchar los discursos de los líderes, votaba en pro o en contra de las proposiciones batiendo las armas contra los escudos. Pero el *witan* característico parece que fue un reducido conjunto aristocrático, de composición varia y enormes atribuciones que, en ciertos aspectos, eran mayores que las poseídas en nuestros días por la Cámara de los Comunes. Refiriéndose al *witan*, señaló uno de los historiadores ingleses: “*Puede elegir reyes y deponerlos; el rey y el witan legislan; el rey y el witan confieren los títulos de nobleza y los obispos, donan terrenos públicos, imponen tributos, deciden sobre la paz y la guerra y forman un tribunal de última instancia para los asuntos civiles y criminales. El witan es una asamblea suprema, legislativa, ejecutiva y judicial*”².

Ahora bien, se debe recordar que, en la época medieval, se suponía normalmente que el rey (como sus vasallos feudales) vivía de lo suyo, sus rentas hereditarias y las prestaciones, servicios y derechos acostumbrados debían, en principio, bastarle. Es así como bajo el reinado de Enrique II (1154-1189) la monarquía inglesa logra un “*mayor grado de centralización administrativa que las monarquías del continente, y, por tanto, un mayor dominio frente a la desintegración feudal*”³.

En el reinado de Juan Sin Tierra (1199-1216), la política de la Corona da lugar a un movimiento de resistencia de los estamentos privilegiados, cuya consecuencia es la Magna Carta de 1215. Se trata de una de tantas cartas generales acordada entre estos estamentos y el príncipe; sin instituir nada nuevo, sino restablecer las antiguas costumbres, y expresar una serie de derechos subjetivos de índole heterogénea, desde las libertades de la Iglesia hasta normas de derecho hereditario o matrimonial, que el monarca debería respetar en el futuro⁴.

¹ El Parlamento deriva de la palabra francesa *parler* (hablar) utilizada para identificar las reuniones del Gran Consejo del Rey (*Magnum concilium*), a mediados del siglo XIII. Previamente existió el *witan* o *witenagmot* anglosajón, como mecanismo de los reyes medievales de gobierno y consulta a sus súbditos. Álvarez. Tulio, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Caracas, 2011, pág. 157.

² F. W. Maitland, *Constitucional History of England*, ed. 1931, p. 58.

³ G. M. Trevelyan: *History of England*, London, 1943, p. 171.

⁴ García-Pelayo. Manuel: *Derecho Constitucional Comparado*, Caracas, 2005, p. 253.

Entre tanto, la idea de la representación se vislumbraba, pero ya existía desde mucho tiempo antes, particularmente aplicada a la organización de la iglesia, la constitución de jurados para fines judiciales y el reparto de los tributos. Es probable que los señores fueran los primeros en ser llamados a Westminster para deponer en relación con causas procedentes de los tribunales de su propio condado, y otros asuntos de la administración comarcal. Pero, en 1254, se dio un gran paso en la concepción de la representación parlamentaria cuando cada sheriff recibió la orden de enviar cuatro caballeros, elegidos por el condado, para considerar qué ayuda le prestarían al rey en su gran necesidad⁵.

Posteriormente, no olvidando en 1265 a Simón de Monfort, el cual convoca al Parlamento no sólo a los eclesiásticos, laicos y a los caballeros, sino también a los representantes de las ciudades y burgos. Tal reunión es considerada como el nacimiento del Parlamento inglés. En 1295, Eduardo I dio vida al modelo hacia el que habían tendido todos los experimentos previos, y que lentamente fue cristalizando en el tipo de los Parlamentos de nuestros días. El proceso fue muy gradual, ya antes de finalizar el siglo XIII, la antigua asamblea feudal se había convertido en una asamblea de los tres estamentos del reino, es decir, "de los que rezan, de los que guerrean, de los que trabajan"⁶, completada con el cuerpo de funcionarios de la corte.

El Parlamento Modelo⁷, como más tarde se llamó, estuvo integrado por los arzobispos, obispos y grandes abades, siete condes y cuarenta y un barones, todos convocados nominalmente. A los prelados se les encargó que trajeran representantes del bajo clero y a los sheriffs se les ordenó que hicieran elegir dos caballeros de cada condado, dos munícipes de cada ciudad y otros dos de cada villa (*borough*). De esta forma, la asamblea dejó de ser una corte feudal, dependiente, por completo, de la posesión de la tierra, y se fue convirtiendo en un organismo en el que cada clase y cada interés podían exponer sus puntos de vista.

Así es que para el año 1300 se habían establecido unas instituciones representativas muy similares al Parlamento actual, con la diferencia de que los únicos representantes de la Iglesia que hoy subsisten son los arzobispos y los obispos. Ahora bien, de acuerdo a García-Pelayo las atribuciones del Parlamento a lo largo de este período: (i) como heredero de la curia regia, el Parlamento toma a su cargo la concesión de tributos extraordinarios, y desde 1340 queda establecido de modo firme que puede imponerse tributación directa sin su consentimiento; además, tiene poder para establecer tributos por sí mismo y para vigilar y tomar cuentas del empleo dado a sus concesiones, (ii) en el aspecto legislativo se establece una distinción entre los

⁵ Caballeros de condado (*Knights of the shire, miles comitatus*) era una categoría social que denotaba propiedad, prestigio y posesión de un cargo, y era usado probablemente para distinguir el propietario independiente del estipendiario de la casa real (J.E.A. Jolliffe: *The Constitutional History of England from the settlement to 1845*, London, 1937, pp. 312-313).

⁶ F. W. Maitland, p. 75.

⁷ Ciertos autores consideran que el Gran Consejo de 1275 fue el verdadero primer precursor de los Parlamentos modernos.

estatutos o normas generales, las cuales sólo podrán promulgarse con el consejo, sentimiento y autoridad del Parlamento, y las normas particulares u ordenanzas, que podían ser promulgada por la sola autoridad del rey, (iii) la Cámara de los Lores tiene también atribuciones judiciales, y acusa y juzga a los funcionarios de la corte, (iv) con todo lo anterior, queda claro que el Parlamento iba aumentando su poder frente al rey, pero, además, durante esta época tienen lugar dos deposiciones de reyes (Eduardo II y Ricardo II) y la llamada al trono de la casa de York, en las que el Parlamento actúa como guardián del derecho y del buen gobierno de Inglaterra y no fundándose en la violación del pacto con el rey, lo que demuestra un progreso hacia el principio de objetividad y unidad del Estado, y a la consideración del Parlamento como sujeto de esta unidad⁸.

La Edad Media concluye con la afirmación del primado del derecho no sólo sobre el rey, sino también sobre el Parlamento⁹; primado cuyo desenlace sucede con el Estado de los Tudors, que viene a colmar tal necesidad, sino también las derivadas del auge económico de Inglaterra, de las subsiguientes transformaciones sociales, de los factores desintegradores de la época, por ejemplo, las oposiciones religiosas y de las nuevas misiones políticas internacionales.

Dicho Estado, termina con el localismo y pluralismo medieval para dar paso a un poder fuerte y centralizado, además, con cierta similitud al absolutismo continental, pero con mucha mayor rapidez e intensidad, se da paso a la igualdad ante la ley: noble y común, clérigo y laico, se hicieron iguales ante el Derecho del país. Así, la polaridad de Parlamento y monarca se resuelve en este período a favor del último; presentándose tesis reaccionaria del Derecho histórico como es la doctrina de Coke frente a la tesis progresiva del Rey, es decir, la de que el Derecho responde a un plan racionalizado.

La imposibilidad de mantener el equilibrio, tal como había sido proyectado, entre el Parlamento y la Corona; a ello contribuían no sólo motivos políticos internos, sino también el hecho de que las tensiones internacionales exigían, como en tiempos de los Tudors, una acción unificada. Así, por ejemplo, en 1685 decía el rey, con razón: "*Nada hay como un buen nervio de tropas disciplinadas y pagadas regularmente para defenderse de aquellos que, en la patria o en el exterior, tienen intención de dañarle*"¹⁰. A la larga, el Parlamento reconocía la verdad de esta proposición; pero la experiencia de Cromwell hacía que no pudiese dejar la fuerza militar en manos del Rey.

Ya para 1688, todas las fuerzas políticamente activas, *tories* y *whigs*, se colocan en oposición al trono. El significado de la revolución desde el punto

⁸ García-Pelayo, *Derecho...*, ob. cit., p. 256.

⁹ Manuel García-Pelayo, "La Constitución Estamental", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 44, 1949, refiere que después de la época feudal la nueva organización política estaba caracterizada por la dualidad *Rex* y *Regnum*. Destaca que en Inglaterra se produce el fenómeno de concentración de poder con base al principio de la soberanía que se produce en otras potencias europeas pero diferenciado por el detentador real de ella; en lugar del monarca, en Inglaterra la titularidad recayó en el Parlamento.

¹⁰ Cit. Por Trevelyan. *La revolución inglesa del 1688-89*, trad. De C. Pavese, Torino, 1940, p. 37.

de vista constitucional, representó el comienzo de un gobierno parlamentario sobre base oligárquica, y de un asentamiento de los principios liberales. En cuanto al Parlamento, con arreglo a la *Triennial Act* (1649), debía reunirse cada tres años; pero desde la revolución lo hace anualmente, porque la ley que autorizaba el mantenimiento del ejército sólo se aprueba para un año, siendo renovada en los siguientes. Además, surge en ella el supuesto capital del gobierno parlamentario; es decir, la necesidad por parte del Gabinete de poseer la confianza del Parlamento, y, por consiguiente, la fiscalización por éste de la política del ejecutivo.

El siglo XVIII está dominado por la idea de equilibrio y en la constitución británica se veía el modelo de equilibrio político, fuera entre fuerzas, fuera entre principios, fuera entre normas. La interpretación de la constitución inglesa como decía Blackstone: *"la constitución es una ponderación de elementos monárquicos, aristocráticos y democráticos, los cuales componen el Parlamento británico, en quien reside la soberanía"*¹¹.

Como hemos indicado, desde el punto de vista jurídico, la palabra Parlamento designa la reunión de tres instituciones: el rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, reunión a la que se llama también "Rey en Parlamento", como expresiva del Poder legislativo el Parlamento es el titular del poder supremo en Gran Bretaña, ello así, porque no existe la distinción formal entre leyes constitucionales y ordinarias, de manera que en cualquier instante el Parlamento puede establecer por el método ordinario reformas constitucionales, porque además, no existe ningún Tribunal con competencia para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, o sea que toda ley del Parlamento, cualquiera que sea su contenido, ha de ser aplicada por los tribunales de Justicia.

La Cámara de los Comunes está integrada por 650 miembros elegidos por sufragio universal y mayoritario¹². Consideración de la estructura bicameral del Parlamento inglés, por ser sus miembros electos por el pueblo, constituye el elemento dominante del Parlamento inglés; su representación es, todavía, aristocrática, aunque en menor proporción que en otras épocas, lo que da lugar a que no corresponda exactamente a la composición social de la nación¹³.

Por otro lado, La Cámara de los Lores está formada por cerca de 800 pares, ejerciendo un derecho hereditario, ya que la nobleza legaba a sus sucesores el derecho a pertenecer a ella, aunque desde 1958 han sido establecidas restricciones a los títulos de nobleza. En la actualidad la Cámara de

¹¹ García-Pelayo, *Derecho...*, ob. cit., 273.

¹² 553 son representantes de Inglaterra, 72 de Escocia, 32 de Gales y 17 de Irlanda del Norte, cuyo número se obtiene dividiendo al país en distritos que en promedio tienen población aproximada de 86 mil habitantes. El número de miembros ha venido variando en el tiempo: en 1707 al unirse Escocia a Inglaterra tuvo 558; en 1800 al unirse Irlanda llegó a 658; en 1884 subió a 670; en 1918 alcanzó la cifra más alta de 707; en 1922 desciende a 615 al haberse separado parte de Irlanda, hasta llegar en la actualidad a los 650 mencionados. Véase Manuel Fraga Iribarne, op. Cit., p. 89.

¹³ Berlín Valenzuela, Francisco. *Derecho parlamentario*, México, 2000, p. 204.

los Lores, comenta el autor Biffen: *se integra potencialmente con cerca de 1200 miembros, pero un número considerablemente menor está políticamente activo. Alrededor de 200 nobles no participan y muchos otros lo hacen ocasionalmente. Existen más de 700 nobles por herencia. Éstos todavía forman el corazón de la membresía de la Cámara de los Lores, pero su influencia, más que su número, es semejante al número en aumento de los pares vitalicios*¹⁴.

Por otro lado, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, tenemos que Inglaterra, Gales y Escocia forman la Gran Bretaña; la Gran Bretaña e Irlanda del Norte forman el Reino Unido; y el Reino Unido con *Channel Islands* e *Isle of Man* conforman las Islas Británicas. A pesar de que esta conformación se constituyó en un Estado Unitario, las reformas ejecutadas en 1998 modificaron radicalmente esta situación y transformo al reino en un Estado regionalizado en el cual los componentes del Reino Unido tienen su propia reglamentación y el grado de autonomía es variable.

Efectivamente, en Escocia, el *Scotland Act 1998*¹⁵ concede un alto grado de autonomía con una naturaleza semejante a la federal, justificada en el hecho de que preexiste como Estado a la formación del Reino Unido. El Gobierno es responsable frente al parlamento unicameral, compuesto de 129 miembros.

La capacidad del cuerpo legislativo se encuentra limitada¹⁶: **(i)** Por la imposibilidad de modificar ciertas leyes de orden constitucional como el *Act of Union* de 1707, *European Communities Act* de 1972 y el *Human Rights* de 1988; **(ii)** Territorialmente solo puede legislar para Escocia; **(iii)** No puede afectar las prerrogativas del *Lord Advocate* (especie de Procurador General); y **(iv)** En ningún caso puede modificar, directa o indirectamente, las reglas del derecho comunitario y las relacionadas con la Convención Europea de Derechos Humanos. Existe también la prohibición de legislar en las materias reservadas al Parlamento de Westminster (*reserved matters*).

2. El Parlamento Escocés

Para entender la realidad del Parlamento de Escocia, es necesario, tener presente, que el mismo es el producto de la más grande tradición parlamentaria, como lo es la británica, que se caracteriza por ser un sistema signado por la costumbre pero al mismo tiempo flexible y pragmático, en donde como fue explicado anteriormente, se consideró la representación de índole estamentaria de la sociedad.

¹⁴ Biffen, John. *Inside the House of Commons*, Londres, Grafton Books, 1989, p. 168.

¹⁵ Ley que prevé la creación de un parlamento escocés y de la Administración y otros cambios en el gobierno de Escocia; para prever cambios en la constitución y funciones de ciertas autoridades públicas; prever la variación de la tasa básica del impuesto sobre la renta en relación con los ingresos de los contribuyentes escoceses, de acuerdo con una resolución del Parlamento de Escocia; de modificación de la ley sobre las circunscripciones parlamentarias en Escocia; y para fines relacionados.

¹⁶ Álvarez. Tulio, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Caracas, 2011, p. 224.

Teniendo en cuenta lo anterior, la cuestión escocesa adquiere una dimensión significativa, ya que va más allá de la conformación de un parlamento propio de los escoceses, sino que implica el rediseño de toda la estructura competencial británica, lo que en el fondo conlleva un proceso de reforma constitucional, en donde entre otras cosas, se modificará el tradicional control de las diferentes regiones que componen el Reino Unido, el cual ejerció exclusivamente el Parlamento de Westminster.

Este proceso anteriormente descrito se acelera como consecuencia del referéndum de independencia de Escocia el 18-09-2014, en el cual a efectos del presente análisis, importa más la campaña política que se desarrolló con ocasión del mismo, que el propio resultado, ya que manifestada la negativa de los ciudadanos de Escocia de separarse del Reino Unido (55.3% contra 44.7%), lo que queda por analizar es el futuro del Parlamento de Escocia tomando en cuenta la voluntad política que desde los partidarios de la unión, quedó plasmada durante los debates y declaraciones políticas, consistente en profundizar el proceso de descentralización de las decisiones en una serie de materias de gran importancia, otorgándole nuevos poderes al Parlamento de Escocia, mucho más amplios de los reconocidos en la actualidad, llevando al Reino Unido a un modelo que algunos autores han descrito como Cuasi Federal¹⁷, sin bien esta expresión no es compartida por todos¹⁸.

2.1. Marco constitucional

Al momento de analizar la estructura competencial del Parlamento Escocés y su relación con el Reino Unido una de las dificultades más significativas, en especial para aquellas personas ajenas al mundo anglosajón, es la falta de una Constitución escrita, por lo que resulta imprescindible comprender el verdadero alcance y significado de la expresión por la cual se rige el sistema británico *"La soberanía reside en el parlamento"*.

Algunos autores se han referido a esta cuestión en los siguientes términos *"En el caso de Gran Bretaña, la doctrina oficial sostiene que la soberanía reside en el Parlamento, no en el pueblo. Por ende, incluso cuando tiene lugar un referéndum, el Parlamento no está obligado a seguir la opinión pública, independientemente de cuán claramente se exprese"*¹⁹.

Con respecto a esto es importante aclarar como a falta de una constitución escrita lo que impera en Reino Unido son:

...un conjunto de leyes, costumbres y usos de larga data, que poco a poco se van adaptando a las diversas situaciones, y que conforman una Constitución viva que tiene una fuerza increíble y que cambia con el transcurso del tiempo, en forma casi imperceptible. Son procesos que pueden durar años e incluso

¹⁷ Bombillar Sáenz, Francisco Miguel, *"El Sistema Constitucional del Reino Unido"* 2010 Disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/03FMBombillar.htm#palabras>

¹⁸ Cornes Richard, *Reino Unido la devolución: de mayo de 1997 a diciembre de 2000*, p. 3.

¹⁹ Arblaster, Anthony, *Democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 125.

décadas y atravesar varias generaciones. Pero al final se imponen y son aceptados²⁰.

Esto último determina el desarrollo de la nueva etapa política del Parlamento Escocés a partir del año 1998, con la denominada "Ley de Escocia" aprobada por el Parlamento de Westminster en el marco de la llamada "*devolution*", fórmula política idea por el ejecutivo laborista del para aquel entonces Primer Ministro Tony Blair, con el propósito de dar respuesta a los reclamos de mayor autonomía de la distintas regiones históricas que componen el Reino Unido, preservando la unidad del Estado y el principio de soberanía del Parlamento Británico.

Este proceso consistió en la delegación de una serie de competencias en diversas materias referidas a seguridad, justicia, política social, sanidad, educación, medio ambiente o transporte, acompañado con una limitada competencia en materia fiscal. En este punto es importante recordar que en ningún momento se cuestiona la soberanía del Parlamento del Reino Unido, el cual conserva todo su poder de decisión hasta el punto de poder legislar en aquellas materias delegadas e incluso revocar las delegaciones de competencia que en su día concedió a los parlamentos regionales entre los que destaca el Parlamento Escocés.

