

Ramón Guillermo Avelo  
Jesús María Casal  
Daniela Urosa Maggi  
Coordinadores



# Estudios Constitucionales y Parlamentarios

Anuario 2021-2022



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](http://www.fermintoro.net))  
Centro para la Integración y el Derecho Público  
(CIDEP) ([www.cidep.com.ve](http://www.cidep.com.ve))

*Colección*  
*Ediciones Especiales*





Ramón Guillermo Aveledo  
Jesús María Casal  
Daniela Urosa Maggi  
Coordinadores

# ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS

Anuario 2021-2022



Caracas, 2023

*Estudios Constitucionales y Parlamentarios. Anuario 2021-2022*  
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 2023

Hecho el Depósito de Ley

Depósito Legal: DC2023000758

ISBN: 978-980-439-115-6

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.

CITA SUGERIDA: Ramón Guillermo Aveledo, Jesús María Casal, Daniela Urosa Maggi (coordinadores), *Estudios Constitucionales y Parlamentarios. Anuario 2021-2022*, Universidad Católica Andrés Bello, Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro, Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2023.

*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 Leal, 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, [www.ucab.edu.ve](http://www.ucab.edu.ve)

Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro, [www.fermintoro.net](http://www.fermintoro.net)

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), [www.cidep.com.ve](http://www.cidep.com.ve)





## EN ESTA EDICIÓN...

### PRESENTACIÓN

#### I. CONTRIBUCIONES DOCTRINALES

##### *Justicia internacional*

1. Los más altos responsables conforme al Estatuto de Roma. Especial mención a los gobernadores y alcaldes en la situación bajo investigación Venezuela I. *Andrea Santacruz*
2. Las Reglas Mandela sobre el tratamiento de reclusos y su recepción en el derecho constitucional argentino. *Juan Ignacio Pérez Curci*
3. El acto de agresión a Ucrania y la crisis deconstructiva del derecho internacional. *Asdrúbal Aguiar A.*

##### *La justicia y la defensa de los derechos en el orden interno*

4. La jurisdicción constitucional y la transición a la democracia. *Jesús María Casal*
5. La justicia constitucional en Venezuela: instrumento político para la edificación del autoritarismo (1999-2021). *Laura Louza Scognamiglio y Flavia Pesci Feltri*
6. Reformulación institucional de la defensoría del pueblo en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos. *Tulio Alberto Álvarez-Ramos*
7. Los derechos y garantías que fundamentan el proceso penal venezolano desde la perspectiva del derecho constitucional. *María Trinidad Silva de Vilela*

##### *Poder legislativo y sus relaciones con otros poderes públicos*

8. Reconstrucción, redemocratización y reinstitucionalización, con miras al restablecimiento del Estado de Derecho. Rol del legislativo y su relación con otros órganos. *Argenis S. Urdaneta G.*
9. Los Acuerdos de la Asamblea Nacional ante las Cortes Extranjeras: El caso de los Bonos PDVSA 2020. *José Ignacio Hernández G.*

## *Federalismo*

10. El sistema de gobierno federal como uno de los resguardos del derecho a la libertad política. *Irene Loreto G.*

## *Democracia*

11. Los venezolanos ante la Política, el Estado y la Ley (Apuntes para una comprensión aproximada). *Ramón Guillermo Avelado.*
12. La democracia es libertad cuando el Estado garantiza la satisfacción de los derechos ciudadanos: la falta de representación es propia del desconocimiento de lo que quiere la sociedad y ello tiene sus causas. *Cecilia Sosa Gómez*
13. Marco jurídico del voto en el extranjero en Venezuela. Principales deficiencias y desafíos en términos de derechos políticos e integridad electoral. *Daniela Urosa Maggi*

## **II. DOCUMENTACIÓN PARLAMENTARIA**

1. Informe de actividad parlamentaria (2021-2022). *Jaiber Núñez, Vanessa Marcano y Fátima Camirra*

## **III. LECCIÓN INAUGURAL CORRESPONDIENTE AL AÑO ACADÉMICO 2022-2023, FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO**

1. La reclamación de Venezuela sobre el territorio esequibo. *Rafael Badell Madrid*

## **IV. CONTRIBUCIONES DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO**

1. La asamblea nacional constituyente y la subversión del orden constitucional. El caso de Venezuela (2017-2020). *Gabriel Sira Santana*
2. La reelección indefinida y su interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. Algunas anotaciones y reflexiones. *Jesús A. Dávila*

# ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN .....</b>	<b>17</b>
---------------------------	-----------

<b>I. CONTRIBUCIONES DOCTRINALES .....</b>	<b>21</b>
--	-----------

<b>LOS MÁS ALTOS RESPONSABLES CONFORME AL ESTATUTO DE ROMA. ESPECIAL MENCIÓN A LOS GOBERNADORES Y ALCALDES EN LA SITUACIÓN BAJO INVESTIGACIÓN VENEZUELA I, Andrea Santacruz..</b>	<b>23</b>
---	-----------