Ahora bien pensar que el Parlamento Británico puede cambiar el estatus constitucional de forma unilateral, inmotivada y sin consulta, es una simplificación que no atiende al verdadero espíritu del sistema británico, muchas veces descrito como un caso único e irrepetible, en donde su verdadera fuerza reside en el respeto, confianza y lealtad institucional de todos los componentes del Estado con respecto a los usos y costumbres que también forman parte de esa Constitución no escrita, es decir si bien Westminster puede en teoría abolir todas las instituciones escocesas mediante una ley, es razonable pensar que no lo hará, atendiendo a la necesidad política de preservar el sistema político, no porque exista un impedimento legal.

2.2. Relación entre Westminster y Holyrood

La Ley de Escocia de 1998, reformada por última vez en el año 2012, establece un marco competencial, en cual se distingue dos categorías. En primer lugar se establece una serie de "Competencias delegadas" que serán ejercidas directamente por el Parlamento Escocés y en segundo lugar se ubican los denominados como "asuntos reservados" sobre los cuales se establece que son competencia exclusiva del Parlamento Británico.

Entre las competencias delegadas se encuentran²¹: agricultura, silvicultura y pesca, educación y formación, medio ambiente, sanidad, vivienda, leyes y política interior, gobierno local, patrimonio natural e histórico, planifi-

²⁰ Garcia Belaunde, Domingo, Exposición realizada en el "IX Seminario Internacional Justicia Constitucional y Estado de Derecho" (La Paz, 7-9 de junio de 2006).

²¹ Información disponible en <http://www.scottish.parliament.uk/help/49480.aspx>

cación, servicio de policía y bomberos, asuntos sociales, estadística y registro público, turismo y desarrollo económico, transporte.

Cabe destacar la competencia reconocida al Parlamento Escocés de modificar la alícuota del impuesto sobre la renta en hasta un 3% con respecto al tipo que rige en el resto del Reino Unido, bajo la fórmula de *“hasta en tres peniques por libra”*. Cabe destacar que a partir de la reforma de la “Ley de Escocia” del año 2012 se le permitiría al Parlamento Escocés controlar hasta un 10% del impuesto sobre la renta, a partir del año 2016²².

En cuanto al tema de las competencias reservadas son definidas como aquellos asuntos que teniendo impacto en Escocia también influyen en el Reino Unido, por lo cual son de conocimiento exclusivo del Parlamento Británico, estos asuntos incluyen todo lo referente a política exterior, defensa, seguridad social, política monetaria, regulación comercial, entre otras.

De igual forma se reconoce el derecho del Parlamento Británico para legislar sobre cualquier asunto que afecte a Escocia incluyendo sobre las competencias delegadas aunque atendiendo a la práctica normal dentro del sistema británico, el Parlamento de Westminster se abstiene de regular aquellas materias objeto de delegación y llegado el caso de que legisle en alguna de esas materias busca el consentimiento del Parlamento Escocés.

Finalmente es importante hablar de las competencias residuales, entendidas como aquellas competencias nuevas o no reguladas que vayan surgiendo. En el caso de Escocia existe una lista negativa²³ que establece cuales son las competencias de las cuales queda completamente excluido el Parlamento Escocés en favor del Parlamento Británico, lo que trae como consecuencia que aquellas competencias que no estén previstas como reservadas a Westminster, serán asumidas por el Parlamento de Escocia.

2.3. Diferencias entre el proceso escocés y otras entidades del Reino Unido

Sin duda uno de los rasgos que más llama la atención del proceso de descentralización llevado a cabo en el Reino Unido es la enorme asimetría que presenta las distintas entidades territoriales que componen el Reino Unido (Escocia, Gales e Irlanda del Norte).

En relación a lo anterior es importante señalar que al no existir una Constitución escrita común, cada proceso se rige por leyes diseñadas específicamente para cada territorio lo que trae como consecuencia que el nivel de descentralización reconocido por el mismo Parlamento Británico con respecto a Escocia es muy diferente al reconocido por el mismo Parlamento Británico a la región de Gales o a Irlanda del Norte.

²² <http://www.businessforScotland.co.uk/explaining-the-limited-tax-powers-in-the-scotland-act-2012/>

²³ Greer, Scott, *Estudio comparado sobre los techos competenciales*, disponible en http://www.upf.edu/obsei/_pdf/doc_sostres_uk_es.pdf

Escocia goza del régimen de autogobierno más avanzado del Reino Unido, donde existe un verdadero poder legislativo, con poderes en materia fiscal, ampliadas a partir de 2016, con un sistema judicial autónomo, en donde salvo contadas excepciones, sus decisiones no son revisadas por los tribunales con sede en Inglaterra.

Mientras tanto en el caso de Gales, hay que señalar que se encuentra plenamente sometido al Derecho inglés, sólo será competente en aquellas materias donde este expresamente atribuida su delegación, la cual ha sido descrita como una delegación ejecutiva²⁴, ya que se concentra en el desarrollo de las normas de ejecución de las leyes, es decir normas de carácter reglamentario. Finalmente en el caso de Irlanda del Norte se dice que se encuentra en un nivel intermedio, entre el caso de Escocia y Gales, posee una lista negativa que determina cuales competencias no puede asumir por sí misma, pero se encuentra bajo una mayor supervisión y vigilancia por parte de Westminster, producto de los graves conflictos políticos y sociales vividos en el pasado.

En cuanto al nivel de influencia que el Parlamento Británico tiene sobre los principios que deben recoger la legislación de los distintos Estados del Reino Unido es posible señalar que en Gales toda la legislación primaria proviene de Westminster, por lo que tiene control absoluto de las bases sobre las que Gales podrá dictar sus normas de ejecución, a Irlanda del Norte la restricción estaba dirigida a los asuntos de orden público y derechos humanos de nuevo como consecuencia del conflicto armado que se desarrolló en su territorio. Cabe destacar que producto del proceso de normalización política en la región, la tutela que ejercía el Parlamento Británico sobre la legislación de Irlanda del Norte ha ido progresivamente desapareciendo, finalmente en el caso de Escocia no existe ningún tipo de tutela significativa en cuanto a la legislación que emana del Parlamento Escocés.

Descrito todo lo anterior, es posible extraer un esquema preliminar del sistema británico conformado por el Parlamento de Westminster, el cual conserva de forma exclusiva la mayor parte de las competencias en materia financiera y tributaria además de manejar todo lo referente a política macroeconómica, política exterior, sistema de seguridad social y pensiones. En un según nivel se encontrarían las estructuras descentralizadas por delegación expresa del Parlamento Británico en las tres regiones históricas, es decir Escocia, Gales e Irlanda del Norte, las cuales presentan niveles asimétricos de autonomía, siendo Escocia la región que presenta un mayor ámbito de autogobierno, seguida por Irlanda del Norte y finalmente Gales.

Mención aparte merece el caso de la región de Inglaterra que cuenta con el 85%²⁵ de la población y genera la mayor parte de la riqueza del Reino Unido, la cual paradójicamente se encuentra dirigida exclusivamente por el Parlamento de Reino Unido, si bien han existido iniciativas dirigidas a la conformación de un Parlamento Ingles, el cual legisle en aquellas materias de-

²⁴ Cornes, ob. cit., p. 11.

²⁵ Greer, ob. cit.

legadas que afecten exclusivamente a la región de Inglaterra. Dichos esfuerzos no se han concretado debido principalmente al difícil equilibrio de poder político entre los diferentes partidos ingleses.

2.4. Elección, composición y funcionamiento del Parlamento Escocés

Las elecciones al Parlamento Escocés se definen por un sistema de elección de representación proporcional conocida como “*representación proporcional personalizada*”²⁶ en donde cada uno de los ciudadanos de Escocia son representados por 8 diputados de los cuales 1 es elegido a través de circuitos electorales uninominales, en donde el candidato que obtiene mayor número de votos obtiene el escaño, mientras que los otros 7 diputados pertenecen a las denominadas “regiones del Parlamento Escocés” en donde se eligen de manera proporcional teniendo en cuenta los votos obtenidos por cada partido en todas las circunscripciones electorales que conforman dicha región. Sin importar su forma de elección una vez elegidos todos los diputados gozan de los mismos derechos y deberes entre los que destaca atender las solicitudes o reclamos que les hagan llegar los ciudadanos a los cuales representan.

El Parlamento de Escocia consta de 73 diputados elegidos por circunscripción y 56 escaños adicionales de los denominados diputados regionales distribuidos en las ocho regiones electorales, en la que está distribuido el territorio de Escocia. En total el Parlamento de Escocia está conformado por 129 diputados.

En las quintas elecciones generales al Parlamento Escocés del 05-05-2016, el Partido Nacional Escocés (*Scottish National Party*) tuvo que formar gobierno en minoría debido a la pérdida de la mayoría absoluta que había ostentado en la legislatura anterior²⁷. El número de escaños obtenido por cada partido fue el siguiente: Partido Nacional Escocés 63, Partido Laborista Escocés 23, Partido Conservador y Unionista Escocés 31, Partido Liberal Demócrata Escocés 5, Partido Verde Escocés 6, Independiente 1.

Sin embargo este aparente revés electoral, fue claramente compensado con los excelentes resultados obtenidos en las elecciones generales de Reino Unido celebradas el mes de diciembre de 2019, en donde del SNP obtuvo 48 de 59 escaños posibles en Escocia, en el marco de una campaña altamente polarizada a raíz de la discusión del Brexit.

Ahora bien, con el objetivo de analizar el funcionamiento del Parlamento Escocés hay que referirse en primer lugar a la Comisión de Gobierno, órgano formado por un grupo de diputados que representan a los distintos partidos o agrupaciones políticas siempre que dispongan de un número mayor o igual a 5 diputados. La función principal de este órgano es la programación

²⁶ Información disponible en <http://www.scottish.parliament.uk/help/49480.aspx>

²⁷ *Ibíd.*

de la agenda parlamentaria, tanto a nivel de comisiones como a nivel de sesión plenaria del Parlamento de Escocia.

El Parlamento tiene dos tipos de comisiones²⁸:

En primer lugar las establecidas por la misma Ley de Escocia: Ética, finanzas, inspección, procedimientos, asuntos europeos, igualdad de oportunidades, peticiones públicas, y normativa reglamentaria. En segundo lugar, las establecidas por el mismo Parlamento: transporte y medio ambiente; salud y servicios sociales; justicia y asuntos internos; empresa y formación continua; asuntos rurales; integración social, vivienda de protección oficial y sector voluntario; educación, cultura y deporte; y gobierno local.

El Parlamento además tiene la competencia de crear comisiones especiales para estudiar cuestiones concretas de su interés. Entre las principales funciones de las comisiones del parlamento se encuentran:

En el ámbito de la Legislación las comisiones se encargan del estudio sistemático de los proyectos de ley presentados, de igual forma poseen iniciativa legislativa para presentar sus propios proyectos.

En el ámbito de la investigación las comisiones puede investigar cualquier asunto que entre dentro del marco de sus competencias con el propósito de redactar un informe que será discutido posteriormente ante la plenaria del parlamento.

Adicionalmente las comisiones pueden elaborar informes referidos al funcionamiento del gobierno de Escocia, también sobre asuntos de legislación europea o cualquier otro asunto que se le pida conocer. Pudiendo invitar a cualquier persona para que aporte testimonio sobre aquellos asuntos relacionados con la propia comisión parlamentaria.

2.5. Perspectivas hacia el futuro

Visto el presente del Parlamento de Escocia, estas líneas van dirigidas a reflexionar acerca de los nuevos retos que deberá afrontar las instituciones escocesa por un lado, y el Reino Unido por otro, para consolidar un nuevo modelo constitucional que dé respuesta tanto a las aspiraciones de autogobierno de las distintas regiones, al mismo tiempo que preserve la unidad y la fuerza de la Nación en su conjunto.

El primer gran reto que enfrenta este sistema es la enorme asimetría, descrita anteriormente, producto de procesos de descentralización muy específicos dotados de una gran carga histórica que no debe perderse de vista a la hora de tratar de comprender las razones que llevaron a adoptar un sistema tan complejo.

Resulta bastante probable que este nivel de asimetría provocará futuras tensiones entre las instituciones que conforman el Reino Unido, al entender que no se está dando un trato de igualdad a todas las regiones, lo que ter-

²⁸ Cornes, ob. cit.

mina por constituir una serie de privilegios muy difíciles de sostener en el tiempo.

Con relación a lo anterior, cabe esperar que se produzca una profundización del proceso de descentralización el cual permita avanzar hacia la convergencia en los niveles de autogobierno en las distintas regiones que conforman el Reino Unido, como por ejemplo es el caso de Gales.

El segundo gran reto es de índole financiero, ya que conforme se vayan dando y profundizando las diferentes delegaciones de competencia en materia tributaria irán surgiendo las tensiones que ya se viven en otras partes de Europa referidas a la solidaridad entre las regiones más ricas a la hora de transferir recursos obtenidos mediante impuestos a sus habitantes, a aquellas regiones menos desarrolladas, que terminan recibiendo más recursos de los que aportan.

Para resolver esta cuestión resulta esencial la total transparencia y rigor a la hora de invertir los recursos obtenidos de los ciudadanos, señalando en todo momento la necesidad y conveniencia a nivel político y económico de mantener la cohesión del país a través de un gasto que atienda a las necesidades específicas de cada comunidad y no una simple operación matemática de suma y resta de lo que contribuyes con lo que recibes.

Finalmente, hay que señalar lo que para muchos es la fortaleza y al mismo tiempo la mayor debilidad de este sistema único: depende de algo tan básico y al mismo tiempo complejo como lo es la buena voluntad y lealtad institucional de las personas que lo componen, ya que al no tener previsto un marco institucional capaz de controlar las acciones del soberano, es decir, El Parlamento británico, lo único que impide que una mayoría circunstancial asuma el poder de manera arbitraria en contra de las minorías, es la fuerza misma de una cultura política altamente desarrollada, respaldada en una tradición histórica de varios siglos que ha permitido afrontar, con bastante éxito, los retos que han ido surgiendo a lo largo de la historia del Reino Unido.

Conclusiones

La historia del parlamentarismo británico ha influido de forma determinante en la conformación de un sistema de relaciones intergubernamentales, con respecto a las entidades regionales que forman parte del mismo.

El proceso de *"devolution"* ha significado un avance significativo en la reforma constitucional del Reino Unido, el cual se ha caracterizado por la delegación de una serie de competencias desde el Parlamento Británico con destino a diversos entes regionales. Logrando, mantener hasta ahora con esfuerzo, un complejo equilibrio de poder que garantice la unidad del Estado y el principio de soberanía del Parlamento.

Uno de los rasgos fundamentales del proceso de descentralización en Reino Unido es la asimetría en el reparto de competencias, lo que determina que el modelo de relaciones que existe entre Westminster con los diferentes

entes regionales varía significativamente caso a caso, configurando diferentes modelos de autogobierno para cada una de las regiones que componen el Reino Unido.

Escocia representa el caso más avanzado de autogobierno dentro de las regiones históricas que conforman el Reino Unido, teniendo el mayor número de competencias y la mayor capacidad de legislación con la sola restricción de las denominadas competencias reservadas enumeradas en la misma Ley de Escocia, sobre las cuales mantiene pleno control el Parlamento Británico.

El Parlamento Escocés, constituye un elemento fundamental de este modelo, el cual está llamado a articular, desde la lealtad institucional, el nuevo sistema político, sirviendo de inspiración para futuras delegaciones de competencias a las regiones de Gales e Irlanda del Norte. Es por esto que la importancia del estudio de su estructura y funcionamiento van más allá de Escocia, teniendo implicaciones en todo el ordenamiento del Reino Unido.

Sin embargo, tras la controvertida salida del Reino Unido de la Unión Europea (UE) el pasado 30-01-2020, luego de activar el artículo 50 del Tratado de Lisboa y de la consulta promovida por el primer ministro conservador David Cameron, el pasado 23-06-2016, en el que el 72% de los británicos acudieron a las urnas, con un resultado de 52% de abandonar la UE y un 48% de continuar en ella; el Parlamento de Escocia ha sometido a votación la posibilidad de la celebración de un nuevo referéndum de independencia tras el "Brexit", no obstante, la petición ha sido rechazada por el Primer Ministro Johnson alegando que ya el capítulo de la independencia de Escocia quedó cerrado al menos para una generación luego de los resultados del referendo de 2014, lo cual no ha evitado incrementar la tensión política con el Partido Nacional Escocés (SNP) que en las pasadas elecciones británicas celebradas a mediados de diciembre de 2019, se hizo con 48 de los 59 escaños escoceses en el Parlamento británico, lo que ha sido asumido como un aval político para que la ministra principal de Escocia Nicola Sturgeon continúe con sus planes de impulsar la celebración de un nuevo e incierto referéndum por la Independencia de Escocia de Reino Unido.

LOS DERECHOS Y SU PONDERACIÓN. BREVE ENSAYO DE ANÁLISIS Y CRÍTICA

Leonardo Veronico*

Introducción

El presente ensayo pretende proyectarse como una breve disertación teórico-crítica sobre lo que se ha denominado “*teoría general de los derechos*” o, en referencia a Ayala Corao y a Bernal Pulido, “*derecho de los derechos*”, así como sobre la técnica interpretativa y de resolución de los presu- midos “*conflictos entre derechos*”, denominada por la doctrina y la jurisprudencia como técnica de la “ponderación”.

Si bien se trata de un aporte teórico, el presente trabajo corto se basa en un análisis documental, doctrinario y de otras fuentes del derecho que busca exponer una investigación teórica que sintetice las importantes obras y las grandes determinaciones sobre tan importante tema, pero que de nin- guna forma pretende igualarse a tal exigente labor, que ya ha sido cumplido en reiteradas y respetadas oportunidades por otros autores; por ello el pre- sente escrito espera plasmar una opinión sesuda en relación al tema en cuestión, desde un punto de vista tal vez poco explorado, y posiblemente no compartido por la mayoría de los aportes doctrinarios. En esencia, este en- sayo pretende colocar en la perspectiva del lector una serie de conceptos, razonamientos y deducciones que se desprenden –precisamente– de los análisis y trabajos de investigación existentes, previamente revisados y ana- lizados.

Con los avances en el desarrollo de la humanidad, el derecho como ra- ma de las llamadas ciencias sociales tampoco ha escapado de esos avan- ces y actualizaciones a los tiempos corrientes. Los estudiosos del derecho han tratado de dar explicaciones a los fenómenos que dan origen a los comportamientos humanos en sociedad, y con ellos tratar de describir una serie de normas de conducta; con el paso del tiempo y ya asentadas las bases de ese derecho, la figura de la legislación –y con ella la del legisla- dor– cobra un importante crecimiento destacando en las mejores intencio-

* Leonardo Veronico Osorio. Abogado cumlaude egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) en 2017. Cursó estudios de maestría en Derecho Constitucional (UCAB), Estu- dios Avanzados en Gobernabilidad, Gerencia Pública y Gestión política (UCAB- George Wa- shington University) y en Derechos Humanos (UCAB). Ejerce como abogado privado e in- vestigador, participa en la elaboración de proyectos de investigación y publicaciones aca- démicas. Es profesor en la UCAB en el área de Derecho Constitucional y en el Centro de Clí- nica Jurídica.

nes que tienen precisamente aquellos que hacen e imponen la ley –el Estado– para la sociedad.

El surgimiento del constitucionalismo como corriente del derecho y una corriente casi ideológica de control del poder, fue –a criterio propio– un comportamiento racional a los tiempos que se vivían; a posterioridad, y con los avances que el propio constitucionalismo liberal permitió surgen corrientes de presunta avanzada y correcciones de errores del pasado, con ella mediados del siglo XIX pero con inspiraciones previas, surge el llamado neo-constitucionalismo, que trae también una crecida en la concepción de derechos tal y como se conocían. Los cambios, muchos de ellos impuestos, traen sus conflictos, y precisamente esa transición entre constitucionalismo y neo-constitucionalismo generó mucha mayor visibilidad y presencia al conflicto entre los derechos, al ampliar su catálogo y con ello la posibilidad de conflictos palpables.

1. Sobre el conflicto

El conflicto entre derechos fundamentales, o incluso entre principios constitucionales puede ser considerado como uno de los temas más relevantes del derecho constitucional, o al menos de los estudios doctrinarios del derecho constitucional. Se trata de uno de los más extensos y controvertidos debates que se presentan en y desde la academia, y que necesariamente se transponen al plano de la realidad. A juicio del autor, el mejor análisis jurídico y el verdadero derecho no es aquel que surge en las grandes mentes de bien intencionados ingenieros del derecho, sino es aquel que surge puramente de situaciones o problemas de la realidad; es allí donde se genera el derecho, en la propia realidad y en la solución que aspiran o quieren las personas, que se convierte en costumbre, y que se recoge en el derecho positivo. El derecho se plasma y se debe positivizar, cuando la realidad es observada y analizada y sobre ella se recoge una respuesta jurídica, y debería ser ese el único origen de la Ley¹.

Así entonces, los “conflictos entre derechos” son realmente problemas de la realidad, y así deben ser vistos y analizados desde la realidad. Por ejemplo, planteando la controversia que recoge García Amado, sobre los mismos ejemplos en los que discierne Robert Alexy y el famoso caso alemán del *Bundesverfassungsgericht* sobre la “incapacidad procesal”: se trata de un ex funcionario Nazi que es perseguido penalmente en Alemania, luego de culminada la Segunda Guerra Mundial; el sujeto sufre de afecciones cardíacas que pueden poner en riesgo su salud y pueden verse acrecentadas ante las fuertes tensiones emocionales que un juicio en su contra puede generar². Allí pareciera revelarse un conflicto entre el principio constitucional –base del Estado de Derecho– de necesidad de persecución penal de los

¹ Al respecto, ver por ejemplo: Leoni, Bruno. *La libertad y la Ley*. (Unión Editorial, 2010).

² Al respecto García Amado, Juan A. *Un ejemplo de Alexy sobre buenas ponderaciones*. (2015). <https://www.garciamado.es/2015/02/un-ejemplo-de-alexysobre-buenas-ponderaciones-analisis-critico/>

delitos en conflicto con el derecho a la vida del acusado, que se pone en riesgo visto la afectación a su salud; incluso podría surgir otra controversia, ante el mismo caso, pero refiriéndose al derecho al amparo o a la justicia que tienen las víctimas de los delitos ante la vida del victimario.

Ante tales controversias, que surgen de la realidad, se debe dar una respuesta desde el derecho, por lo cual el conflicto debe ser resuelto por aquellos llamados a resolver las controversias jurídicas de la realidad, los jueces.

Partiendo de la base del Estado de Derecho y el propio principio de separación de poderes que de allí se desprende, deben entonces ser los jueces los encargados finales de dirimir los conflictos jurídicos que se presentan en la realidad; conflictos jurídicos estos que deben ser extraídos preponderantemente de la realidad fáctica y los verdaderos conflictos de la sociedad, es decir, no deben extraerse de una maquinación de una evaluación en abstracto. Se hace la anterior aclaración, puesto que en no pocas ocasiones, los juristas, académicos y hasta la misma jurisprudencia tienden a plantearse supuestos conflictos y supuestos de hecho imaginarios para presentar problemas, inexistentes en la realidad, pero hechos en análisis en abstracto, a los cuales el derecho debe proveer una solución o al menos una forma de llegar a esa solución.

Desde el punto de vista del autor de este ensayo, carece de sentido y es incluso riesgoso y temerario plantear conflictos y situaciones en abstracto y darle soluciones jurídicas indeterminadas, de donde nazcan teorías y principios jurídicos rectores de la actividad –jurídica–, que en ningún caso se inspiran en el caso que la realidad les plantea, sino lo que ellos decidan ver o lo que alguien les plantee hipotéticamente. Direccionando al tema en concreto, en el presente caso planteado por García Amado se encontraría ante conflictos entre derechos o de principios, específicamente los adjetivados como fundamentales y/o constitucionales, cuyo principal dirimente se debe encontrar en la denominada Justicia Constitucional.

2. Sobre el derecho de los derechos

Analizando entonces la temática de los derechos, se debe hacer un breve y concreto análisis sobre las “categorías” o precisamente adjetivaciones de los derechos, realizado a grandes rasgos. En un sucinto resumen de estos, se refiere a la diferenciación entre derechos fundamentales, derechos constitucionales y derechos humanos, basados en autores como Pedro Nikken y Jesús M. Casal. También, a efectos medulares del presente trabajo, se incluye la diferenciación entre derechos políticos y derechos sociales. Se trata de conceptos de suma importancia, los cuales deben ser diferenciados con suma finura, dando a entender el claro significado que se le da a cada uno para así poder discernir al respecto.

Desde el punto de vista del sujeto, se puede entender por derechos fundamentales aquellos de los que son titulares todos los individuos, que fueron concebidos y conquistados por los propios individuos, como resultado

de su propia actividad cotidiana, su mejor calidad de vida y su propio desarrollo. Se puede remontar el origen en su concepción y fundamental conceptualización a una inspiración principalmente Lockiana³, pero que también podría incluir importantes antecedentes como las efímeras concesiones en la Carta Magna de Juan Sin Tierra en 1215 o en la Revolución Gloriosa de 1688; todas estas relacionadas a los derechos fundamentales de vida, libertad y propiedad; además se habla de la conquista formalizada y positivizada de estos derechos con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, e incluso la Declaración de los Derechos de Virginia de 1776, ansias de conquista de esos derechos que fueron sin duda parte de la inspiración para las gestas revolucionarias en Francia y Estados Unidos, más que por un sentido romántico, por un sentido utilitario.

Se trata de derechos que no requieren ninguna prestación de un tercero para existir, sino solamente existen con la mera socialización humana e, incluso, con la abstención de violación –es decir con un no actuar–, pues son preceptos naturales que son respetados entre las personas. Cuando se respetan los derechos de las personas, y hay una convivencia sana por conveniencia de los involucrados, ha surgido naturalmente la cooperación voluntaria, avance y progreso, o al menos así lo ha demostrado la historia. Estos derechos surgen en conjunto con la idea de Estado de Derecho, el Estado liberal burgués, el Estado mínimo y controlado, el gobierno de las leyes y no de los hombres; en esencia, es la idea de un poder estatal con limitaciones, precisamente concebidas para que el Estado poderoso no viole esos derechos, y para que proteja que no sean violados entre particulares.

Ahora bien, en lo referente a derechos constitucionales, se debe hablar de un concepto posterior a la concepción de derechos fundamentales, pues se trata de derechos recogidos en el derecho constitucional, en ese texto denominado “Constitución” con todas sus características, y como parte del constitucionalismo, que debemos decir fueron banderas o, al menos, resultados de las mencionadas gestas revolucionarias del siglo XVIII. Se habla de derechos constitucionales como los derechos recogidos en un texto constitucional. Dependiendo del tiempo histórico y del contexto en el que se mencione, suelen ser igualados y utilizados en sinonimia con los fundamentales. Los derechos constitucionales son, en su comprender más simple, aquellos recogidos en la constitución.

Por último, podemos entender los derechos humanos como aquel concepto conquistado con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Visto que las atrocidades del nazismo que fueron realizadas con completa legalidad y apariencia de legitimidad constitucional (fundamental y positivizada), la constitucionalización de derechos no se consideró como suficiente, sino el desarrollo de la humanidad se vio en la necesidad de reiterar que existen una serie de derechos y garantías fundamentales y esenciales del ser humano, por el solo hecho de ser humano, y que eso no puede ser negado por ninguna constitución o ley fundamental; ya en ese momento se destaca el

³ Ver Locke, John. *Segundo tratado sobre gobierno civil*. (Alianza Editorial, 2014) En digital: http://cinehistoria.com/locke_segundo_tratado_sobre_el_gobierno_civil.pdf

problema de llamar derecho a creaciones mentales de legisladores e ingenieros sociales. Los derechos humanos entonces se enunciaron y recogieron en tratados internacionales (con los Estados-nación constitucionalizados y ya consolidados), entre los que debemos mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Ahora bien, el asunto medular para este trabajo, por el que han sido descritos los anteriores conceptos recae en la condición de relación entre sí, sea de jerarquía o igualdad transversal, así como en el contenido de ellos y la significancia, valor y naturaleza jurídica del concepto al que se refiera. Materialmente, al pensar en un derecho, este puede ser fundamental, constitucional y humano a la vez, pues no son categorías excluyentes, de hecho, cada una pareciera ser asentamiento, desarrollo histórico y respaldo histórico del otro; la diferenciación pareciera radicar en el documento positivo que los agrupa.

El problema que se pretende plantear surge cuando, desde la óptica del autor, se han constitucionalizado derechos o se han concebido y "recogido" como derechos humanos ciertas condiciones o necesidades de la realidad, que no se corresponden con la idea de derecho fundamental, que incluso pueden llegar a negar o a soslayar el propio concepto de derecho.

Se busca referir a la ampliación del catálogo de derechos fundamentales, de aquellos que no requerían las prestaciones humanas, y la ampliación del derecho de dignidad humana y derecho a una vida digna, gracias a la cual se conciben derechos que permiten vivir en condiciones dignas, con un mínimo vital, o en una situación de bienestar.

Estos nuevos derechos surgen con la idea del Estado Social o Estado de Bienestar, que pretende ser una evolución del Estado Liberal que corrija sus fallas y, visto las grandes desigualdades que se evidenciaron con el Estado Liberal (que ya existían, y eran aún más acrecentadas antes de que este se instaurase) y con pretensión de que el Estado se convirtiese en suplidor de las necesidades de las personas, que se convirtieron en derechos sociales. Desde ese momento entonces la gente, solo por el hecho de nacer, tenía derecho a que se le otorgasen una serie de servicios y se les solventaran una serie de necesidades, esto mediante servicios prestados por responsabilidad del Estado, que no necesariamente ese ser o sus familiares habían trabajado para obtener. Se trata de un tema fundamental para las ciencias sociales, trascendental para el desarrollo de la humanidad en sus ideologías políticas y sociales.

Con esto ya se adelante la concepción de los derechos sociales los cuales se constituyen como diferenciados de aquellos derechos civiles y políticos, que eran los únicos concebidos ante la anterioridad; y que además, sin ellos y el progreso social y económico que se generó gracias a férreo su respeto, no hubiesen podido siquiera concebirse los llamados derechos sociales.

Así las cosas, retomando un acercamiento ya planteado, los derechos sociales sí requieren una prestación de un tercero para existir, no son autó-

nomos por sí solos, y no son el resultado de un comportamiento social que fuere costumbre y fuese positivo, sino de una necesidad de las personas que ingenieros sociales quisieron –con buenas intenciones– reparar o atender.

Esta diferenciación se hizo medular cuando se tuvo que inter-relacionar con las tres categorías anteriores, pues existen teorías y tendencias que igualan todos los derechos al mismo nivel, es decir, para esos teóricos tanto los derechos políticos como los derechos sociales están en el mismo nivel jurídico, son fundamentales y humanos, y pueden ser perfectamente constitucionales. No se trata de una teoría minoritaria, se trata de la concepción universal de los derechos, de la tendencia predominante en el mundo, e incluso en la historia reciente. No por menos con una lectura de las labores actuales de los organismos protectores de derechos humanos y de muchas constituciones del mundo, existe la protección igualitaria e inequívoca de derechos políticos y de derechos sociales.

En los inicios de la concepción de derechos humanos, se categorizaron en generaciones, entendiendo y diferenciado por primera generación esos derechos que se llaman realmente fundamentales, los civiles y políticos; en segunda generación, se entienden los derechos sociales y culturales, que están precisamente relacionados a esa ampliación de la vida digna y del derecho a la dignidad humana en condiciones mínimas vitales.

Inclusive llegó a hablarse de derechos de tercera generación siendo aquellos que se corresponden con la solidaridad (que debería ser voluntaria y manifestación de la libertad de las personas) pues se trata de “derechos” a ciertas cuestiones que no dependen del individuo por sí solo, como el medio ambiente; modernamente se habló de una cuarta generación relacionada con la prestación de servicios vitales como medio para garantizar otros derechos, como el derecho al internet para la libertad de expresión.

Dicha tesis fue superada por esos mismos teóricos que igualan todos estos como derechos fundamentales y humanos, basándose precisamente en el carácter universal, transversal, interdependiente y no jerarquizado entre ellos.

Ahora bien, si se igualan todos estos derechos, en la misma jerarquía, se hace mucho más frecuente y común el conflicto entre derechos, y comienzan a negarse entre sí, muchos de ellos, donde gracias a las ideologías políticas imperantes en casi la totalidad del mundo se ha impuesto una visión pro-derechos sociales, ya que se trata de aparente bondad, caridad y ayuda al más necesitado, y se ha instaurado el colectivismo (el bien de todos) sobre el individualismo (el bien de uno).

Se sostiene que, vista esa crecida en los conflictos entre derechos o principios del mismo rango, es la razón por la que se hizo una tarea principal la solución de esos conflictos, y surgió, entre otras, la técnica de la ponderación.

Se puede entender por derecho toda aquella pretensión exigible ante un tercero, que puede ser tutelada jurídicamente. Esta tesis se inclina por una

teoría simple: los derechos se cumplen en su totalidad; no deben ser cumplidos gradualmente. Es decir, utilizando el recurso de lo absurdo, podría creerse que un sujeto podría acercarse a un tribunal a exigir el cumplimiento y respeto irrestricto de derecho, como parece lógico en el marco de un Estado de derecho; si se tratase del derecho a una vivienda, que se trata de un elemento fundamental de su vida digna, y se ha seguido la narrativa de que es un derecho fundamental, por ende, debe ser cumplido a toda costa y el tribunal debe garantizarlo.

Sin embargo, sobre los derechos sociales se hacen mucho más complejas las actividades necesarias para el cumplimiento de las obligaciones estatales tradicionales, las de respeto y garantía, así como de vigencia efectiva. Al respecto, se ha desarrollado una teoría de cumplimiento posible y de "mandatos de optimización" para la actividad del Estado, cumpliendo con estos derechos en la medida de sus posibilidades, lo que ya denota una demarcación y diferenciación entre derechos, por los cuales no son iguales entre sí.

Según el criterio del autor (utilizando una frase de Robert Alexy), esta teoría demuestra que se exige que el Estado cumpla con los derechos sociales y los satisfaga en la medida de sus necesidades y capacidades reales, basados además en la progresividad⁴; es decir, no tiene que cumplirlo a cabalidad, solo en la medida que pueda; nuevamente utilizando recursos retóricos, se trataría de que un derecho fundamental puede ser satisfecho a medias. Desde la perspectiva planteada en este ensayo, se trata de una judicialización en vano, pues el derecho realmente no se encuentra cumplido, y siempre habrá formas de justificar su incumplimiento; todo esto mientras que aquel "titular del derecho" sigue sin satisfacer su necesidad.

Ahora bien, ese planteamiento infiere, además de una acrecentada actividad estatal, la necesidad de un desarrollo jurídico para cubrir dichos derechos, para intentar enmarcar la actividad estatal, y para inclusive decirle a los individuos cuáles son sus derechos, que fueron concebidos por ingenieros sociales (políticos, legisladores, ejecutivo y administradores públicos), pero cuyo desarrollo jurídico siempre va a ser insuficiente en los medios formales para reconocer derechos (leyes) nunca una ley podrá abarcar la regulación de las necesidades sociales pues entre otras cosas, la necesidades son infinitamente variables, cambiantes y hasta apreciables dependiendo de la perspectiva desde donde se estudie.

Entonces, con la excusa del desarrollo en el caso concreto visto que no se puede reseñar en normas generales y abstractas (como debe ser la ley), la tendencia ha sido que los jueces, en un amplísimo uso de sus facultades, desarrollen estos derechos, y así se incentiva un criticable activismo judicial,

⁴ Al respecto podría verse criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en caso Lagos del campo v. Perú, Sentencia del 31-08-2017, Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf También por ejemplo en: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. (IIDH San José de Costa Rica, 2009).

que rompe con las propias bases del Estado de Derecho, en la separación de poderes a nivel funcional.

Por demás, se menciona una apreciación muy particular: un sistema donde se hayan constitucionalizado los derechos sociales, y se entiendan como fundamentales, es un sistema que obliga al Estado a perennemente estar involucrado en la prestación de los servicios que dan cumplimiento a esos derechos sociales. Se trataría entonces de un sistema que no puede concebir –por su propio diseño–, un Estado mínimo, limitado; es, sin lugar a dudas, una situación que cierra el espacio para el pluralismo político, cuestión que seguramente está también concebida en las constituciones que contemplan derechos sociales como derechos constitucionales, por lo que asumir estos derechos sociales como derechos constitucionales cercena esa garantía de pluralismo, haciendo evidente otra negación de principios entre sí, que a criterio es característico de esos sistemas que contemplan derechos sociales.

3. Sobre la ponderación de derechos

Para dar solución a esos problemas de la realidad, los teóricos del derecho han desarrollado varias teorías, mecanismos o formas para la sana resolución de este medular conflicto. Robert Alexy, jurista alemán, fue uno de los primeros –sino el primero– en recoger la denominada teoría de la ponderación o entre derechos o principios, que utiliza un test de proporcionalidad para resolver el solapamiento entre derechos, analizando el caso concreto y dando una única respuesta al mismo; criterio que además es vastamente utilizado en la actualidad⁵.