Introducción.....	23
1. Responsables penales conforme al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional .....	25
1.1. La responsabilidad penal individual.....	27
1.2. ¿Puede entonces cualquier persona ser responsable ante la CPI? .....	28
1.3. Responsabilidad de los jefes y otros superiores.....	30
2. Examen preliminar e investigación – Venezuela I .....	33
2.1. Los alcaldes obligados a reprimir por el TSJ .....	34
2.2. Control de orden público en Venezuela .....	36
2.3. ¿Descentralización en el control de orden público?.....	39
2.4. Las fuerzas que se consideran han participado en crímenes de lesa humanidad .....	40
Conclusiones .....	41

<b>LAS REGLAS MANDELA SOBRE EL TRATAMIENTO DE RECLUSOS Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO, Juan Ignacio Pérez Curci .....</b>	<b>43</b>
--	-----------

Introducción.....	43
1. De las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos a las Reglas Nelson Mandela.....	44
1.1. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.....	44
1.2. La fuerza normativa de este instrumento.....	46
2. Las Reglas Nelson Mandela.....	47
2.1. Los principios fundamentales .....	48
2.2. Los avances más relevantes .....	48
2.3. Detalle de las reglas concretas que fueron objeto de revisión....	49
2.3.1. Dignidad inherente de los reclusos como seres humanos (Reglas 1 a 5) .....	50

2.3.2. Grupos vulnerables privados de libertad (Reglas 2, 5.2, 39.3, 55.2, y 109 a 110).....	50
2.3.3. Servicios médicos y sanitarios (Reglas 24 a 27, 29 a 35) ..	50
2.3.4. Restricciones, disciplina y sanciones (Reglas 36 a 39, 42 a 53).....	51
2.3.5. Investigación de muerte y tortura a los reclusos (Reglas 6 a 10, 68 a 72).....	51
2.3.6. Acceso a la representación jurídica (Reglas 41, 54 a 55, 58 a 61, 119 a 120) .....	52
2.3.7. Quejas e inspecciones (Reglas 54 a 57, 83 a 85) .....	53
2.3.8. Terminología .....	53
2.3.9. Capacitación del personal (Reglas 75 a 76).....	53
3. Las Reglas de Mandela y la garantía de la revisión judicial en el marco de los procesos sancionatorios administrativos .....	54
3.1. La revisión judicial de la sanción administrativa como integrante de la garantía del debido proceso .....	54
3.2. La garantía constitucional del debido proceso y su recepción en la ley de ejecución de la pena .....	56
3.3. Recepción jurisprudencial de la revisión judicial de las sanciones administrativas .....	58
Conclusión.....	59

## **EL ACTO DE AGRESIÓN A UCRANIA Y LA CRISIS DECONSTRUCTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL, Asdrúbal Aguiar A. .... 61**

Preliminar .....	61
1. La deconstrucción del orden jurídico internacional .....	64
2. Insuficiencias de la doctrina tradicional para la integración de lo nuevo.....	66
3. El desafío de la reconstrucción de universales, desde lo antropológico.....	69
4. Diagnóstico del “quiebre epocal” .....	71
5. La cuestión ucraniana: dimensión sociológica e histórica.....	74
6. La dimensión normativa y su insuficiencia .....	76
7. Las resoluciones de la ONU 2014-2021.....	78
8. La parálisis del Consejo de Seguridad y el regreso a la Unión Pro-Paz.....	81
9. La Corte de La Haya en equilibrio crítico .....	86
10. Aproximación axio-dikelógica a la cuestión ucraniana.....	88
Epílogo: una declinación “trialista” ajena a la justicia .....	90

## **LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA, Jesús María Casal..... 93**

Introducción .....	93
1. La jurisdicción constitucional y la transición a la democracia.....	95
1.1. El establecimiento de tribunales constitucionales en la segunda postguerra europea y su estela .....	95
1.2. Tribunales constitucionales y transición a la democracia.....	98

1.2.1. Tribunales constitucionales y etapas de la transición .....	100
1.2.2. Judicatura ordinaria y tribunales constitucionales .....	102
1.2.3. Contribuciones jurisprudenciales al proceso de democratización .....	106
1.3. Tribunales constitucionales en contextos autoritarios o de ruptura política y los escenarios de fracaso, retracción o captura de la jurisdicción constitucional .....	110
1.3.1. Tribunales constitucionales y sistemas autoritarios .....	110
1.3.2. Tribunales constitucionales y situaciones de ruptura política .....	115
2. ¿Qué hacer con la jurisdicción constitucional en Venezuela? .....	119
2.1. El diseño institucional de la jurisdicción constitucional .....	119
2.2. Pautas fundamentales para la reconstrucción de la jurisdicción constitucional .....	122
2.2.1. Una jurisdicción constitucional para la libertad .....	122
2.2.2. Una jurisdicción constitucional sometida al Estado de Derecho .....	123
2.2.3. Una jurisdicción constitucional respetuosa de la separación de poderes y de la democracia .....	124
2.2.4. Vitalización de la vertiente difusa de nuestro sistema de justicia constitucional .....	125
2.2.5. La jurisdicción constitucional y su contexto institucional .....	126
3. Claves de la jurisdicción constitucional de la democratización .....	127
3.1. Desmontar criterios procesales y sustantivos inconstitucionales y desplegar nuevos postulados interpretativos .....	127
3.2. Algunas estrategias y herramientas útiles para la democratización .....	129

**LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA: INSTRUMENTO POLÍTICO PARA LA EDIFICACIÓN DEL AUTORITARISMO (1999-2021), Laura Louza Scognamiglio y Flavia Pesci Feltri .....** 135

Introducción .....	135
1. Prolegómenos sobre la democracia ilimitada y el caso venezolano ..	137
2. Instauración de la democracia ilimitada mediante la desintegración de la justicia constitucional y del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (1999-2012) .....	141
2.1. Nombramientos de los magistrados del TSJ y, por tanto, del juez constitucional mediante procedimientos contrarios a la Constitución .....	143
2.2. Exclusión inicial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en Venezuela .....	147
2.3. La consolidación del autoritarismo en Venezuela (2013-2021). ..	151
A modo de epílogo .....	157

**REFORMULACIÓN INSTITUCIONAL DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN EL ÁMBITO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, Tulio Alberto Álvarez-Ramos ..... 161**

Introducción .....	161
1. Pluralismo jurídico implícito en el bloque romano indiano latinoamericano.....	163
2. Tribuno de la plebe, defensor civitatis y defensor de indios como secuencia reveladora del bloque romano indiano .....	165
3. El precario diseño de un modelo para los órganos nacionales de defensa ciudadana .....	174
3.1. La dicotomía funcional en los precedentes históricos .....	174
3.2. Desvinculación de los órganos nacionales con el propio sistema interamericano .....	176
3.3. ¿Es factible un diseño uniforme de los órganos de defensa ciudadana?.....	179
4. Adecuación tribunicia de la defensa ciudadana y su integral inserción en el sistema interamericano.....	182
4.1. Reconocimiento de la diversidad de órdenes normativos integrados en el sistema jurídico de cada país del Bloque Romano Indiano.....	189
4.2. Privilegiar el desarrollo sustentable y la defensa del medio ambiente en las ejecutorias del Defensor del Pueblo .....	192
4.3. Definición de mecanismos procesales que reflejen el “poder negativo” de la Defensoría del Pueblo.....	194
4.4. Inserción de la figura del defensor del pueblo en el sistema interamericano.....	195
Conclusiones.....	197
Lista de referencias .....	198

**LOS DERECHOS Y GARANTÍAS QUE FUNDAMENTAN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL, María Trinidad Silva De Vilela ..... 205**

Introducción .....	205
1. Principios y garantías constitucionales en el proceso penal venezolano.....	206
2. Los principios y garantías del proceso penal en la doctrina .....	211
3. Los principios y garantías del proceso penal en la Constitución .....	216
3.1. Libertad personal.....	216
3.2. Garantías procesales.....	218
3.3. Integridad física, síquica y moral de las personas .....	224
3.4. La nulidad de los actos del Poder Público .....	225
3.5. Ministerio Público .....	225
3.6. Finalidad del proceso .....	227
4. Los principios y garantías del proceso penal en el Código Orgánico Procesal Penal.....	228
4.1. Juicio previo y debido proceso .....	228
4.2. Ejercicio de la jurisdicción.....	229

4.3. Participación ciudadana .....	230
4.4. Autonomía e independencia de los jueces .....	231
4.5. Autoridad del juez.....	231
4.6. Obligación de decidir.....	232
4.7. Juez natural .....	232
4.8. Presunción de inocencia.....	233
4.9. Afirmación de la libertad.....	233
4.10. Respeto a la dignidad humana .....	234
4.11. Titularidad de la acción penal.....	234
4.12. Defensa e igualdad entre las partes.....	235
4.13. Finalidad del proceso .....	236
4.14. Oralidad.....	237
4.15. Publicidad .....	237
4.16. Inmediación .....	238
4.17. Concentración .....	238
4.18. Contradicción .....	239
4.19. Control de la constitucionalidad.....	239
4.20. Prohibición de nueva persecución .....	239
4.21. Cosa juzgada .....	240
4.22. Apreciación de la prueba .....	240
4.23. Protección de las víctimas .....	241
4.24. Licitud de la prueba.....	242
4.25. Proporcionalidad de la medida privativa de libertad.....	242
4.26. Impugnabilidad objetiva.....	242
4.27. Nulidades .....	243
Conclusiones .....	243
Bibliografía.....	246

**RECONSTRUCCIÓN, REDEMOCRATIZACIÓN Y REINSTITUCIONALIZACIÓN, CON MIRAS AL RESTABLECIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO. ROL DEL LEGISLATIVO Y SU RELACIÓN CON OTROS ÓRGANOS, Argenis S. Urdaneta G. .... 247**

Introducción.....	247
1. Consideración preliminar. Acerca del Estado de Derecho .....	247
2. Desmejora de condiciones socioeconómicas y su incidencia en lo institucional.....	249
2.1. Bienestar general como objetivo.....	249
2.2. Bienestar general en la Venezuela del siglo XX y su reflejo en lo político-institucional.....	250
2.3. Deterioro socioeconómico, cultural y político .....	253
3. Institucionalidad y cambio .....	255
3.1. Reglas de juego y diseño institucional.....	255
3.2. Institucionalidad en crisis .....	257
3.3. Órgano legislativo.....	259
4. Legislativo nacional y paralelismo institucional .....	259
4.1. El diseño.....	259
4.2. Su actuación .....	260
4.3. Legislativo y federación descentralizada .....	261