Alexy reconoce que recoge una técnica utilizada por el Tribunal Constitucional alemán, que consta (i) de revisar la idoneidad en el fin de la limitación de un derecho; (ii) la necesidad en la realidad de esa limitación y (iii) propiamente la proporcionalidad, que mide la afectación de ambos derechos, y revisa si se cumple una compensación positivo-negativa (suma cero), que se podría visualizar en un óptimo de Pareto.

Así, la idoneidad pretende establecer si realmente al limitar un derecho se estaría correspondiendo y “mejorando” la situación del otro. Ejemplo en un conflicto entre libertad de expresión vs intimidad (caso Kimel vs Argentina Corte Interamericana de Derechos Humanos) al limitar la intimidad, se le da cabida a acceso a la información de ciertas personas (funcionarios), que es un elemento de la libertad de expresión.

⁵ Ejemplo Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Kimel v. Argentina, sentencia del 02-05-2008, Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf Fue la ponderación entre Libertad de Expresión vs Derecho de Privacidad en caso de políticos en cargos públicos, se “ponderó” y se estableció que la privacidad alcanza hasta las actuaciones privadas de los funcionarios, no en las actividades en su desempeño público. La Corte introduce un elemento de legalidad en la evaluación, pero que no será discutido en el presente trabajo.

En segundo lugar, la necesidad busca determinar si es esa la forma menos gravosa de solucionar el conflicto. En el mismo de libertad de expresión vs intimidad, se plantea si no existe otra forma en que se pueda tener acceso adecuado a esa determinada información, pues siempre es oponible la intimidad para no revelarla.

Y por último, la proporcionalidad, donde se trata de determinar la medida de las afectaciones (leve, moderada o grave), para compensar entre ellas y justificar –moralmente– la limitación de un derecho, se trata de un asunto altamente valorativo. Se debe ponderar el grado de afectación, la importancia de la satisfacción y así justificar la restricción. En el ejemplo, es adecuado que se limite la intimidad del funcionario en su totalidad en lo respectivo a la función pública, para que exista acceso completo a esa información sobre su función pública.

Si bien suena tautológico, cobra sentido en la determinación que debe hacerse ante caso más difíciles (Dworkin), donde se debe estudiar detalladamente cada uno de estos aspectos. En el elemento de la ponderación, Alexy indica que se introduce una variable de “peso”, es decir, se coloca en una especie de balanza el peso de los principios o derechos ponderados, para que la balanza muestre un equilibrio ideal (pero utópico).

Se trata de una teoría que ha sido calificada como objetiva, que rebate la exegesis y el positivismo jurídico, y que da un rol relevante al juez, mas no discrecional, precisamente por la objetividad del examen.

No se trata además de eliminar la aplicación de un principio o derecho para una serie de casos concretos contra otro derecho o principio. Precisamente para evitar eso y evadir los precedentes rígidos, la ponderación plantea el análisis casuístico de cada situación y de cada conflicto, dejando abierta una falta de certeza retumba en las críticas a esta teoría.

Por otro lado, parafraseando a Casal, se puede decir que Alexy –inspirado en Dworkin inclusive– reconocía la existencia de normas y de principios, estableciendo que toda norma tiene un principio subyacente que le inspira y que le guía.

Alexy sostiene que los conflictos entre normas deben ser resueltos por los mecanismos normales de resolución de conflictos normativos (rango, especialidad, temporalidad, materia, vigencia, etc.). Ahora bien, si sobre toda norma subyace un principio, cabe decir entonces que en todo conflicto normativo hay una colisión de principios, entonces siempre habrá que decidir sobre dos principios que chocan entre sí. Inclusive, si se trata de una norma en conflicto con un principio, se plantea que se ponderaría. Se sostiene, sin lugar a dudas, que en este punto se enraza una primera gran crítica al modelo propuesto por Alexy.

En las teorías para la solución de conflictos, los doctrinarios y la realidad de la aplicación del derecho ha dispuesto dos grandes “formas” de solución de conflictos entre principios o normas de igual rango: la idea de la solución única que propone el hermetismo del derecho, y la posibilidad de una discrecionalidad judicial para dicha solución.

Se señala y aclara algún tipo de confusión aquí posible: si bien la ponderación plantea el análisis de cada caso en concreto, las ideas de los que apoyan la ponderación se inclinan hacia que el derecho tiene una única solución para el caso, y precisamente el test de proporcionalidad y la objetividad del mismo son las que pueden llegar a ellos, excluyendo la labor del juez e, inclusive, disminuyendo su responsabilidad en las decisiones. Las tendencias asociadas a una solución única que ofrece el derecho son seguidas por el propio positivismo jurídico, a consideración también incluimos a Casal y Bernal Pulido al apuntar a que el juez racionaliza el derecho que tiene una solución, llega a esa solución y la aplica.

La misma idea es apoyada por la propuesta del juez Hércules de Dworkin, que no es más que el planteamiento de que existe un juicio perfecto, ideal, que conoce todo el derecho y es la solución ideal para todos los casos existentes, pues el derecho es completamente autosuficiente y todos los jueces deben tratar de acercarse lo más posible a ese juez utópico; en ese sentido y trayendo al caso de estudio, los jueces al ponderar deben tratar de parecerse lo más a ese juez Hércules. Por último, se incluye tímidamente también a Ferrajoli, que asoma una interesante teoría donde plantea que el Juez considera el derecho como estático, y lo que pondera son los hechos que van al caso concreto, y busca como subsumir los mismos en el derecho, pondera es sobre los hechos concretos.

Por otro lado, también se menciona a aquellos seguidores del planteamiento de una discrecionalidad en el razonar del juez, desarrollada por Kelsen, tesis a la cual se suscribe el presente autor. Aunque suene absurdo, el mayor referente del positivismo sí considera que el juez tiene una operación mental propia y discrecional en la interpretación del derecho, por lo que se encuentra allí un apoyo para considerar que se trata de una realidad insoslayable, pues el sistema no es perfecto, y la situación de operación mental no puede ni siquiera ser tapada por la positivización del derecho, mucho menos por la pretendida objetividad de la ponderación.

La teoría de la ponderación, según autores modernos y moderados con los que no se coincide en este punto (Casal y Bernal Pulido, no es el caso de Alexy), trata de colocarse en un punto medio, y plantea que la ponderación moderna es transversal respecto a estas dos formas de solución, incluye un elemento de racionalización objetiva del juez, con la utilización de la balanza perfecta, y también hay una ampliación subjetiva para determinar el peso de los elementos en la balanza.

Ahora bien, con esto se demuestra que la fórmula planteada para la ponderación tiene una serie de variables, que son precisamente las variables de peso de los principios y/o las normas en conflicto. Si se tratara de elementos físicos en una balanza, la variable sería completamente objetiva, pero como se trata de planteamientos e ideales y constructos jurídicos, la determinación del peso tiene, necesariamente, que surgir de una mente humana. Así entonces revelamos la mayor crítica a la técnica de la ponderación, esta técnica es completamente subjetiva, porque es el juez el que de-

termina el peso de las variables desde las consideraciones de su subjetividad.

Al respecto, y como punto salvado, Alexy excluye lo que se denomina principios y normas de validez estricta, que son aquellos que no pueden ser siquiera ponderados, porque son insoslayables. Sin embargo, la discreción de cuáles son los principios y normas de validez estricta también debe venir de una mente humana que así las determine.

Si se plantea que lo hace el legislador (aquel realmente llamado a reconocer derechos y a establecer la preponderancia que le puede dar la sociedad a algún derecho), se estaría diciendo que un ingeniero social puede, en abstracto, conocer previamente cuáles pueden ser esos preceptos de validez estricta que puedan entrar eventualmente en conflicto, y desde el momento de la promulgación del texto normativo, determinar que son de validez estricta. Se trata por supuesto de un imposible categórico, y que cuando se ha intentado, ha fallado. Ahora bien, si se le permite al juez ser quien reconoce los principios o normas de validez estricta, se está abriendo un campo grande para el relativismo judicial.

Con este punto se quiere mostrar las más contundentes críticas la ponderación: se genera un exacerbado activismo judicial, se pierde la seguridad jurídica y se apunta al relativismo judicial.

Dicho esto, ha quedado demostrado porqué la ponderación depende de la racionalidad el juez y de sus criterios subjetivos, es el juez el que en su mente asigna el valor de la variable de peso para ponderar, abriendo el campo a una amplísima discrecionalidad con fachada de objetividad.

En segundo lugar, sobre la seguridad jurídica, se debe remontar nuevamente a la diferenciación entre norma y principio y la idea de que toda norma tiene un principio subyacente. Entendemos que el derecho positivizado es lo que el juez realmente tiene al alcance objetivo y enteramente conocido, no podemos negar que ese derecho positivo tiene una inspiración natural, ética y en valores axiológicos claros. Ahora bien, el juez para decidir no puede tener un amplio campo de materia para discernir sobre los hechos y elementos planteados en el caso concreto, si bien recordamos el *iura novit curia*, es peligroso permitir al juez siempre acudir a los principios, pues siempre cuesta definir qué es un principio, al no estar estos positivizados.

En ese sentido, los principios tienen mecanismos medianamente estandarizados para ser "descubiertos", por ejemplo, en la constitución; esto a través de las técnicas de interpretación del derecho y, en el caso, de la constitución. Ahora bien, se considera que el juez debe ceñirse al derecho positivizado y a su interpretación, sin caer en los extremos de la escuela exegética; esto pues si no, se abre un campo muy grande a que el juez pueda determinar cualquier tipo de principio según lo que su racionalidad, conocimiento y experiencia le indique, y así cambiar la respuesta posible a un caso, la respuesta que las partes en juicio podían conocer, y por las que sometieron su controversia a juicio.

García Amado de forma jocosa hace referencia a tal asunto, narra una pretendida pesadilla que tuvo, donde en medio de un caso jurídico que expuso ante un Juez, y donde tanto la ley como los precedentes le daban la razón, el juez decidió ponderar y sacar un principio que él no había contemplado y que no había escuchado nunca en su vida, pero que parecía tener cabida, y así perdió el caso. De igual forma, mucho más seria, también surge el tema en un intenso debate del catedrático con el respetado jurista Manuel Atienza⁶, sobre la privacidad de las comunicaciones en el caso de vigilancia de conversaciones entre abogados y clientes acusados, donde el juez Garzón ordenó grabar unas comunicaciones a pesar de no estarle permitido, puesto que tal vigilancia solo estaba permitida para delitos graves de terrorismo y ese no era el caso de la acusación.

Al entrar en debate sobre porqué estaba justificado escuchar una conversación privada sin orden judicial expresa y sin posibilidad legal para tal, se argumentó la necesidad de la prueba, la presunción de una organización criminal más grande –tal vez terrorista– ente otras justificaciones; Atienza manifiesta que Garzón había ponderado entre el derecho de los acusados a su privacidad y el principio de “eficaz persecución penal por parte del Estado”, ante lo que se pregunta García Amado, de dónde había salido ese principio, y resultó ser –según Atienza– de la propia consideración de Garzón sobre el espíritu de lo que, según él, quería decir la Constitución. Es decir, se puso el análisis de una persona, por encima de un derecho literalmente consagrado. Precisamente para evitar ese tipo de discrecionalidades es por la que consideramos que los principios no deben ser material de discernimiento para la resolución de casos judiciales, por la propia seguridad jurídica. Esto no debe traducirse, como dijimos, en que los principios no son fuente de derecho, simplemente no son utilizables por los jueces ordinarios en casos concretos.

Sobre el relativismo judicial, ya Bernal Pulido hace un acercamiento al respecto, y es que las valoraciones del juez sobre sus consideraciones del peso de las variables en la balanza, estarán íntimamente vinculadas a sus creencias personales, se hace relativo porque todo dependerá del juez que toque en cada caso. Por ejemplo, si se trata de un conflicto sobre aborto, la ponderación de derechos variaría si se trata de un juez con creencias católicas, o un juez agnóstico, independientemente del valor ético e imparcial que ambos puedan tratar de tener; debemos recordar una máxima constitucional, el sistema (en este caso el sistema de interpretación de derechos) no puede estar en manos de la voluntad de las personas, sino de las leyes.

La propuesta importante no radica en algo novedoso, sino es más bien lo que autores como García Amado han sostenido, el juez no debe ponderar, el juez decide sobre el alcance de los derechos, el sentido, y su núcleo esen-

⁶ Al respecto existen numerosas publicaciones y ponencia y debates grabados, incluso un libro titulado “Un Debate sobre la Ponderación”. Ejemplos: Atienza, Manuel, “A vueltas con la Ponderación” en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez* (Universidad de Granada, 2010) 43-59. *Debate sobre la Ponderación Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado* de 10-03-2016: https://www.youtube.com/watch?v=28t_j0yzOrl

cial; no debe jerarquizar uno sobre otro, sino definir seriamente hasta donde llega un derecho en todos los casos.

Así, para ejemplificar lo anterior, volviendo al ejemplo inicial del *Bundesverfassungsgericht* alemán, en ese caso el juez no ponderó la vida sobre el fallido principio de persecución penal, el juez determinó el alcance del derecho a la vida y evaluó si estar en juicio o no era riesgoso para la salud y la vida del acusado.

Por último, como crítica para aquella tendencia que ve en la ponderación y en el activismo judicial la posibilidad de que el juez pueda reconocer nuevos derechos, y así conquistar nuevos derechos; la visión del autor se inclina a que abrir un sistema constitucional a tal posibilidad, por más útil y expedita que parezca, rompa con los propios cimientos de la separación de poderes y del mismo principio democrático pues que decida una sola persona sin legitimación de representación es sumamente antidemocrático (sin proponer o concebir que los jueces sean electos popularmente), que indica y reafirma que el llamado a reconocer derechos es el Parlamento, como representación de los individuos, que se estarían reconociendo a sí mismos –a través de sus representantes– nuevos derechos.

Tal es el caso del matrimonio homosexual en los Estados Unidos de América, que fue federalizado mediante una controversial sentencia de la Corte Suprema de Justicia, y el entonces juez Antonin Scalia salvó su voto, no basándose en su conservadurismo ideológico, sino en sus reservas ante la allí expresada competencia que estaría teniendo el Poder Judicial para usurpar funciones del Legislativo, y reconocer desde un tribunal no democrático un derecho o condición tan importante⁷.

El riesgo que representa la ponderación, la discrecionalidad judicial y otorgar tanto poder a los jueces es muy grande; los procesos lentos de conquista de derechos, o las discusiones judiciales más complejas que simplemente pesar dos derechos y escudarse en la aparente objetividad de un método son preferibles a desatar un descontrol jurídico, confiar demasiado en hombres, y poder arriesgarse a tener una tiranía judicial. Recordando a Jefferson, el precio de la libertad es la entera vigilancia, se le agrega, del Poder.

Conclusión

Vale señalar que este breve ensayo crítico pretendió posicionar al lector en una perspectiva tal vez poco discutida. Se plantearon las críticas y los riesgos que significa ponderar derechos en casos concretos. Empezando por la amplia discrecionalidad que se deposita en el juez, que a su vez otorga poderes exacerbados y deposita la confianza en una sola rama del Poder Público, resquebrajando bases fundamentales del Estado de Derecho.

⁷ Sentencia Corte Suprema de Justicia Estados Unidos de América, caso *Obergefell et al. v. Hodges, director, Ohio department of health*. Sentencia del 26-06-2015. Original en inglés, Disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf

Seguido de esto, la amenaza a la seguridad jurídica que significa poder ponderar sobre principios quedando abiertos a la relatividad de las operaciones racionales del juez, que puede o no ser ideal.

Se trata pues de una teoría de solución de conflictos entre derechos con varios puntos débiles, de riesgo y amenaza que deben ser discutidos sea para mejorar o sea para revisar con ello otras teorías como la aquí planteada.

Se espera quede abierto el debate, al menos, para realizar los cuestionamientos necesarios desde el sector académico y abrir la posibilidad a diferentes posturas y propuestas plurales, sin dar por sentadas las teorías y mecanismos utilizados por las autoridades en estos temas; al final, el espíritu crítico solo tiene objetivos de mejora.

Bibliografía

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2001. Original en alemán 1986.

AtiENZA, Manuel (2010) "A vueltas con la Ponderación" en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez* 44. 43-59. Universidad de Granada, 2010.

Ayala Corao, Carlos. *Del Dialogo Jurisprudencial al Control de Convencionalidad*. México: Porrúa, 2013.

Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, 2005.

____ "Tribunal constitucional, legislador y principio de proporcionalidad" en *Revista Española de Derecho Constitucional* 74. 417-444. 2005. ISSN: 0211-5743, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1993791.pdf>

Casal, Jesús M. *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*. Caracas: Legis. 2010.

Canova, Antonio y otros. *Individuos o Masa*. Caracas: Galipán, 2013.

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1977.

Ferrajoli, Luigi "Sobre los Derechos Fundamentales". *Cuestiones Constitucionales* N° 015. 113-136. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. <http://idh.uv.es/principiaiuris/articulos/ferrajoli/4.pdf>

García Amado, Juan A. "Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo" en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, editado por Carbonell, M., 237-264. México-Madrid: UNAM-Trotta, 2007 <http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/PRETEXTOS.pdf>

____ "Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Precursores" en *Teoría del Derecho y proceso. Sobre los fundamentos normativos de la decisión judicial*. Ministerio de Educación y Ciencia de España, 2007.

___ *Un ejemplo de Alexy sobre buenas ponderaciones. Análisis crítico*. 2015
<https://www.garciamado.es/2015/02/un-ejemplo-de-alexysobre-buenas-ponderaciones-analisis-critico/>

Leoni, Bruno. *La libertad y la Ley*. Unión Editorial, 2010. Versión digital, traducida al español original 1961. <http://biblioteca.libertyfund.org/sites/default/files/la-libertad-y-la-ley-libro-electronico.pdf>

Locke, Jhon. *Segundo tratado sobre gobierno civil*. Alianza Editorial, 2014. Versión PDF http://cinehistoria.com/locke_segundo_tratado_sobre_el_gobierno_civil.pdf

Nikken Pedro "El Concepto de Derechos Humanos" en *Estudios básicos de derechos humanos I*, editado por Cerdas Cruz, R. y Nieto R. 15-27. IIDH San José Costa Rica: Prome-teo <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/El-concepto-de-derechos-humanos-Pedro-Nikken.pdf>

Nikken, Claudia. *Consideraciones sobre las fuentes del Derecho Constitucional y la interpretación de la Constitución*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana CIDEP, 2018.

Prieto Sanchís, Luis "El Constitucionalismo de los Derechos". *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 71 (2004): 47-72.
<https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/viewFile/48325/29792>

Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2005.

**

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Kimel v. Argentina*, sentencia del 2 de mayo de 2008. (Serie C, 177). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

___ *Caso Lagos del campo v. Perú*, sentencia del 31 de agosto de 2017. (Serie C, 340). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia Estados Unidos de América, *caso Obergefell et al. v. Hodges, director, Ohio department of health*. Sentencia del 26 de junio de 2015. Original en inglés, Disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. San José de Costa Rica, 2009

Centro de Estudios Internacionales INTERCENTEC. *Video informal Debate sobre la Ponderación Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado*. 10 de marzo de 2016. https://www.youtube.com/watch?v=28t_j0yzOrl

Informes de investigación no publicado:

Baroni, Ricardo. *Los Problemas de la Ponderación*. Original provisto por el autor.