4.4. Desconstitucionalización y otras ilegitimidades .....	261
5. Reinstitutionalización y redemocratización como propuesta .....	263
5.1. Transición y reinstitucionalización .....	263
5.2. Proceso de transición.....	265
5.3. Democratización y re-democratización .....	266
6. Lineamientos generales para una propuesta de reinstitucionalización democrática .....	267
A modo de conclusiones .....	269
Bibliografía .....	270

**LOS ACUERDOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL ANTE LAS CORTES EXTRANJERAS: EL CASO DE LOS BONOS PDVSA 2020, José Ignacio Hernández G..... 273**

Introducción .....	273
1. La naturaleza jurídica del Acuerdo de la Asamblea Nacional que negó la capacidad de PDVSA de ceder en garantía las acciones de CITGO .....	274
1.1. La oferta de canje de los bonos y el Acuerdo del 27-09-2016....	274
1.2. La decisión de PDVSA de ignorar el Acuerdo del 27-09-2016 y el rol de la Sala Constitucional.....	278
1.3. El reconocimiento del presidente encargado, el pago de intereses bajo protesta y la interpretación auténtica de la Asamblea Nacional en el Acuerdo de 15-10-2019 .....	280
2. Los efectos del Acuerdo de 27-09-2016 en las Cortes del Estado de Nueva York.....	283
2.1. La demanda de nulidad en contra del contrato de emisión y garantía y el Acuerdo de 27-09-2016 bajo la doctrina del acto de Estado .....	283
2.2. La errada interpretación de la Corte de Distrito y el criterio correcto de la Corte de Apelación .....	287
Conclusiones.....	291

**EL SISTEMA DE GOBIERNO FEDERAL COMO UNO DE LOS RESGUARDOS DEL DERECHO A LA LIBERTAD POLÍTICA, Irene Loreto G.293**

Introducción .....	293
1. Breve recuento histórico del origen del federalismo en Venezuela .....	293
2. Elementos comunes en un Estado federal .....	297
3. Estado federal, descentralización con especial referencia a los municipios .....	299
3.1. Autonomía.....	300
3.2. Elección de las autoridades .....	301
3.3. Libre gestión del municipio en las materias de su competencia y la creación, recaudación e inversión de sus ingresos .....	301
3.4. Privatización y concesión de servicios públicos, liberalización de los servicios .....	302



3.5. La descentralización a través de la mancomunidad de municipios: la experiencia bajo la vigencia de la Constitución de 1961 y la Ley Orgánica del Régimen Municipal.....	303
4. Otras instituciones para fortalecer el federalismo y favorecer la descentralización.....	307
Conclusiones .....	310

**LOS VENEZOLANOS ANTE LA POLÍTICA, EL ESTADO Y LA LEY (APUNTES PARA UNA COMPRESIÓN APROXIMADA), Ramón**

<b>Guillermo Aveledo .....</b>	<b>311</b>
--------------------------------	------------

Introducción.....	311
1. ¿"Árbol que nace torcido nunca su tronco endereza"?.....	312
2. Avatares en la construcción y deconstrucción de una República .....	316
3. Constitución y vida. Vida y constitución.....	323
4. Participación y deliberación en la Constitución.....	327
5. Rasgos de cultura política nacional.....	331

**LA DEMOCRACIA ES LIBERTAD CUANDO EL ESTADO GARANTIZA LA SATISFACCIÓN DE LOS DERECHOS CIUDADANOS: LA FALTA DE REPRESENTACIÓN ES PROPIA DEL DESCONOCIMIENTO DE LO QUE QUIERE LA SOCIEDAD Y ELLO TIENE SUS CAUSAS, Cecilia Sosa Gómez 337**

Introducción.....	337
1. Democracia y pueblo .....	338
2. Principios fundadores.....	339
3. Ser ciudadano .....	339
4. A quién confiar el Poder .....	340
5. El estatuto de la libertad.....	341
Consideraciones finales.....	343

**MARCO JURÍDICO DEL VOTO EN EL EXTRANJERO EN VENEZUELA. PRINCIPALES DEFICIENCIAS Y DESAFÍOS EN TÉRMINOS DE DERECHOS POLÍTICOS E INTEGRIDAD ELECTORAL, Daniela Urosa Maggi.....**

<b>.....</b>	<b>347</b>
--------------	------------

Introducción.....	347
1. Marco jurídico venezolano del voto en el extranjero .....	348
1.1. Base constitucional y convencional del derecho al voto en Venezuela .....	349
1.1.1. Base constitucional.....	349
1.1.2. Base convencional y estándares interamericanos.....	350
1.2. Regulación legal y sublegal del voto en el extranjero en el Derecho venezolano.....	352
1.2.1. Regulación en la LOPRE y el RGLOPRE.....	352
1.2.2. Regulación mediante actos singulares del CNE.....	353
1.3. Recapitulación. Principales aspectos de la regulación del voto en el extranjero en Venezuela.....	354
1.3.1. Electores en el extranjero con derecho a voto.....	354