Casas, Manuel. *Efecto Horizontal de los Derechos*. Original provisto por el autor.

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL HONOR EN LA PERSONA INCORPORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Adelaida Suárez Díaz*

No hace muchos años era utópico imaginar que las personas incorpóreas pudieran ostentar derechos personalísimos, toda vez que los mismos solo se relacionaban con el ente físico quien por su naturaleza goza de sentimientos, sin embargo, con el transcurso del tiempo, la importancia de las personas morales en la sociedad y la evolución del derecho, esta situación ya es un hecho, atendiendo al objeto de la persona abstracta y a la naturaleza del derecho.

En las siguientes líneas se conducirá al lector a poder comprender cómo una ficción jurídica que no posee emociones y que su creación es moldeada por los seres humanos pueda ser titular de derechos que por excelencia eran de los entes físicos. El Tribunal Supremo de Justicia les ha reconocido la extensión de derechos personalísimos y fundamentales específicamente en lo que se refiere al honor y a la reputación, asimismo, por vía legislativa se ha concedido legitimación activa a los entes bajo ficción de personalidad jurídica para acciones como el amparo, cuyo supuesto de procedibilidad es la lesión de un derecho fundamental.

1. Generalidades

El tema central de esta investigación es el honor, un derecho fundamental de gran significación para las relaciones humanas. El vocablo proviene del latín *honos* y *honoris*, que se refiere a cualidades como dignidad, gracia, fama, respeto; asimismo, procede del griego *ainos*, cuyo significado es el de alabanza, halago, es un término con implicación social y reputacional.

El honor posee carácter dinámico, no solo por lo variable que es su visión en el tiempo, sino que también depende de la sociedad a la que se refiera, por ello es labor de los órganos judiciales la interpretación del mismo, quienes deben tomar en cuenta los valores y pensamientos imperantes en el momento. Asimismo, el honor, es protegido por el Derecho Internacional a través del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de

* Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela (UCV), especialista en Derecho Mercantil egresada de la Universidad Central de Venezuela (UCV), Magister en Derecho constitucional egresada de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).

los Derechos Humanos; estas normas internacionales adoptadas por Venezuela garantizan que toda persona tenga derecho a la protección del ataque contra su honor, igualmente, la vigente Constitución dispone el marco jurídico protector de este derecho.

Ahora bien, en la doctrina existe unanimidad al determinar que el honor posee dos sentidos, el objetivo y subjetivo, el primero de los aspectos se refiere a la reputación que tiene una persona ante la sociedad, es decir, lo que los demás consideran de ese ente; y, el segundo, es la valoración interna de cada persona, que proviene de sus sentimientos.

En el ordenamiento jurídico venezolano, la persona natural, es todo individuo de la especie humana y la persona jurídica, es una abstracción creada por el ser humano para la consecución de sus objetivos. En las siguientes líneas, se profundizará la tendencia a reconocer derechos personalísimos o fundamentales no solo a las personas físicas, sino también a las incorpóreas cuando su núcleo fundamental lo permita.

En efecto, el derecho al honor en su aspecto objetivo, es uno de los derechos fundamentales que se le ha atribuido a las personas incorpóreas, no obstante, todavía subsisten autores que consideran que los entes no físicos no son titulares del mismo, por tratarse de un derecho personalísimo de la persona natural. Sin embargo, se aprecia que hay otros autores que admiten que el honor objetivo o reputación es predicable respecto de la persona moral.

Al respecto, la visión protectora de los derechos fundamentales inicialmente fue dirigida únicamente a los seres humanos, de tal forma que se puede visualizar la redacción del artículo 60 de la Constitución¹ vigente contentiva del derecho al honor en el título III *De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes*, es decir, relativa al ser humano, sin hacer alusión que también abarca al ente incorpóreo. Sin embargo, la evolución y progresividad de los derechos ha llevado a considerar en la actualidad que los entes no físicos son portadores de derechos fundamentales cuando su naturaleza lo permita.

En ese mismo sentido, la decisiones judiciales tales como los casos Procter&Gamble de Venezuela, C.A. Vs Juan Simón Gandica Silva²; INSACA, Compañía Anónima Vs. Director de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social³; La Rochef, C.A. Vs. Compañías Anónima Electricidad del Centro⁴; Servidane, C.A. Vs. Invesa e Inversiones Veserteca, C.A.

¹ Gaceta Oficial N° 5.453 (Extraordinario), 24-03-2000. "Artículo 60. Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos".

² Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal, Expediente N° 97-1971, 29-02-2000.

³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Expediente N° 00-1797, 14-03-2001.

⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, Expediente N° 2004-0266, N° 802, 03-08-2010.

contra Corpoven, S.A. hoy PDVSA Petróleos, S.A.⁵, han tomado un papel significativo para precisar que el Derecho al Honor en el sentido objetivo, no solo abarca a las personas físicas, sino también a las jurídicas. No obstante, no ha sido un camino fácil para los jueces de instancia, quienes han tomado decisiones contradictorias para llegar en la actualidad a un criterio unánime de la existencia de honor objetivo en los entes no físicos.

Por otra parte, a partir del año 1948 con la Declaración Americana de Derechos Humanos se viene forjando el sistema de defensa de Derechos Humanos en América, permitiéndose así denunciar cuando un Estado parte violenta la Convención, no obstante, para este instrumento internacional *personas* son solo los seres humanos, limitando a los entes jurídicos de ser víctima, existiendo ciertas excepciones indicadas en la opinión consultiva requerida en el año 2014 por la República de Panamá y respondida el 26-02-2016 con la nomenclatura OC-22/16⁶, lo cual merece la pena dedicar algunas líneas con críticas constructivas.

2. Derechos de la personalidad

La persona es el sujeto más relevante del ordenamiento jurídico, para Graterón⁷ es todo ente susceptible de tener derechos y deberes jurídicos, asimismo, es poseedor de personalidad jurídica y por consecuencia es titular de un conjunto de derechos denominados derechos de la personalidad, aunque también se conocen como derechos esenciales o fundamentales, derechos de la propia persona o derechos individuales.

En la actualidad, la persona es titular de los derechos de la personalidad sin importar ninguna condición, es parte de su esencia, por lo que mal podría decirse que una persona carece de los mismos, puesto que son inherentes, indisponibles, inalienables, absolutos, intransmisibles, vitalicios, imprescriptibles, privados, extrapatrimoniales y autónomos. En atinada opinión de Domínguez⁸, señala sobre los derechos de la personalidad que son:

...el mayor tesoro con que cuenta el ser jurídico, porque los mismos no dependen de la suerte económica de su titular, sino que se derivan de la dignidad intrínseca que acompaña la noción de ser humano. Ello no significa que igualmente la persona jurídica, en sentido estricto, o persona incorporal, también pueda ser titular de ciertos derechos de la personalidad, si los mismos son compatibles con su naturaleza.

⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, Expediente N° 1998-15121, N° 1573, 19-06-2006.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *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 Humanos, así como del artículo 8.1.A y B del protocolo de San Salvador)*.

⁷ Mary Sol Graterón, *Derecho Civil I Personas* (Caracas: Paredes, 2000), 33.

⁸ María Domínguez, "Sobre los derechos de la personalidad", *Dikaion: Revista de Actualidad Jurídica*, 12 (2003): 3, doi: ISSN-e 0120-8942.

En efecto, los derechos personalísimos son aquellos dirigidos a la protección de la esfera física y moral de la persona. Según nuestro ordenamiento jurídico (artículos 15 y 16 del Código Civil)⁹ la persona puede ser natural o jurídica, la doctrina ha profundizado el contenido de los derechos personalísimos referidos a la persona natural, sin embargo, en lo que respecta a la persona moral poco se ha desarrollado.

El derecho positivo les reconoce a las personas derechos personalísimos por su condición, no obstante, no son de igual forma en la persona ideal que en la física, por lo que depende del derecho y el caso concreto para determinar si es titular del mismo o no, por ejemplo, no se considera un derecho personalísimo acogido por la persona ideal los relativos al derecho a la integridad física o derechos sobre el cuerpo, la imagen y la voz, por la condición de incorpóreo y carentes de sentimientos e ideas de las personas jurídicas y si son compatibles, el derecho a la identidad, individualidad, libertad (en ciertos aspectos), honor, privacidad e intimidad financiera.

3. ¿Tienen derechos fundamentales las personas morales?

Sin duda, el poder del Estado es de tal envergadura que deben fijarse límites para que los ciudadanos no sean afectados por los excesos de las autoridades, tal deducción se desprendió no solo con la experiencia de las víctimas en la época Nazi y en la Segunda Guerra Mundial, sino que ha sido constante en la historia el abuso de poder por parte de quien ostenta el dominio, por lo que necesariamente han tenido que surgir mecanismos para la defensa del débil jurídico.

Vale destacar, que no solo los gobernantes pueden afectar los derechos en comento de las personas, sino también los particulares, pero en este caso, es función del Estado garantizar las vías de protección idóneas para que el titular del derecho fundamental active el aparato gubernamental y encontrar una indemnización justa, junto al cese de los hechos que causan el agravio.

Ahora bien, Casal¹⁰ indica sobre los derechos fundamentales que: *“no es, pues, la delimitación de espacios de actuación entre individuos, sino el reconocimiento de libertades o facultades inherentes a la persona que las autoridades no pueden restringir sin una justificación de peso y sin el respaldo de una manifestación de la voluntad democrática representada en la ley”*.

En ese sentido, es preciso referir cómo es concebida la terminología de derechos fundamentales en la República Bolivariana de Venezuela, sobre ello

⁹ Gaceta Oficial N° 2.990 (Extraordinaria), 260-7-1982. *“Artículo 15.- Las personas son naturales o jurídicas. “Artículo 16.- Todos los individuos de la especie humana son personas naturales”*.

¹⁰ Jesús Casal, *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones (1era. ed.)* (Venezuela: Legis Información & Soluciones, 2010), 2.

Domínguez¹¹ expone que los derechos fundamentales, como derechos con expresa consagración constitucional, constituye una categoría ajena a nuestra tradición jurídica.

En efecto, el término derechos fundamentales es una noción que, tal como se explicó anteriormente, se desarrolló en Alemania y fue considerado inicialmente en Norteamérica y Francia, por lo que es una clasificación de los derechos que se atribuye a hechos históricos ocurridos fuera de nuestras fronteras y que depende del país implica acciones judiciales diferentes.

Sobre dicho aspecto, es preciso citar a Torrealba¹², quien expone:

...denominación esta de los derechos fundamentales que también nuestra jurisprudencia (y hasta alguna doctrina) ha comenzado a importar de los ordenamientos de varios países europeos, aparentemente sin advertir que ella obedece en esas latitudes a una especie de diferenciación taxonómica (en el caso español al menos) entre bienes jurídicos consagrados en las listas de derechos constitucionales. La misma se basa en criterios de jerarquía y tiene efectos sustantivos y procesales ajenos a nuestro sistema jurídico (sobre todo en lo que se refiere a la modalidad de tutela judicial prevista para su defensa). Se trata pues, de otra importación que, al margen de su posible utilidad y conveniencia –que sin duda la tiene– requiere hacerse con las debidas precauciones, toda vez que ella carece de basamento en nuestro sistema constitucional positivo.

En lo que respecta a los *derechos fundamentales*, es una categoría que Torrealba la cataloga como una expresión ajena a nuestra tradición jurídica, para Antela¹³ son aquellos que tienen expresa consagración constitucional; y, Faúndez¹⁴ lo asocia con su importancia.

Es decir, es relevante tener en cuenta que al ser el término derechos fundamentales una clasificación importada de varios derechos, su aplicación y connotación no es la misma en todos los países, cada Estado lo adaptó a su conveniencia y funcionalidad. En principio, en la República Bolivariana de Venezuela la referida acepción es empleada para describir a los derechos garantizados en la Constitución; sin embargo, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales¹⁵,

¹¹ María Domínguez, "El daño moral en las personas incorpóreas: improcedencia de la prueba in re ipsa", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia Edición Homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero*, 6 (2015): 1. Recuperado de https://vlexvenezuela.com/vid/dano-moral-personas-incorporales-653383829?_ga=2.247135363.601975902.1585539640-1892288648.1553726924

¹² Miguel Torrealba, *El ámbito de competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa en la Constitución de 1999. Análisis de la Jurisprudencia de la Sala Electoral*, Colección Nuevos Autores (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Nro. 4), p. 92.

¹³ Ricardo Antela, "La idea de los derechos fundamentales en la Constitución venezolana de 1999", *Revista de Derecho Público de Venezuela* 116 (2008): 41, <https://vlexvenezuela.com/vid/idea-derechos-fundamentales-constitucion-706435089>

¹⁴ Héctor Faúndez, *El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales* (San José Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996), 21.

¹⁵ Gaceta Oficial N° 34.060, 27-09-1988. "Artículo 1. Toda persona natural habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en ésta, podrá solicitar ante los Tribunales competentes el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, para el goce y el ejercicio de los

dispone el término de derechos fundamentales sin definirlo, pero dejando una interpretación que sobrepasa el de aquellos derechos que están simplemente garantizados en la Constitución, pues también pueden estar en instrumentos internacionales.

En ese sentido, de conformidad con la precitada Ley, esta clasificación de derechos puede no figurar expresamente en la Constitución y por ello no dejan de ser de esta categoría de derechos, ni se excluye su protección. Lo interesante es que la propia Ley reconoce la categoría de derechos fundamentales a pesar que no la define, por lo que la doctrina ha intervenido en un intento de aproximación a un concepto.

La inclusión en el Derecho positivo de la persona jurídica y la evolución de los derechos inherentes a su condición han conllevado a plantearse un tema de ardua complejidad, referido a si es posible que las personas de *stricto sensu* sean titulares de derechos fundamentales, argumento que ha sido abundantemente analizado por la doctrina, toda vez que esta categoría de derechos son atribuidos en principio a personas físicas.

En razón de lo anterior, Vidal¹⁶ indica que:

...las personas jurídicas deberán ser titulares de aquellos derechos fundamentales que sean acordes con la finalidad que persiguen, esto es, las personas jurídicas deberán ser titulares de aquellos derechos fundamentales encaminados a la protección del objeto o finalidad perseguida por la misma (un ejemplo sencillo, un sindicato deberá ser titular de la libertad sindical). Pero además, las personas jurídicas deberán ser titulares de aquellos derechos fundamentales que aparezcan como medio o instrumento necesario para la consecución de la referida finalidad.

Por otra parte, se observa como para Bastidas y otros¹⁷, más que un avance es un problema reconocer derechos fundamentales a las personas jurídicas, siendo que alegan lo siguiente: *“La atribución de la titularidad de los derechos a las personas jurídicas, más que solucionar un problema, abre tres nuevos frentes en los que se desarrolla ahora la polémica: qué derechos tienen, cuales son su objeto y contenido en relación con los mismos derechos reconocidos a las personas físicas y, por último, cuáles son esas personas jurídicas”*.

Al concluir la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de los grotescos hechos violatorios de los derechos del hombre, se expandió por los distintos continentes una etapa de protección al individuo, a su dignidad inherente a su condición de humano y se centró solo en el hombre, pero

derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución, con el propósito de que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella”.

¹⁶ Tomás Vidal, “Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional”, *Revista para el Análisis del Derecho Facultad de Derecho Universidad de Castilla-La Mancha* 397 (2007): 8, doi: ISSN-e 1698-739X

¹⁷ Francisco Bastidas e Ignacio Villaverde y otros, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978* (Madrid: Tecnos, 2004), 88-89.

posteriormente, con la evolución y la progresividad de los derechos se observó la necesidad de expandir algunos de ellos –cuando la naturaleza lo posibilite– también a las personas jurídicas.

En el ordenamiento jurídico venezolano, no está dispuesto en la Constitución el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas, sin embargo, existen varias decisiones judiciales que reconocen derechos fundamentales. En ese sentido, es de gran relevancia citar el caso del Gobernador del Estado Mérida y otros vs. Ministro de Finanzas del 21-11-2000¹⁸ en el que se determina que las personas jurídicas en estricto sentido son titulares de derechos fundamentales, a saber: *“Lo dicho no implica restringir la noción de derechos o garantías constitucionales a los derechos de las personas naturales, pues también las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales. (VI De la Acción de Amparo Constitucional)”*.

Asimismo, en la decisión judicial PDVSA Petróleo, S.A. vs. Abengoa Venezuela, S.A. sentenció que Corpoven, C.A.¹⁹ fue víctima de un daño moral, por afectarse su honor en el sentido objetivo y declarándose con lugar la demanda por daños y perjuicios, es decir, que se le reconoció derecho al honor en el aspecto objetivo a una empresa de derecho público. Así como en la sentencia de Procter&Gamble de Venezuela, C.A. vs. Juan Simón Gandica Silva, entre otras.

En síntesis, las personas morales de derecho privado son titulares de derechos fundamentales, los cuales son reconocidos debido a la necesidad del ente de desarrollarse en la sociedad, para cumplir su objeto social. Sería inviable una persona jurídica de derecho privado sin el derecho de asociarse, o un ente dedicado a la comunicación social sin derecho a la libertad de expresión o una persona moral sin derecho al honor.

4. Noción del honor

La palabra honor proviene del latín *honus* y *honoris*, el diccionario de etimología²⁰ indica que dicho término describía ciertas cualidades como rectitud, decencia, dignidad, gracia, fama, respeto, etc., que deberían tener las personas que ejercen un cargo público, de ahí, también las palabras: honesto, honrado, honradez, honra, honorable, es decir, que en un momento histórico el honor estuvo referido a la moral de los funcionarios públicos.

En el siglo XIX el honor estaba relacionado con la persona y la clase social a la que pertenecía, las personas pudientes gozaban de honor y prestigio social, asimismo, el honor surge con los planteamientos de los ideales liberales, en un contexto donde preponderaba el individualismo y se le reco-

¹⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Expediente N° 00.1901, 21-11-2000.

¹⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Política Administrativa, Expediente N° 1994-11.240, N° 1419, 01-06-2006.

²⁰ Diccionario Etimológico español en línea. Chile. Recuperado de <http://etimologias.dechile.net/?honor>, párr. 1.

nocía un conjunto de derechos al ser humano solo por su condición de individuo, por eso los conceptos más arcaicos del honor van referidos únicamente a las personas físicas y su imagen ante los terceros, igualmente, mantenía al margen la inclusión en su concepto de las personas jurídicas como titulares, ya sea por las ideas liberales de donde proviene o por considerarlo impensable para la época.

Actualmente, el concepto de honor al cual se le ha dedicado atención previamente²¹, es tan amplio que abarca no solo a todas las personas físicas sin distinción, sino también a las incorporales en su sentido objetivo. Es evidente la mutabilidad de la noción del honor, siempre está en la expectativa de que el hombre forje el mismo con las ideas y valores que surjan para el momento.

En ese sentido, el concepto de honor varía con el transcurso del tiempo, es un concepto dinámico a la espera de que la sociedad lo forme en el transcurrir de los años, por ello, queda como labor de los órganos judiciales la interpretación del mismo, quienes deben tomar en cuenta los valores y concepciones imperantes en el momento tomando en cuenta el caso concreto.

A continuación, es pertinente profundizar los dos sentidos del honor (objetivo y subjetivo), para comprender sus implicaciones:

a. Honor en sentido subjetivo: Los autores mantienen uniformidad al definir el honor en sentido subjetivo. El honor en este aspecto es la percepción que tiene un persona de sí mismo, en ese sentido, Vives²² señala que “es el ideal e intangible que posee el hombre como ser racional y que se identifica con la dignidad de la persona”. Domínguez²³ indica que “es la autoestima o apreciación por sí mismo”.

Ahora bien, también es denominado como honor interno, considerado como el que posee el hombre como ser racional y que se identifica con la dignidad de la persona. En efecto, Villalobos²⁴ señala que el honor en sentido subjetivo o interno es “el sentimiento que cada uno tiene de su propio

²¹ Véanse los trabajos: Adelaida Suárez, “El derecho al honor de las sociedades anónimas en Venezuela”, *Trabajo Especial de Grado para optar al título de Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela*, Caracas, (2013). Tutora: Edilia De Freitas, Recuperado de <http://saber.ucv.ve/handle/123456789/2401/browse?type=author&order=ASC&hpp=70&value=Suárez+D%C3%ADaz%2C+Adelaida+Mar%C3%ADa>; y, Adelaida Suárez “El reconocimiento del derecho al honor de la persona incorporal en el ordenamiento jurídico venezolano”, *Universidad Católica Andrés Bello, Trabajo presentado para optar al título de Magister en Derecho Constitucional*, Caracas, (2018), Tutora: María Domínguez Guillén (pendiente de acto de defensa).

²² Tomás Vives, Enrique Orts y otros, *Derecho Penal. Parte Especial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1996), 275.

²³ María Domínguez, “La persona: ideas sobre su noción jurídica”. *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, 4, (2002): 197.

²⁴ Enrique Villalobos, *Derecho a la Información* (San José, Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia San José, 2000), 214.

valor y dignidad”, de manera semejante, Müller²⁵ expone que es “el sentimiento de nuestra propia dignidad”.

Visto lo anterior, es evidente que las personas jurídicas en estricto sentido no poseen honor en sentido subjetivo, puesto que carecen de sentimientos, no tienen autoestima, a pesar de que pudieran ser valoradas por las personas naturales que las crearon o forman parte de su directiva. Sin embargo, las personas morales son distintas a sus miembros; cada una posee personalidad jurídica propia; por lo que entonces no sería una autovaloración.

b. Honor en sentido objetivo: El honor en el aspecto objetivo, implica la reputación de una persona ante terceros, en ese sentido, se refiere²⁶ “a la reputación que tiene una persona ante la sociedad (...) lo que los demás consideraran de esa persona”. En efecto, Domínguez²⁷ indica “que es la apreciación de los demás”.

Asimismo, Contreras²⁸ señala que: “El derecho al honor ampara la buena reputación de una persona en un doble aspecto, el interno o subjetivo, inmanente, representado por la estimación que cada persona tiene de sí misma y el externo u objetivo, trascendente, representado por el reconocimiento o la consideración que los demás tienen de esa persona”.

Por otra parte, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el caso PDVSA Petróleo, S.A. vs. Abengoa Venezuela, S.A., indica sobre el aspecto objetivo que “atañe a la reputación o apreciación que tienen los demás de una persona, considerando, además, que la noción de honor es extensible a las personas jurídicas, sólo por lo que concierne al elemento objetivo (VII Motivación)”.

Asimismo, la jurisprudencia actualmente es conteste en reconocer el honor en el aspecto objetivo de las personas jurídicas de *stricto sensu*, como se evidencia desde la sentencia N° 240 del caso Procter&Gamble de Venezuela, C.A. vs. Juan Simón Gandica Silva, a saber:

De inmediato asalta la duda de si el plantearse ese interrogante, esto es, el de si tienen reputación, no será un absurdo: es indiscutible que hay personas jurídicas con buena reputación y las hay con mala reputación. Y es así mismo evidente que para poder valorar algo es absolutamente necesaria la preexistencia de ese algo. Y esto lleva a concluir en que es indudable la existencia de la reputación en las personas jurídicas.

En consecuencia, en las distintas definiciones siempre está presente la percepción de terceras personas que juzgan sobre la conducta de una per-

²⁵ Enrique Müller, *Responsabilidad Civil Contractual y Aquiliana (1era. ed.)* (Santa Fe: Ediciones UNL., 2015), 337.

²⁶ Adelaida Suárez, ob. cit.

²⁷ Domínguez, *La persona: ideas...*, ob. cit., 197.

²⁸ Aura Contreras, “A propósito del artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, *Revista de Derecho de la Defensa Pública 1* (2015): 20. Recuperado de <http://www.defensapublica.gob.ve/wp-content/uploads/2016/07/RDDP.pdf>

sona, este aspecto es también denominado por la doctrina como honor externo, ya que sería el juicio que la comunidad proyecta sobre el individuo. En ese sentido, es interesante destacar que en la sociedad todas las personas tienen un estatus o reputación, ya sea positiva o negativa.

Vale destacar, que nada se opone a que las personas morales puedan ser titulares del honor en el sentido objetivo, siendo que ellas gozan de reputación, los terceros proyectan sobre ellas juicios de valor, lo que hace que tengan el derecho bajo estudio.

5. ¿Las personas jurídicas son titulares del derecho al honor?

En Venezuela, el artículo 60 de la Constitución dispone que toda persona tiene derecho a la protección de su honor, sin embargo, no se especifica concretamente en la disposición normativa que sea aplicable tal derecho a la persona jurídica, no obstante, se entiende que al señalar el término *toda persona* incluye tanto a la persona natural como a los entes jurídicos, y al no existir una prohibición expresa de que las personas morales sean titulares del derecho en mención, aparentemente no hay inconvenientes en que pudiera abarcar para ellas también.

Sin embargo, la doctrina no es cónsona en aceptar que los entes abstractos posean honor, hay autores que consideran que los entes no físicos no son titulares del referido derecho, ya que opinan que es un *derecho personalísimo* del ente natural y no de las personas jurídicas, porque estas últimas no gozan de sentimientos, sin embargo, hay otros autores que en contraposición afirman que sí son titulares del referido derecho cuando la naturaleza lo permita.

Entre los autores que reconocen que los entes no físicos poseen derecho al honor, está Domínguez²⁹ que señala lo siguiente: *“Es sí se quiere el derecho que mayormente viene asociado a la idea de dignidad que acompaña a la persona humana, aun cuando su existencia se proyecte también respecto a la persona jurídica en lo que respecta a su aspecto objetivo o reputación”*.

Asimismo, Vidal³⁰ expone que: *“Respecto de las primeras, a saber, respecto de las personas jurídico-privadas y atendiendo al significado objetivo del derecho al honor, no veo ningún inconveniente, como ya he manifestado, en afirmar de las mismas la titularidad del derecho fundamental al honor”*.

No obstante, Cabrera³¹ es contradictorio con respecto a las referidas opiniones, siendo que es del pensamiento que *“no se puede confundir el honor que es un sentimiento, con el prestigio que ellas puedan tener y que se lo reconocen los demás como puede ser comercialmente como el good will”*, es decir, que a juicio del autor reputación no es honor.

²⁹ Domínguez, La persona: ideas..., ob. cit., 300.

³⁰ Vidal, Derecho al honor..., ob. cit., 7.

³¹ Jesús Cabrera, La prueba ilegítima por inconstitucional (Caracas: Homero, 2012), 497.

Visto lo anterior, es importante indicar que al reconocerle derecho al honor en sentido objetivo a las personas jurídicas no se le está atribuyendo sentimientos a éstas, puesto que el derecho al honor en este sentido se refiere a las apreciaciones que los demás posean de ellas, es decir, que el sentimiento no sería propio de los entes no físicos, sino el de otras personas con respecto a ellas, también conocido como reputación.

Ahora bien, la jurisprudencia ha tenido casos concretos referidos a esta problemática los cuales vale la pena analizar, en ese sentido, el primer caso debatido en esta temática en la República Bolivariana de Venezuela, fue el de Procter&Gamble de Venezuela, C.A. vs- Juan Simón Gandica Silva, donde se presentan opiniones a favor y en contra de que las personas jurídicas sean titulares del derecho al honor.

Es el caso, que la apoderada judicial de Procter & Gamble de Venezuela, C.A. anunció recurso de casación contra la decisión del Juzgado Quinto de Reenvío en lo Penal del 12-08-1997, por no revestir carácter penal los hechos acusados por Rafael Núñez en representación de la referida sociedad anónima contra Juan Gandica, quien era editor responsable de los diarios 2001; Meridiano y la revista Gran Clase y Belleza.

En efecto, los representantes de Procter&Gamble de Venezuela, C.A. denunciaron la infracción por errónea interpretación de los artículos 444³² del Código Penal y del artículo 59 de la Constitución de Venezuela del año 1961³³, este último referido al derecho al honor, siendo que disponía lo siguiente: *“Toda persona tiene derecho a ser protegida contra los perjuicios a su honor, reputación o vida privada”*.

Por otra parte, Procter&Gamble de Venezuela, C.A. alegó que el juzgador se extralimitó en la medida que discriminó a las personas jurídicas, expone también que la persona jurídica no tiene vida física pero si posee honor y es reconocido por el artículo 59 de la Constitución de Venezuela de 1961 y el artículo 61 de la mencionada Constitución prohíbe la discriminación, por lo que el no reconocimiento del derecho al honor pone en riesgo y deja desprotegida la vida social de las personas jurídicas.

Al respecto, la Sala realiza sus consideraciones haciendo distinción entre el honor en sentido objetivo y en sentido subjetivo, destacando que el honor es uno de los derechos humanos llamados por la doctrina como *derechos naturales* y en su sentido subjetivo o interno, es el legítimo sentimiento a través del cual reconoce y estima sus propio méritos y deriva hacia la consciencia de su valía personal. En el sentido objetivo o externo, es la opinión de la gente respecto a una persona.

Por otra parte, la sala señala que las expresiones o comportamientos ofensivos conforman delitos por ser una conducta antisocial y el Estado lo castiga. Asimismo, establece que la persona jurídica si es sujeto pasivo del

³² En la actualidad el delito de difamación está estipulado en el artículo 442 y la injuria en el artículo 444 del Código Penal Venezolano.

³³ Actualmente artículo 60 de la Constitución de Venezuela.

delito de difamación, pero lo más importante de esta sentencia para el tema que nos ocupa, es que se le reconoce honor en sentido objetivo o externo a las personas jurídicas en sentido estricto y establece que las mismas no poseen honor *sensu stricto*, es decir, honor en el sentido subjetivo.

Asimismo, es pertinente hacer mención a otra decisión judicial de importante relevancia en la República Bolivariana de Venezuela, relativa al derecho al honor de las personas jurídicas, se trata del caso de INSACA, Compañía Anónima Vs. Director de Drogas y Cosméticos del Ministerio de Salud y Desarrollo Social. La situación se inicia debido a que el referido director emitió un memorando con ocasión a la revisión de un proyecto presentado por la sociedad mercantil INSACA (empresa farmacéutica) a dicho Ministerio; no obstante, a juicio de la referida empresa en el memorando se emitieron informaciones erradas e inexactas que lesionan el buen honor, la reputación y la imagen de la sociedad, siendo que se pronuncian, entre otros, respecto a que el capital de la compañía anónima es dudoso.

En ese sentido, el 07-06-2000 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia recibe la sentencia definitiva dictada el 14-04-2000 sobre el presente caso, emitida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y el escrito de acción hábeas data, con el propósito de que la Sala realice la consulta prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Al respecto, los abogados representantes de INSACA, C.A. alegan que el memorando emite datos e informaciones erradas e inexactas que al estar contenidas en archivos públicos lesionan el buen honor de la empresa y viola el artículo 60 de la Constitución en cuanto al derecho al honor.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo decide sobre el presente caso el 14-04-2000, que procede la pretensión de amparo constitucional bajo la modalidad de habeas data, entre otros, ordenó al director de Drogas y Cosméticos referido, Adolfo Salazar Hernández, rectificar las afirmaciones consignadas en el referido memorándum por causar violación del derecho al honor, a la reputación a INSACA, C.A., es decir, que en la decisión consultada, la Corte reconoció a la persona incorporal demandante derecho al honor en su sentido objetivo y ordenó tomar medidas para que los hechos lesivos cesaran.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en respuesta a la consulta de la sentencia dictada el 14-04-2000, manifiesta su opinión contradictoria relacionada con el derecho al honor de las personas morales, al señalar que las personas jurídicas no pueden invocar lesiones a su honor, ya que la opinión positiva que tiene sobre sí mismo una persona, corresponde a un derecho personalísimo, inherente a la persona humana, fundada en la dignidad del hombre. En consecuencia, determina la Sala que las personas jurídicas carecen de honor al no poder ellas formular subjetivamente una idea sobre sí mismas.

Vale destacar, que el magistrado ponente de esta sentencia fue Jesús Eduardo Cabrera Romero³⁴, por lo que en la sentencia refleja lo mismo que expone en su libro antes citado del año 2012, en relación a que las personas jurídicas no poseen derecho al honor puesto que estas carecen de sentimientos.

Por otra parte, es conveniente mencionar en este análisis el caso La Rochef, C.A. vs. Compañía Anónima Electricidad del Centro (Electrocentro), donde se demanda por indemnización de daño moral y material a Electrocentro con ocasión a un contrato por prestación de servicio de comedor en la empresa Electrocentro, siendo que se reemplazó el subsidio del comedor por cesta tickets ocasionándole una pérdida económica. Ahora bien, en lo que respecta al daño moral se debió a una declaración en el periódico El Aragueño de Maracay por parte del presidente de Electrocentro que a juicio de La Rochef, C.A. afectaba la reputación de la empresa.

La Sala Político Administrativa se declaró competente para conocer el asunto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y reconoció que el derecho al honor, posee dos aspectos el subjetivo, relacionado con la apreciación que tiene cada individuo sobre sí mismo y el aspecto objetivo, que atañe a la reputación o apreciación que tienen los demás de una persona, y en la persona jurídica solo es concerniente el elemento objetivo.

En ese sentido, es viable extender el régimen de indemnización por daño moral de las personas naturales a las jurídicas, sin embargo, no será de igual forma, en especial en el sistema probatorio, siendo que al ser elementos objetivos no se encuentran exentos de prueba, como se expone en la sentencia N° 315 del caso Servidane, C.A. vs. Invesa, C.A.

Vale destacar, que en el caso concreto no se pudo probar la existencia de hechos que demuestren la afectación en la esfera moral de la persona jurídica, por lo que no solo es relevante como prueba la sola demostración de un artículo en prensa que sea desfavorable, sino que es fundamental probar que la difusión de la noticia afectó la reputación, relacionada con la manera en que el público en general percibe a la empresa. En ese sentido, se declaró sin lugar la demanda por indemnización de daño moral y material intentado por La Rochef, C.A.

Adicionalmente, es fundamental hacer mención al caso PDVSA Petróleo, S.A. vs. Abengoa Venezuela, S.A., siendo que Corpoven, S.A. actualmente PDVSA Petróleo, S.A. que es filial de Petróleos de Venezuela, S.A. (una empresa del Estado) interpuso demanda por daños y perjuicios contra Abengoa Venezuela, S.A., por el resarcimiento de los daños ocasionados a Corpoven S.A. por la fractura de la tubería de 20 pulgadas que forma parte del sistema de transmisión de gas Charallave-Valencia, del kilómetro 57 de la autopista Caracas-Valencia, el 28-09-1993.

³⁴ Cabrera, *La prueba ilegítima...*, ob. cit., 497.

Lo interesante de la referida sentencia es que se determinó que Corpoven, C.A. sí fue lesionada en su honor objetivo por los comentarios en un medio de comunicación, creándose así un precedente de la existencia de honor en el sentido objetivo en una persona jurídica de derecho público.

Es pertinente fijar posición en esta investigación a favor de la existencia de derechos de la personalidad, en los entes incorporales que sean compatibles con su propia naturaleza, entre los que se ubica el honor en el aspecto objetivo o reputación. Sin duda, el honor en el sentido objetivo como sinónimo de reputación alcanza a las personas morales, puesto que implica la opinión de los terceros sobre el ente.

6. La evolución del derecho y la posibilidad de incorporar nuevos sujetos de derecho en el ordenamiento jurídico

En efecto, el derecho concebido como el conjunto de normas jurídicas (Constitución y demás normas legales y sublegales) que regulan las relaciones entre los particulares y son emanadas para garantizar la armonía de la sociedad, está en continua evolución adaptándose a las nuevas tecnologías en los diferentes campos (biología, medicina, ingeniería, entre otros), que sin duda se desarrollan a pasos agigantados.

Ante esta evolución, existe la posibilidad de que se incorporen nuevos sujetos de derecho. Parece utópico tocar este aspecto por tratarse de situaciones que aún no son visibles en la realidad, solo en el caso del reconocimiento de las personas jurídicas, pero ante la acelerada evolución, podría darse el caso de la existencia de robots con sensibilidad o piezas robóticas que prolonguen la vida de las personas, lo que pudiera generar que se incluyan como personas a entes distintos a los actualmente reconocidos por el ordenamiento jurídico, todo esto rondando en un futuro desconocido³⁵.

Los planteamientos presentados en esta investigación recobran más incertidumbre si consideramos lo que pasaría si se aceptan como personas a la inteligencia artificial, tema actualmente en debate en el Parlamento Europeo³⁶, se presentaría la incógnita de si sería posible que fueran titulares de derechos fundamentales.

En ese sentido, el derecho positivo de cada país puede determinar incluir nuevos entes con personalidad y hasta desincorporarlo, ahora bien, en lo que se refiere a eliminar o excluir una persona que en algún momento tuvo personalidad, Hung³⁷ señala: "*...un ordenamiento jurídico puede negar la concesión de la personalidad a ciertos entes sin que por ello pueda afirmarse*

³⁵ Para profundizar este punto véase Luis Daniel Covi, "Los animales y los robots frente al Derecho", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, C.A. 10 (2018): 134-144.