1.3.2. Elecciones en las que puede votarse desde el extranjero	355
1.3.3. Registro electoral en el extranjero	356
1.3.4. Fases del proceso electoral en el extranjero	356
1.3.5. Carácter manual del voto en el extranjero	357
1.3.6. Observación electoral en el extranjero	357
2. Principales limitaciones y deficiencias del régimen jurídico venezolano del voto en el extranjero	357
2.1. El requisito de residencia legal para inscribirse en el registro electoral y para votar en el extranjero es arbitrario porque es desproporcionado, innecesario y no razonable y, por ende, viola el derecho fundamental al voto	358
2.2. El requisito de residencia legal para inscribirse en el registro electoral y para votar en el extranjero discrimina a los electores venezolanos de la diáspora y es una desmejora en la protección de sus derechos humanos	360
2.3. La regulación sublegal viola la reserva legal y permite al CNE cambiar las reglas del voto en el exterior en cada proceso electoral	361
2.4. La regulación del voto en el extranjero es incompleta y dispersa. Viola la seguridad jurídica y el principio de transparencia	362
Conclusiones	363

## **II. DOCUMENTACIÓN PARLAMENTARIA ..... 365**

### **INFORME DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA (2021-2022), Jaiber Núñez, Vanessa Marcano y Fátima Camirra ..... 367**

Introducción	367
1. Consideraciones generales en relación con la dimensión institucional del conflicto sociopolítico venezolano	368
2. Actividad parlamentaria (2021-2022)	370
2.1. Asamblea Nacional electa en 2015	370
2.2. Asamblea Nacional electa en 2020	371
2.2.1. Resumen legislativo de 2021	371
2.2.2. Resumen legislativo de 2022	374
2.2.3. Agenda legislativa de 2023	376
2.2.4. Principales leyes sancionadas con impacto institucional (2021-2022)	377
Conclusiones	379

**III. LECCIÓN INAUGURAL CORRESPONDIENTE AL AÑO ACADÉMICO 2022-2023, FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO ..... 381**

**LA RECLAMACIÓN DE VENEZUELA SOBRE EL TERRITORIO ESEQUIBO, Rafael Badell Madrid ..... 383**

Introducción.....	383
1. Consideraciones generales sobre la controversia.....	384
2. Tratado de Washington del 02-02-1897.....	390
3. Nulidad del Laudo de París del 03-10-1899.....	392
3.1. Violación al debido proceso.....	393
3.1.1. Carta de Henry Light, Gobernador de la Colonia de Guayana Británica dirigida a Lord Stanley, Ministro de Colonias del Reino Unido, de fecha 04-03-1842.....	394
3.1.2. La Primera Línea Schomburgk de 1835 no fue tomada en cuenta.....	395
3.1.3. Violación de la regla “C” del artículo IV del Tratado de Washington: de la ocupación como medio de adquisición de los territorios y el principio <i>uti possidetis iuris</i> .....	396
3.1.4. Documentos históricos que respaldan los derechos de Venezuela sobre el territorio Esequibo.....	398
3.2. Vicio de exceso de poder.....	411
3.3. Vicio de inmotivación.....	415
3.4. Vicio de ultra petita.....	419
3.5. Falta grave del deber de imparcialidad.....	422
3.5.1. Memorándum de Severo Mallet-Prevost.....	429
3.5.2. Documentos posteriores que ratifican el valor del Memorándum de Severo Mallet-Prevost.....	432
3.6. Consecuencias de la nulidad del Laudo Arbitral de París.....	434
4. Ejecución del laudo.....	435
5. Antecedentes del Acuerdo de Ginebra.....	438
6. Acuerdo de Ginebra.....	439
7. Del Protocolo de Puerto España a la Corte Internacional de Justicia.....	441

**IV. CONTRIBUCIONES DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO ..... 447**

**LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y LA SUBVERSIÓN DEL ORDEN CONSTITUCIONAL. EL CASO DE VENEZUELA (2017-2020), Gabriel Sira Santana ..... 449**

Introducción.....	449
1. El deber ser de una Asamblea Nacional Constituyente.....	450
2. La embestida contra la Asamblea Nacional como antecedente de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017.....	457
3. El ser de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017.....	460

A modo de reflexión final .....	463
Referencias bibliográficas.....	465

**LA REELECCIÓN INDEFINIDA Y SU INTERPRETACIÓN POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO VENEZOLANO: ALGUNAS ANOTACIONES Y REFLEXIONES, Jesús A. Dávila ..... 467**