³⁶ Véase la Resolución del Parlamento Europeo, 16-02-2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica en la página web del Parlamento Europeo https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html

³⁷ Francisco Hung, *Derecho Civil I (4ta. ed.)* (Caracas: Vadell Hermanos, 2009), 72.

que existe un quebrantamiento de la justicia; siendo así que el límite para el reconocimiento de la personalidad jurídica a entes distintos de los individuos de la especie humana, lo fija la conveniencia y la utilidad práctica”.

Al igual, Aguilar³⁸ indica sobre el referido planteamiento que:

El Derecho Positivo debe atribuir personalidad jurídica a los individuos de la especie humana y a determinadas personas jurídicas (*strictu sensu*), porque así lo exige la consideración racional de la naturaleza humana, mientras que, queda en libertad para atribuirla o no a otros entes; pero 2) el Derecho Positivo puede desconocer y de hecho ha desconocido ese deber de modo que la determinación de cuáles son los entes que gozan de personalidad jurídica en un ordenamiento dado, la hace el Derecho positivo.

Vale destacar, que si bien el ordenamiento jurídico de cada país es el que dispone cuales son los entes reconocidos como personas, se presenta una dificultad en el caso que se intente eliminar a un ente que en algún momento el derecho positivo le reconoció personalidad, por ejemplo, si se decidiera reformar el Código Civil y eliminar como persona a los entes de *strictu sensu*, ello sería arbitrario, puesto que en la actualidad las personas morales son portadoras de derechos fundamentales, asimismo, afectaría la progresividad de los derechos, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de asociación, entre otros, así que es sumamente complejo desincorporar del ordenamiento jurídico a una persona abstracta por la importancia que ésta ha asumido en la sociedad.

7. Medios de protección que poseen las personas jurídicas en estricto sentido a su derecho al honor en sentido objetivo: civil, penal, constitucional, derecho de réplica y rectificación

En el fundamento de un Estado de derecho no solo se alberga la necesidad de que la Nación y sus entidades que la componen, se apeguen a las leyes vigentes compatibles con los principios constitucionales e internacionales, sino que adicionalmente implica que deben existir medidas para garantizar el respeto de los principios constitucionales, es decir, que tanto las personas naturales como ideales encuentren en el ordenamiento jurídico vías de protección que garanticen sus Derechos.

Es parte del Estado de derecho, que existan vías jurídicas que sancionen y frenen con prontitud y corrijan conductas indebidas cuando los Derechos estipulados en la Constitución sean violentados, se refiere a amparar y proteger los derechos fundamentales que por su condición de persona, ya sea natural o jurídica poseen estos entes. En virtud que el honor es un bien jurídico intangible, merecedor de protección legal por su importancia para el desarrollo social de la persona moral, surge la necesidad de abordar los medios de protección que poseen los entes incorporeales para garantizar el respeto del derecho al honor en el aspecto objetivo.

³⁸ José Aguilar, *Personas Derecho Civil I*. (Caracas: UCAB, 2004), 42.

7.1. Civil: indemnización por daños morales y/o extrapatrimoniales

El concepto de daños ha sido ampliado con el transcurso del tiempo, inicialmente era dirigido a los daños patrimoniales, luego también a los daños morales de las personas físicas, pero adicionalmente en la actualidad se ha expandido la víctima a ser indemnizada en lo referente al daño extrapatrimonial, toda vez que no solo es susceptible de ser resarcido el perjuicio a la persona natural, sino también a la incorpórea.

El daño denominado moral consiste en una afectación sobre el aspecto no patrimonial de la persona, por lo que surge cuando se menoscaba cualquiera de los derechos de la personalidad relativos a la integridad moral³⁹. Sobre el daño moral Domínguez⁴⁰ señala que: *"...impropiamente se alude al sufrimiento de orden espiritual derivado de la violación de un derecho personalísimo. Y decimos 'impropiamente' porque tal definición limita el daño moral al denominado 'precio del dolor', lo cual lo distanciaría del ente incorporal por la incapacidad natural de éste de padecer dolor o experimentar sufrimiento"*.

Es decir, el tradicional concepto de daño moral como una afectación al aspecto espiritual, debe ser modificado, toda vez que ante la evolución de los derechos de la persona no física que la llevan a ser titular de algunos de los derechos personalísimos, cuando su naturaleza lo permita, hace que tal definición quede desfasada en sentido amplio, siendo que el sufrimiento de orden espiritual no es viable en las personas incorporales por no poseer sentimientos, lo que hace necesario la redacción de un concepto amplio que sea aplicable a las características tanto del ente jurídico como natural.

Por ejemplo, sería pertinente referir que en *stricto sensu*, los daños morales son todas aquellas acciones que afectan los derechos de la personalidad relativos a la integridad moral (aspecto no patrimonial) de los entes protagonistas del derecho, sin hacer referencia al aspecto sentimental, para que tal definición encaje adecuadamente con ambos entes del derecho (física e incorpórea).

El Código Civil dispone en el artículo 1196⁴¹ lo referente al daño moral. En el sistema de daños, toda acción que genere una lesión, su causante debe repararla y dicho resarcimiento abarca no solo a los daños materiales, sino también a los morales. En efecto, la solicitud de indemnización por

³⁹ Véase María Domínguez, "Curso de Derecho Civil III Obligaciones", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, C.A. (2017): 243.

⁴⁰ Domínguez, *El daño moral...*, ob. cit., 5.

⁴¹ Vid. Código Civil Venezolano "Artículo 1196.- La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito. El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada. El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima."

daños extrapatrimoniales procede ante una demanda en la jurisdicción correspondiente y debe contener el monto a resarcir a los fines que el juez no incurra en un supuesto de ultrapetita.

Ante la dificultad de estimar los daños morales y siendo que la naturaleza de los entes naturales con respecto a los jurídicos varía por carecer esta última de emociones y sentimientos, la jurisprudencia se vio en la necesidad de perfilar los parámetros a considerar por parte del juez para la estimación del daño extrapatrimonial, a saber:

a. Parámetros a tomar en cuenta por el juez en caso de que la víctima sea persona jurídica (caso Servidane, C.A. Vs. Invesa):

...el juez al establecer los parámetros para la cuantificación del monto deberá considerar: 1) La fama del producto, marca, imagen, signo o servicio que tuvo el ente moral o su producto o servicio antes del hecho ilícito y la que tiene después de la ocurrencia del hecho ilícito; 2) La trascendencia que tuvo en el consumidor y/o clientes y en el mercado del lugar donde ocurrió o se difundió el hecho ilícito y sus consecuencias actuales; y 3) Cualquier otro señalamiento que considere para establecer la escala de valores que tomó en cuenta para determinar la indemnización del daño, de manera que exista una relación lógica entre daño extrapatrimonial y la indemnización establecida por el juez.

b. Consideraciones que debe analizar el juez en el caso de que el afectado sea ente físico (caso Exxon Mobil de Venezuela, S.A. vs. Royal & Sun Alliance Seguros S.A.⁴²):

De la doctrina de esta Sala antes citada se desprende que, en la sentencia que condene al pago de una indemnización por daño moral, es necesario que el Juez se pronuncie sobre los siguientes supuestos de hecho, para que no sea considerada inmotivada en cuanto a la determinación del monto del mismo, los cuales son: 1. La importancia del daño. 2. El grado de culpabilidad del autor. 3. La conducta de la víctima, sin cuya acción no se hubiera producido el daño. 4. La llamada escala de los sufrimientos morales, valorándolos, pues no todos tienen la misma intensidad, por las distintas razones que puedan influir en ellos, para llegar a una indemnización razonable, equitativa, humanamente aceptable. 5. El alcance de la indemnización, y 6. Los pormenores y circunstancias que influyeron en su ánimo para fijar el monto de la indemnización por daño moral.

En todo caso, el juez debe de pronunciarse sobre los referidos aspectos, para que la decisión no incurra en el vicio de inmotivación del fallo. Los parámetros de motivación son diferentes en el caso que la víctima sea ente físico o incorpóreo, por la carencia del aspecto subjetivo de la persona jurídica. Finalmente, a los fines de concluir este ítem es pertinente citar el acertado comentario de Domínguez⁴³, a saber:

El daño debe ser probado por todos los medios admisibles. Recordemos, sin embargo, la distinción relativa al daño moral según la cual respecto de la persona humana se presume el sufrimiento, a diferencia del ente incorporal. Ello no es óbice para aportar medios probatorios que tienden a ser más efectivos

⁴² Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente AA20-C-2008-000511, Sentencia N° 234.

⁴³ Domínguez, *Curso de Derecho...*, ob. cit., 278.

los criterios de estimación del daño moral. El demandante tiene la carga de la prueba del daño.

7.2. Penal: difamación e injuria

El Código Penal venezolano tipifica en su articulado los delitos de difamación e injuria, ambos protectores del bien jurídico del honor. La difamación está contemplada en la disposición normativa 442⁴⁴ del referido Código. La difamación es un delito de acción privada por lo que es necesaria la instancia de parte del afectado para elevar tal hecho al juez y lograr sancionar al ofensor, igualmente, es indispensable que se trate de un hecho concreto que exponga a la víctima al desprecio o al odio público o que sea ofensivo del honor.

El autor Manzini⁴⁵ señala que para que se configure el delito de difamación no se requiere: *“que se haya producido algún daño al honor, al decoro o a la reputación. Basta la ofensa que es inherente a su propia noción, que lesiona tales bienes jurídicos, aunque concretamente no los hubiere lesionado”*, por ello se habla del ánimo de difamar (propósito de desacreditar a otra persona) siendo que se configura la difamación así no se haya consumado el hecho antijurídico.

Ahora bien, la injuria está prevista en el artículo 444 del Código Penal. Se trata de un delito de acción privada, pero a diferencia de la difamación se basa en que el sujeto activo imputa al sujeto pasivo un hecho genérico que es atentatorio del derecho al honor de la víctima, en la difamación el hecho atribuido debe ser concreto.

Al respecto, Grisanti⁴⁶ señala sobre el sujeto pasivo del delito de difamación, lo siguiente: *“Sujeto pasivo.- Es también indiferente. Puede ser perpetrado contra cualquier persona, incluso contra las personas jurídicas, porque éstas también tienen un prestigio, un crédito y una reputación que la ley penal tutela”*.

En efecto, el sujeto pasivo en los delitos de difamación e injuria puede ser una persona natural o jurídica, la problemática se asoma cuando se trata

⁴⁴ Código Penal Venezolano. (2005). Publicado en la Gaceta Oficial N° 5.768 (Extraordinario), 13-04-2005. *“Artículo 442: Quien comunicándose con varias personas, reunidas o separadas, hubiere imputado a algún individuo un hecho determinado capaz de exponerlo al desprecio o al odio público, u ofensivo a su honor o reputación, será castigado con prisión de un año a tres años y multa de cien unidades tributarias (100 U.T.) a mil unidades tributarias (1.000 U.T.). Si el delito se cometiere en documento público o con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público, o con otros medios de publicidad, la pena será de dos años a cuatro años de prisión y multa de doscientas unidades tributarias (200 U.T.) a dos mil unidades tributarias (2.000 U.T.). PARÁGRAFO ÚNICO.- En caso de que la difamación se produzca en documento público o con escritos, dibujos divulgados o expuestos al público o con otros medios de publicidad, se tendrá como prueba del hecho punible y de la autoría, el ejemplar del medio impreso, o copia de la radiodifusión o emisión televisiva de la especie difamatoria”*.

⁴⁵ Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Penal (Tomo V)*. (Caracas: Ediar Sociedad Anónima Editores, 1950), 298.

⁴⁶ Aveledo Grisanti, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial Decimonovena ed.)* (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2006), 133.

de responder quién es el sujeto activo de estos delitos, sobre ello Arteaga⁴⁷ señala que:

El sujeto activo del delito, por las exigencias del Derecho Penal que toma en cuenta y valora solamente la conducta de seres humanos capaces de actuar como tales, esto es, voluntariamente, con conciencia y voluntad libre y, por tanto, capaces de culpa y, por ende, también de sujetarse y de sufrir la consecuencia de la pena, ha de ser necesariamente un ser humano que actúe como persona física. Esto, que no parece ofrecer mayores problemas ni dudas en cuanto a la exclusión como sujetos activos de delitos de los animales y de las cosas inanimadas, suscita la discusión doctrinaria sobre la posibilidad de admitir o no la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por lo tanto, la posible condición de éstas como sujetos activos del delito.

A nuestro juicio, tomando partido por la tesis doctrinaria tradicional que sigue el aforismo romano del *societas delinquere non potest* (...) nos inclinamos por la posición que niega a la persona jurídica la condición de sujeto activo del delito.

En ese sentido, es pertinente citar la decisión jurisprudencial del caso Corpomedios GV Inversiones, C.A., (GLOBOVISIÓN) y RCTV, C.A. en relación a la demanda de nulidad por inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones⁴⁸, en la que se permite que las personas jurídicas sean imputables por delitos tipificados en el Código Penal y otras normativas vigentes, bajo la visión de que la tutela penal abarca a todas las personas.

Sin embargo, cabría preguntarse cómo un ente incorporado puede cumplir con condenas relativas a la prisión, por ello, se admite que la responsabilidad penal solo podría alcanzar a los entes incorporales cuando se trate de penas pecuniarias⁴⁹. En caso de que un delito haya ocasionado un daño, el sujeto pasivo tiene la posibilidad de accionar la vía civil, requiriendo la indemnización por daños extrapatrimoniales y patrimoniales, es oportuno aclarar que son vías jurídicas independientes que no se excluyen entre sí.

7.3. Constitucional: acción de amparo

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, permite a toda persona física o ideal acudir a los Tribunales competentes para solicitar el amparo de sus derechos y garantías constitucionales. Vale destacar, que para solicitar una acción de amparo hay que tener en cuenta que el hecho lesivo debe de implicar gravedad, es decir, debe ser atentatoria del contenido esencial del derecho fundamental lesionado, causando una transgresión excesiva al derecho violentado⁵⁰.

⁴⁷ Alberto Arteaga, *Derecho Penal Venezolano (10ma. ed.)* (Caracas: Mc Graw-Hill Interamericana, S.A., 2005), 131.

⁴⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Expediente 03-0296, Sentencia N° 834 del 18-06-2009.

⁴⁹ Véase: María Domínguez, *Ensayos sobre capacidad civil, 3era edic.*, (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2010), 86.

⁵⁰ Véase Rafael Chavero, *El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela*. (Caracas: Sherwood, 2001).

La acción de amparo puede ser intentada por cualquier persona natural ya sea nacional o extranjera, sin embargo, en el caso de las personas jurídicas solo podrá accionarla si están domiciliadas en el país.

7.4. Derecho de réplica y rectificación

En relación con la rectificación es pertinente referir que según Ghiglione⁵¹ el antecedente más antiguo proviene de Francia, a saber:

...durante la dominación napoleónica, cuando el diputado Dulaure, en 1801, propuso que se le agregue al proyecto de ley sobre libertad de prensa y represión de sus abusos, la inserción de la respuesta en un plazo de cinco días, cuando la publicación atentaba contra la reputación de los ciudadanos. (...) La enmienda no prospera. A poco andar, Napoleón ponía en vigor la Constitución de frimario, que ni siquiera mencionaba la libertad de imprenta.

Y es que, la figura de la réplica y de la rectificación desde sus inicios se inclinó a restablecer el honor afectado a una persona producto de una publicación atentatoria a su reputación. La base Constitucional que la consagra es el artículo 58⁵².

Los medios que propagan una información deben hacerlo de una forma oportuna, veraz, imparcial, sin censura y ceñida a los principios Constitucionales, en caso que esto no sea respetado, es muy frecuente que cause lesiones al derecho al honor de las personas protagonistas de la información, quienes entre otras acciones como las ya analizadas, tienen la posibilidad del derecho de réplica y rectificación expresamente establecidos en el texto Constitucional.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia indica sobre la rectificación en el caso Alberto Blanco-Urbe Quintero e Iraida Agüero (abogados de la demandante) vs. Editora del Diario El Nuevo País⁵³, lo siguiente:

A este respecto, conviene transcribir el artículo 58 de la Carta Magna, cuyo tenor es el que sigue: (Omissis...)

En relación con la señalada norma constitucional, en general, y con la garantía de réplica o rectificación, como mecanismo destinado a proteger el derecho al honor y la reputación de las personas.

El autor Correa⁵⁴ expone sobre la rectificación y réplica que:

⁵¹ Sandra Ghiglione, "Derecho a Réplica Rectificación o Respuesta". *Trabajo Especial de Grado, Universidad Abierta Interamericana* (2003): 8. Recuperado de <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC049086.pdf>

⁵² Vid. Constitución de la República, "La comunicación es libre y plural y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral".

⁵³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Expediente N° 05-1583, Sentencia N° 344 del 24-02-2006.

...es la corrección de una noticia o información determinada y la puede realizar el propio medio o la puede solicitar la persona afectada por esa difusión e implica el derecho de la persona aludida y el de las audiencias o lectores a conocer la rectificación o reparo de la persona (...) e indica relativo a la réplica que se (...) refiere a la posibilidad de argumentar y contra argumentar ante los señalamientos que se realicen en un determinado medio.

8. Los derechos fundamentales de las personas jurídicas en estricto sentido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el continente americano, desde el año 1948, se viene forjando un sistema en defensa de los derechos humanos, a partir de la redacción de la Declaración Americana de Derechos Humanos, la cual inicialmente no poseía carácter vinculante y sin la existencia de una institución que velara por su cumplimiento, posteriormente, en virtud de la agrupación de los países de la región en la Organización de Estados Americanos (OEA) se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para promover y proteger los derechos humanos y el 22-11-1969 se adopta el primer instrumento vinculante denominado Convención Americana de Derechos Humanos, que entró vigencia el 18-07-1978 y la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto a la legitimación activa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Opinión Consultiva OC-22/16 solicitada por la República de Panamá, define legitimación de la siguiente forma: “b) *Legitimación activa. Por legitimación activa la Corte entiende la aptitud para ser parte en un proceso, de conformidad con lo previsto en la Ley*”.

Vale destacar, que en el caso del Sistema Interamericano cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado parte, como así lo establece el artículo 44⁵⁵ de la referida Convención Americana.

La persona física es la protagonista de defensa del Sistema Interamericano, la cual puede ser víctima de violación de sus derechos humanos, sin embargo, el afectado puede ser considerado de forma individual, como persona jurídica o como parte de una comunidad.

De allí que surge la controversia de si las personas incorporales son titulares de Derechos Humanos para el Sistema Interamericano. Al respecto,

⁵⁴ Carlos Correa, “La libertad de expresión y los jueces”, *Revista Sic*, 637 (2001). Recuperado de http://gumilla.org/biblioteca/bases/biblo/texto/SIC2001637_209-212.pdf

⁵⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. (1978). *Ratificada la denuncia del tratado el 10 de septiembre de 2013*, 10-09-2013. “Artículo 44.- *Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte*”.

la Opinión Consultiva OC-22/16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala lo siguiente:

Habiendo empleado en forma simultánea y conjunta los distintos criterios hermenéuticos establecidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, la Corte concluye que de una interpretación del artículo 1.2 de la Convención Americana, de buena fe, acorde con el sentido natural de los términos empleados en la Convención (supra párrs . 37 a 39) y teniendo en cuenta el contexto (supra párrs . 44 a 67) y el objeto y fin de la misma (supra párrs . 40 a 43), se desprende con claridad que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales, por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano. (F. Conclusión sobre la Interpretación, p. 27).