Introducción .....	467
1. Algunas consideraciones teóricas sobre el tema de la reelección indefinida .....	470
1.1. Los derechos políticos y su alcance .....	470
1.2. El Derecho a ser elegido. Concepto y sus consecuencias. Limitaciones.....	473
1.3. Derecho a la reelección. ¿Derecho autónomo? Implicaciones...	474
2. Descripción de la OC .....	475
2.1. Descripción general de la consulta formulada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	475
2.2. Fundamentos de la opinión.....	476
2.2.1. El principio democrático y la democracia representativa	476
2.2.2. La reelección indefinida no es un derecho autónomo inserto dentro del concepto de los derechos políticos previstos en la Convención .....	477
2.2.3. Si no hay derecho autónomo a la reelección indefinida, entonces ¿qué se puede restringir entendiendo que estamos en presencia de derechos políticos? .....	478
2.2.4. La reelección indefinida está en clara pugna con las obligaciones que se impone a los Estados en relación con los derechos humanos .....	479
2.2.5. Opinión de la Corte IDH .....	479
2.2.6. Los votos disidentes de la OC.....	480
3. Descripción de la sentencia de la SCTSJ .....	482
3.1. Descripción general de la sentencia de la SCTSJ .....	482
3.2. Fundamentos para la decisión. Algunos comentarios.....	482
3.2.1. (In)Congruencia legislativa. La Constitución de 1999 como punto de corte.....	483
3.2.2. La reelección presidencial para la SCTSJ .....	484
3.2.3. La progresividad de los derechos fundamentales y la reelección presidencial .....	485
3.2.4. Mención a la obligación de separación del cargo .....	486
4. Comparación de argumentos entre ambas decisiones .....	486
4.1. Punto preliminar .....	487
4.2. La democracia como punto de partida .....	487
4.3. Autonomía de la figura de la reelección como derecho.....	488
4.4. Consideraciones históricas, estadísticas y políticas como elementos necesarios para proceder con la decisión judicial....	488
Conclusiones y reflexiones finales .....	489

## PRESENTACIÓN

La tercera edición del Anuario de Estudios Constitucionales y Parlamentarios, editado por la Universidad Católica Andrés Bello, el Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro, y el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), consolida su posición como espacio crítico y propositivo en los ámbitos del derecho constitucional y el parlamentarismo en Venezuela.

En esta oportunidad estimamos pertinente dedicar el Anuario principalmente a propuestas para la restauración institucional y democrática que el país requiere. Esto implica comprender, desde una perspectiva crítica, las causas que han conllevado a la situación actual de quebrantamiento de la institucionalidad democrática y emergencia humanitaria, así como desarrollar planteamientos para restablecer el Estado constitucional de Derecho. Todo ello con una perspectiva abierta al orden internacional y al Derecho comparado, precedido de estudios internacionales que sirven de marco a la reflexión sobre los temas de la justicia nacionales y que en parte se relacionan con los mismos.

En este sentido, el Anuario contiene estudios en cinco áreas temáticas fundamentales: **(i)** la justicia internacional; **(ii)** la justicia y la defensa de los derechos en el orden interno; **(iii)** el poder legislativo y sus relaciones con otros poderes públicos; **(iv)** el federalismo, y **(v)** la democracia. Además, se incluyen dos contribuciones de estudiantes de la Maestría en Derecho Constitucional de la UCAB, y la lección inaugural correspondiente al año académico 2022-2023 de la Facultad de Derecho de la UCAB.

En el ámbito de la justicia internacional, Andrea Santacruz estudia el alcance de la responsabilidad de gobernadores y alcaldes en el caso bajo investigación Venezuela I ante la Corte Penal Internacional. En específico, analiza la posible participación de estos funcionarios en el uso excesivo y no diferenciado de la fuerza durante las manifestaciones que ocurrieron desde 2014. Por su parte, Juan Ignacio Pérez Curci se refiere a las implicaciones de la adopción en el ámbito de las Naciones Unidas de las Reglas de Mandela en relación con la garantía del acceso a la justicia y los derechos de las personas privadas de libertad. Entre tanto, Asdrúbal Aguiar revisa, a la luz del Derecho internacional en vigor, el acto de agresión a Ucrania por la Federación de Rusia desde las dimensiones histórica y sociológica, descriptiva o normativa, y la valorativa o estimativa, destacando que ello compromete al orden internacional que está en deconstrucción y, por tanto, se estaría propulsando otro orden en el contexto de las relaciones internacionales contemporáneas.

En la temática de la justicia y la defensa de los derechos en el orden interno, Jesús María Casal examina el rol que en Venezuela podría tener la jurisdicción constitucional en el marco de una transición a la democracia. Para ello hace un análisis de experiencias y estudios de derecho comparado que estima ponen de manifiesto el papel relevante que la jurisdicción constitucional ha jugado en procesos de transición a la democracia o redemocratización. También, pretende esclarecer si el hecho de que la Sala Constitucional haya favorecido el autoritarismo en este ciclo político, o tribunales constitucionales en contextos no democráticos, desvirtúa la idea de que una jurisdicción constitucional, renovada en su composición y concepciones, puede ser en el futuro un instrumento valioso para restaurar la democracia y el Estado de Derecho en nuestro país.

Entre tanto, Laura Louza y Flavia Pesci Feltri argumentan que la falta de independencia del juez constitucional y la desincorporación de Venezuela del sistema interamericano de derechos humanos materializaron la instauración del autoritarismo en el país, pues ello implicó que, en lugar de ser un instrumento de control, la Sala Constitucional fuera un instrumento político del gobierno y, por tanto, corresponsable en las graves violaciones a los derechos humanos que se han cometido.

Tulio Álvarez-Ramos plantea una reformulación tribunicia de la estructura y funciones de la defensoría del pueblo en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, a partir de un estudio histórico-institucional, el pluralismo jurídico, y el contexto actual de la región.

La contribución de María Trinidad Silva de Vilela hace un estudio sistemático sobre los principios y garantías en el proceso penal desde la perspectiva doctrinaria, constitucional y legal, con el objetivo de especificar su sentido y propósito, concluyendo con una serie de reglas que deben considerarse para su interpretación.

En relación con el poder legislativo y sus relaciones con otros poderes públicos, Argenis Urdaneta propone ideas para la reconstrucción, redemocratización y reinstitucionalización de la Asamblea Nacional, con miras al restablecimiento del Estado de Derecho.

En este ámbito temático, José Ignacio Hernández analiza el caso del Acuerdo de la Asamblea Nacional que negó a PDVSA la capacidad de otorgar en prenda la mayor parte de las acciones de CITGO a acreedores extranjeros, y que habían sido dadas en garantía de los Bonos 2020.

Sobre el federalismo, Irene Loreto estudia el sistema de gobierno federal desde la perspectiva de considerarlo como resguardo del derecho a la libertad política, advirtiendo que, aunque este sistema ha sido acogido en la historia constitucional venezolana, en la práctica se ha impuesto un "absolutismo disfrazado de legalidad".

Una serie de apuntes para una comprensión de los venezolanos ante la política, el Estado y la ley es el planteamiento de Ramón Guillermo Avelo, destacando su análisis sobre los rasgos de la cultura política nacional, luego de reflexionar sobre nuestra relación con el poder y los valores democráti-

cos, y teniendo como marco referencias a la historia política y constitucional del país.

Cecilia Sosa Gómez reivindica la libertad como valor fundador y distintivo de la democracia, argumentando que se requiere de un esfuerzo colectivo para comprenderla, en un contexto político donde prevalece la dificultad creciente de la ciudadanía para orientarse.

En esta temática sobre la democracia, Daniela Urosa Maggi aborda el marco jurídico del voto de los venezolanos en el extranjero, identificando deficiencias y desafíos desde la óptica de los derechos políticos y la integridad electoral. Para ello, hace una revisión de la regulación constitucional, legal y sublegal del voto extraterritorial, advirtiendo sobre la complejidad de la situación actual, pues debe considerarse no solo la legislación electoral y del servicio exterior sino la regulación migratoria de los países donde se encuentra la diáspora venezolana. Tanto el diagnóstico de la situación del voto extraterritorial en Venezuela como sus posibles soluciones son por demás complejos, pues en él confluyen tres regulaciones jurídicas distintas: la legislación electoral, la regulación migratoria en los países de recepción de la diáspora venezolana y la legislación de servicio exterior respecto de las representaciones diplomáticas como agentes electorales auxiliares.

Con respecto a la documentación parlamentaria, Jaiber Núñez, Vanessa Marcano, y Fátima Camirra hacen una revisión sobre la actividad parlamentaria de los años 2021 y 2022, distinguiendo entre lo realizado por la Asamblea Nacional electa en 2015 y la electa en 2020.

En esta edición del Anuario se incluye un estudio sobre la reclamación de Venezuela sobre el territorio Esequibo, lección inaugural del profesor Rafael Badell Madrid, que corresponde al año académico 2022-2023 en la Facultad de Derecho de la UCAB.

Por último, entre las contribuciones de estudiantes de la Maestría en Derecho Constitucional de la UCAB se encuentran las de Gabriel Sira Santana y Jesús Dávila. Sira Santana presenta un estudio sobre la subversión del orden constitucional que significó la asamblea nacional constituyente venezolana de 2017-2020; y Dávila reflexiona, en perspectiva comparada, sobre la reelección indefinida, considerando las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano.

Agradecemos a quienes han contribuido con sus investigaciones para este Anuario, con la expectativa de promover la discusión sobre estos y otros temas necesarios para restaurar la democracia y el Estado de Derecho en Venezuela.

Enero de 2023

Ramón Guillermo Aveledo

Jesús María Casal

Daniela Urosa Maggi





I  
**CONTRIBUCIONES  
DOCTRINALES**



# LOS MÁS ALTOS RESPONSABLES CONFORME AL ESTATUTO DE ROMA. ESPECIAL MENCIÓN A LOS GOBERNADORES Y ALCALDES EN LA SITUACIÓN BAJO INVESTIGACIÓN VENEZUELA I

Andrea Santacruz\*

## Introducción

Desde el año 2018 existe ante la Corte Penal Internacional (CPI) un examen preliminar sobre la situación venezolana, que hoy se conoce como “Venezuela I”, pues en febrero de 2020 el Estado venezolano remitió una situación, por considerar que en el país están ocurriendo crímenes de lesa humanidad de los cuales son responsables los Estados Unidos por las sanciones unilaterales impuestas. A esa remisión se le llama “Venezuela II”.