Véase también sentencia de la Sala política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 278 del 06-03-2001 (caso CANTV Servicios, C.A.) que expone:

La Comisión ha estimado que el Pacto de San José otorga su protección a personas físicas naturales y excluye de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas o ideales, por cuanto éstas son ficciones legales, sin existencia real en el orden material. (Caso Mevopal, S.A contra Argentina / Informe de la Comisión N° 39 del 11 de marzo de 1.999).

Vale destacar, que dicha consulta determina que las personas incorporeales no son titulares de los derechos humanos contenidos en la Convención, por lo que no pueden ser consideradas víctimas de violaciones a Derechos Humanos en los procesos contenciosos ante el Sistema Interamericano, no obstante, hace la salvedad de que las comunidades indígenas y tribales son titulares de algunos Derechos Humanos, así como los sindicatos, federaciones y confederaciones, las cuales si poseen legitimación activa.

Ahora bien, en lo que respecta a la legitimación pasiva únicamente los Estados pertenecientes al Sistema Interamericano pueden ser sujetos pasivos del procedimiento ante la Comisión, ya que son los que pueden ser sujetos de responsabilidad internacional por hechos violatorios de Derechos Humanos.

Vale destacar, que el sistema Americano posee una visión restrictiva del concepto de víctima, toda vez que se ha considerado que solamente los seres humanos pueden ser afectados, restringiéndole el acceso a ciertas personas jurídicas que no sean las comunidades indígenas, tribales y a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones legalmente reconocidos en uno o más Estados parte de la Convención, que si son reconocidas como víctimas según las excepciones expresadas en la Opinión Consultiva OC-22/16.

La Corte en la referida consulta mantiene que el preámbulo de la Convención y el artículo 1.2 de la misma, exponen que persona es *todo ser humano* y por consiguiente la convención efectúa la protección de la persona física y no de las personas jurídicas. A diferencia, el Sistema Europeo que reconoce a las personas incorporeales como víctimas; el Sistema Universal también, en lo que se refiere a la discriminación; por lo que se evidencia que

existe una tendencia a ir incluyendo a los entes morales como afectados y titulares de derechos fundamentales.

Lamentablemente el Sistema Interamericano no se coloca a la par del Sistema Europeo, que sí reconoce a todas las personas jurídicas titularidad de derechos humanos cuando su naturaleza lo permite. En efecto, el sustrato personal de los entes morales son personas físicas y el fin de la Convención es proteger a las personas consideradas como seres humanos, por lo que no debería de existir ninguna limitante para reconocer como víctima a toda la clasificación de personas, de hecho, el no hacerlo va en detrimento del derecho a la igualdad, el cual es uno de los derechos que protege el sistema interamericano en su artículo 24, por discriminar el acceso a toda persona jurídica que no sean las señaladas anteriormente como excepciones. En ese sentido, se sugiere la modificación, o en su defecto, reinterpretación de la Convención Interamericana para permitir la inclusión de los entes incorpóreos como víctimas.

Por otra parte, al efectuar el análisis de las figuras de difamación, injuria y calumnia, se visualizó que la Organización de Estados Americanos recomendó la reformulación del derecho interno para garantizar que no sean usadas en detrimento de los comunicadores sociales y que solo sean sancionados los casos en que se demuestre la difusión de información con real malicia. En la práctica, se ha visto como las autoridades persiguen injustamente al comunicador que difunde una información aplicándole sanciones penales, todo ello con el fin de silenciar voces críticas.

Conclusiones

El ordenamiento jurídico vigente, específicamente el artículo 15 del Código Civil reconoce dos tipos de personas, las morales y las naturales, ambas con personalidad jurídica lo que implica que son titulares de derechos y obligaciones.

Los derechos personalísimos son aquellos atribuidos a la persona por el simple hecho de su naturaleza y condición. Los derechos de la personalidad protegen la esencia física y moral de la persona desde la perspectiva del Derecho Civil.

Los derechos personalísimos no son de igual forma en la persona ideal que en la física, por lo que depende de su naturaleza. Cuando se refiere a los entes no físicos tiene que evaluarse el derecho y el caso concreto para determinar si es titular del mismo o no, por ejemplo, no se considera un derecho personalísimo acogido por la persona ideal los relativos al derecho a la integridad física o derechos sobre el cuerpo, la imagen y la voz, por la condición de incorpóreo y carentes de sentimientos. En tanto que si les resulta predicables algunos derechos compatibles con su naturaleza tales como el derecho a la identidad, libertad (en ciertos aspectos), honor, privacidad e intimidad financiera.

Las personas morales de derecho privado son titulares de derechos fundamentales, los cuales son reconocidos debido a la necesidad del ente de desarrollar su vida social, para cumplir su objeto.

El derecho en análisis en esta investigación fue el honor como derecho fundamental de la persona y su titularidad por parte de la persona incorporal, en su comprensión se determinó que el honor es un concepto que varía con el transcurso del tiempo, por ello dinámico, por eso es labor de los órganos judiciales la interpretación del mismo.

El honor posee dos sentidos (objetivo y subjetivo), el primero, es la reputación que tiene una persona ante la sociedad o lo que los demás consideran de ese ente y el segundo, es la valoración que el sujeto tiene de sí mismo. Este último también asociado a la autoestima o sentimiento de apreciación de la propia dignidad, y por ende no es predicable respecto del ente ideal.

El artículo 60 de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el que consagra el derecho al honor. Dicha norma igualmente en forma reiterada o tal vez redundante alude también a *reputación*, a saber, el aspecto objetivo del honor. El Código Penal venezolano dispone los delitos de difamación e injuria en el artículo 442, en tutela jurídica del honor; sin embargo, no se señala expresamente si las personas ideales son titulares del derecho al honor. No obstante, la jurisprudencia ha perfilado suficientemente este derecho como para establecer que en la actualidad en la República Bolivariana de Venezuela los entes de *stricto sensu* poseen honor en el sentido objetivo, como se desprende de las decisiones judiciales Procter&Gamble de Venezuela, C.A. vs. Juan Simón Gandica Silva; Corpoven, hoy PDVSA Petróleos, S.A. vs. Abengoa Venezuela, S.A.; La Rochef, C.A. vs. Compañías Anónima Electricidad del Centro e Inversiones Veserteca, C.A. contra Corpoven, S.A. hoy PDVSA Petróleos, S.A.

Ante lo dinámico que es el honor en una sociedad y considerando la evolución tecnológica que nos arropa, es posible la inclusión de nuevos entes con personalidad en el ordenamiento jurídico, en Europa ya se discute sobre la personalidad electrónica.

En la doctrina se debate sobre la posibilidad de negarle personalidad a un ente sin que esto sea arbitrario, en ese sentido, se concluye que en la actualidad se le han reconocido tantos derechos a las personas incorporales que sería restrictivo que en una reforma del ordenamiento jurídico pueda quitársele personalidad jurídica o desconocerle su naturaleza, por lo que las normativas deben de ir enfocadas en evolucionar y garantizar su protección.

En el Estado de derecho no solo se alberga la necesidad de que la Nación y sus entidades se apeguen a las leyes vigentes compatibles con los principios constitucionales e internacionales, sino que adicionalmente implica que deben existir medidas para garantizar el respeto de los principios constitucionales.

En la investigación se evaluaron las diferentes vías jurídicas que puede accionar una persona moral para proteger su derecho al honor en el aspecto

objetivo, las cuales son: **(i)** En el área civil: la indemnización por daños morales y/o extrapatrimoniales, **(ii)** Penal: difamación e injuria, **(iii)** Constitucional: la acción de amparo; y, **(iv)** Derecho de réplica y rectificación.

En el área civil, los daños morales inicialmente se enfocaron en las personas físicas, pero en la actualidad se ha expandido la víctima a ser indemnizada también a la persona incorpórea. El tradicional concepto de daño moral como una afectación al aspecto espiritual, debe ser modificado, toda vez que ante la evolución de los derechos de la persona no física que la llevan a ser titular de algunos de los derechos personalísimos, cuando su naturaleza lo permita, hace que tal definición quede desfasada en sentido amplio, siendo que el sufrimiento de orden espiritual no es viable en las personas incorpóreas por no poseer sentimientos, lo que hace necesario la adopción de un concepto más amplio de daño moral. De allí que cabe sostener la procedencia del daño extrapatrimonial en la persona incorporal por la violación de algún derecho personalísimo o fundamental como es el honor objetivo.

La jurisprudencia se vio en la necesidad de perfilar los parámetros a considerar por parte del juez para la estimación del daño extrapatrimonial, siendo que varía si se trata de una persona natural o jurídica, aunque en todo caso, el juez debe pronunciarse en su sentencia sobre los referidos aspectos, para que la decisión no incurra en el vicio de inmotivación del fallo.

En el caso de la persona jurídica la afectación de su honor causa un daño reputacional al ente, que se ve reflejado en la parte pecuniaria de la misma, por lo que es importante demostrar esa consecuencia negativa en el juicio. Ahora bien, el daño moral en un ente natural se deriva de sus sentimientos, su sensibilidad innata a su aspecto subjetivo como persona, por lo que es innecesario demostrar el dolor que puede sufrir, ya que el mismo se presume *in re ipsa* del propio hecho generador.

En el caso de la persona ideal es requerido un elemento probatorio objetivo que ponga al tanto al juez de la existencia del daño moral, ya que no se desprende *in re ipsa* del hecho generador. La decisión judicial N° 802 del 03-08-2010, caso La Rochef, C.A. vs. Compañía Anónima Electricidad del Centro (Electrocentro), dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, acentuó que no basta para que proceda una indemnización del correspondiente daño moral, la comprobación de que hubo una declaración de prensa desfavorable, sino que además es indispensable, en el caso de las personas jurídicas, que se demuestre que la difusión de esa noticia realmente afectó su reputación, cuando hay ausencia de pruebas que vayan dirigidas a demostrar al juez que se afectó la fama del producto, marca, imagen, signo o servicio que tuvo la persona incorporal o su producto o servicio antes del hecho ilícito y la que tiene después de la ocurrencia del hecho ilícito.

Asimismo, es importante que se demuestre ante el juez la trascendencia que tuvo en el consumidor y/o clientes y en el mercado del lugar donde ocurrió o se difundió el hecho ilícito y sus consecuencias actuales; y cual-

quier otro elemento probatorio que se considere para establecer la escala de valores que tomó en cuenta para determinar la indemnización del daño.

En el aspecto penal, el Código Penal venezolano tipifica en su articulado los delitos de difamación e injuria, ambos protectores del bien jurídico del honor. La difamación está contemplada en la disposición normativa 442 y la injuria en el 444 del referido Código, ambos son delitos de acción privada.

Otro tema álgido, es cuando se trata sobre el sujeto activo y pasivo de estos delitos, en ambos casos es solo necesario que sea persona sin ninguna cualidad específica, pero la polémica recae en el caso de que si puede ser persona natural o jurídica, no obstante, en el caso del sujeto pasivo es resuelto por la sentencia N° 240 del caso Procter&Gamble de Venezuela, C.A. vs. Juan Simón Gandica Silva, dictada por la Sala de Casación Penal el 29-02-2000, que señala que las personas incorpóreas son sujetos pasivos del delito de difamación.

En lo que respecta al sujeto activo, el caso Corpomedios GV Inversiones, C.A., (GLOBOVISIÓN) y RCTV, C.A. referido a la demanda de nulidad por inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, le reconoce al ente ideal la capacidad de culpabilidad penal, por lo que a la luz de esta sentencia también es sujeto activo de ambos delitos de difamación e injuria, lo que cabría cuestionar cómo cumpliría una condena un ente no corporal, entonces el resarcimiento recae solo en el aspecto pecuniario.

En el ámbito Constitucional, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, permite a toda persona física o ideal acudir a los tribunales competentes para solicitar el amparo de sus derechos y garantías constitucionales. Por lo que, en el caso que el honor de una persona natural o ideal sea afectada puede acudir a esta vía.

En lo relativo a la rectificación y replica, la base Constitucional que la consagra es el artículo 58 y se refiere a que los medios que propagan una información deben hacerlo de una forma oportuna, veraz, imparcial, sin censura y ceñida a los principios Constitucionales, en caso que esto no sea respetado, es muy frecuente que cause lesiones al derecho al honor de las personas protagonistas de la información, quienes entre otras acciones como las ya analizadas, tienen la posibilidad del derecho de réplica y rectificación.

El artículo 1.2 de la Convención Interamericana de Derechos humanos señala que persona es todo ser humano; no obstante, ante la evolución del reconocimiento de derechos que han presentado las personas incorpóreas no solo en el derecho interno de varios Estados parte de la Convención, sino también en otros sistemas como el Europeo, la República de Panamá optó por solicitar una opinión Consultiva a la Corte Interamericana Derechos Humanos para aclarar lo referido a si las personas incorpóreas son titulares de derechos en la Convención, recibiendo respuesta a través de la Opinión Consultiva OC-22/16 del 26-02-2016, en la cual se indicó entre otros, que de la interpretación del artículo 1.2 antes señalado, los entes morales no son

titulares de derechos convencionales por lo que no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano.

Ahora bien, la referida Consulta señala como las únicas excepciones las comunidades indígenas, tribales y a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones legalmente reconocidos en uno o más Estados parte de la Convención, que sí pueden ser consideradas víctimas.

El Sistema Europeo reconoce a las personas jurídicas como víctimas; el Sistema Universal también, en lo que se refiere únicamente a la discriminación; y, el propio Sistema Interamericano le reconoce derechos a las comunidades indígenas, tribales y a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones legalmente reconocidos en uno o más Estados parte de la Convención, por lo que se puede concluir que existe una tendencia a ir incluyendo a los entes morales como afectados y titulares de derechos fundamentales.

El Sistema Interamericano no se coloca a la par del Sistema Europeo, que sí reconoce en forma acertada a las personas ideales titularidad de derechos humanos en los casos que el núcleo esencial del derecho lo permita. En efecto, según la consulta bajo análisis el fin de la Convención es la protección de derechos fundamentales. De tal suerte, que si el derecho interno de los Estados miembros reconoce a las personas jurídicas estricto sentido derechos fundamentales en casos concretos y el sistema interamericano no admite su protección internacional, la protección se torna incompleta e inoperante. La interpretación ha de ser a favor de la protección de los derechos de la persona, aunque la misma tenga naturaleza abstracta. Lo propio y amplio en la clara protección de los derechos de la persona es adaptar al sistema interamericano a la inclusión del ente moral como víctima.

Si se acepta como víctima a comunidades indígenas, tribales y a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones legalmente reconocidos en uno o más Estados parte de la Convención y no a todas las personas incorporales no gubernamentales, tal exclusión violenta el derecho a la igualdad, que el propio sistema propugna, el cual es uno de los derechos que protege el sistema interamericano en su artículo 24 de la Convención.

En el punto 49 de la Opinión Consultiva OC-22/16, la Corte manifiesta que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, palabras que son contradictorias puesto que al concluir que la persona jurídica en estricto sentido no es titular de los derechos de la Convención es contrario a la evolución jurídica que implica su protección. De allí que lo propio es ir a la par del sistema europeo y del derecho interno de los países miembros que reconocen titularidad de derechos humanos a las personas jurídicas cuando su naturaleza lo permita.

Lo más adecuado es la modificación, o en su defecto, reinterpretación de la Convención Interamericana para permitir la inclusión de la persona jurídica en estricto sentido como víctima, ya que en efecto si se aplica la

interpretación literal se concluiría que la persona moral no es víctima, pero ello no es apegado a la evolución del derecho.

El ente ideal es una creación de la ley pero su protección debe acontecer –en la medida que su naturaleza lo permita– igual que la del ser humano. Tratar distinto o diferente a entes en principio iguales es discriminatorio. Por tal el principio de igualdad puede resultar vulnerado cuando se pretende dar un trato distinto e injustificado al ente ideal. Se ha tenido la intención de pasearse sobre esta idea a propósito del derecho al honor objetivo o reputación del ente moral, pero ciertamente lo fascinante y complejo de la temática de la persona incorporal permite dejar mucho camino por transitar todavía.

.....

Este ejemplar
se terminó de imprimir en
Caracas en agosto del año 2021.
Para su diseño se utilizó la tipografía
Adobe Garamond Pro 11 ptos., ha sido impreso
sobre Papel Saima White. Se imprimieron
300 ejemplares, en los talleres de
Gráficas LAUIKI, C.A.

.....



Últimos títulos publicados en la colección

Dos espías en Caracas (2020),
Moisés Naím

**Orden Universidad Católica Andrés Bello:
entre la omisión y el olvido (2020)**

**Salud, sexualidad y proyecto de vida en la
adolescencia. Manual de estrategias
didácticas para docentes (2020)**

**El sueño de Catuche. Un proyecto para
construir juntos. N° 1 (2020),**
Juan Bisbal, Guillermo Bisbal

**El sueño de Catuche. La responsabilidad de
vivir junto a una quebrada (2020),**
Juan Bisbal, Guillermo Bisbal

**Orden Universidad Católica Andrés Bello:
honorés al arte, la docencia y la poesía (2021)**

Ante un marco político-institucional en el que la ciencia jurídica y las herramientas y valores del pluralismo, la representación y la deliberación plural son despreciados, es indispensable colocar en la palestra los análisis, observaciones y planteamientos que desde estos fundamentos surjan con el objeto de salir al paso de la arbitrariedad y de prefigurar el orden constitucional y democrático en que tenemos derecho a convivir y que debemos construir.

De allí que, al igual que en el primer número del Anuario, los trabajos y materiales reunidos combinen la crítica al falseamiento o desconocimiento de la Constitución con la relación o el inventario de acciones o proyectos adelantados por las instituciones comprometidas con el Anuario, o por otros actores, lo cual comprende una visión propositiva que no rehúsa ir explorando desde ya la ruta del deber ser en los distintos temas tratados. Hacerlo no implica querer sembrar en tierra árida, sino ser coherentes con la convicción de que, si renunciamos a los códigos y fundamentos de nuestra formación y vocación, o los posponemos, a la espera de que existan las condiciones adecuadas para que valga la pena emplearlos, seremos presas fáciles del desaliento y estaremos cooperando pasivamente con la implantación de las estructuras de dominación ideológica que rechazamos.

978|980|7834|21|6



UCAB | 67
1988-2008 a. n. o. s.
UNIVERSIDAD CAROLINA DE GUAYAMA