El examen preliminar Venezuela I fue cerrado en noviembre de 2021 y la Fiscalía de la CPI (OTP) dio inicio a una investigación que se encuentra paralizada, esperando que la Sala de Cuestiones Preliminares I se pronuncie sobre si autoriza al Fiscal de la CPI, Karim Khan, a continuar con la investigación o, le requiere a este que se inhiba conforme a la solicitud hecha por el Estado venezolano, que alegó que en el país se están realizando o se han realizado investigaciones en relación con sus nacionales u otras personas bajo su jurisdicción respecto de actos criminales competencia de la CPI, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 (2) del Estatuto de Roma.

Entre la OTP y el Estado Venezolano existe un Memorándum de entendimiento, que se firmó en Venezuela el 03-11-2021, en el que acordaron, entre otros puntos, que:

...la República Bolivariana de Venezuela, como jurisdicción nacional, adoptará todas las medidas necesarias para asegurar la efectiva administración de justicia, de acuerdo con los estándares internacionales, con el apoyo y compromiso

---

\* Abogada, *Summa Cum Laude* de la Universidad Metropolitana (UNIMET 2008). Maestría en Gerencia Tributaria de Empresas, graduada con honores (UNIMET 2011). Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas (UCV 2016). Jefa del Departamento de Estudios Jurídicos de la UNIMET y profesora en las cátedras de Derecho Penal, Penal de los Negocios, Derechos Humanos y Análisis Jurídico, en esa misma casa de estudios. Encargada del Departamento de Estudios Internacionales UNIMET. Directora Ejecutiva del Centro de Derechos Humanos de la UNIMET.

activo de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional en virtud del principio de complementariedad<sup>1</sup>.

Con esto se reafirma lo dicho por la anterior Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, quien el 15-06-2022, antes de finalizar su período le indicó a la Sala de Cuestiones Preliminares I que:

...después de haber revisado la información presentada por las autoridades nacionales, los casos potenciales para ser investigados sobre la situación (Venezuela I), sería admisible en términos de inacción... Esto ha resultado en la conclusión de que las autoridades no están realmente dispuestas a investigar y/o enjuiciar tales casos. Esto se debe a que, según la información disponible, se han incoado procedimientos internos o se han dictado decisiones nacionales con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, en virtud del artículo 17(2)(a), y/o los procedimientos internos no se han llevado a cabo de manera independiente o imparcial, lo que significa que se han llevado a cabo de una manera que es incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia, en virtud del artículo 17(2)(c) del Estatuto<sup>2</sup>.

Hasta el momento, la OTP considera que tiene motivos razonables para creer que en Venezuela han ocurrido crímenes de lesa humanidad, lo cual ha expuesto en los siguientes términos:

Específicamente, y sin perjuicio de otros crímenes que la Fiscalía pueda determinar en una etapa posterior, la Fiscalía ha concluido que la información disponible en esta etapa brinda un fundamento razonable para creer que, al menos desde abril de 2017, autoridades civiles, miembros de las fuerzas armadas e individuos a favor del Gobierno han cometido los crímenes de lesa humanidad de encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, con arreglo al apartado e) del párrafo 1 del artículo 7; tortura, conforme al apartado f) del párrafo 1 del artículo 7; violación y/u otras formas de violencia sexual de gravedad comparable, con arreglo al apartado g) del párrafo 1 del artículo 7; y persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, de conformidad con el apartado h) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma<sup>3</sup>.

Ello plantea la siguiente pregunta, ¿quiénes pueden ser considerados responsables conforme al Estatuto de Roma de la CPI? Y más específicamente ¿los gobernadores y alcaldes –sobre quienes no parece haber interés público en estos temas– pueden ser responsables en el marco del proceso que posiblemente se adelante ante la CPI durante la investigación?

Para dar respuesta a esta última pregunta, es necesario señalar que la OTP tiene como política enfocar su actividad en los más altos responsables, por lo que al inicio de este artículo se analizarán los responsables penales conforme al Estatuto de Roma, especialmente, qué se entiende por responsabilidad penal individual, y si cualquier persona puede ser penalmente res-

<sup>1</sup> Corte Penal Internacional, *Memorandum de Entendimiento entre la República Bolivariana de Venezuela y la Fiscalía de la Corte Penal Internacional*, <https://bit.ly/3N2hZot>

<sup>2</sup> Corte Penal Internacional, *Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I*, <https://bit.ly/45qv6qm> (Traducción propia).

<sup>3</sup> Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020...*, 3.

ponsable en el marco del Estatuto, para luego referirse a la responsabilidad de los jefes y otros superiores.

Al tener algunas consideraciones de carácter teórico, se hablará del examen preliminar Venezuela I, ya que la investigación se encuentra paralizada, con especial énfasis en el uso excesivo de la fuerza en el control de orden público, destacando quienes son competentes para ejercer dicho control, y como el mismo está centralizado en el poder ejecutivo, lo que pareciera derivar, en una consideración amplia, en que los gobernadores y alcaldes venezolanos en general no van a ser personas de interés para la OTP en el marco de la investigación Venezuela I.

Pero, es fundamental recordar que cada caso debe ser evaluado a profundidad y determinarse cuidadosamente la participación de cada persona, por lo que, si la conducta de algún gobernador o alcalde fue fundamental para el perfeccionamiento de un crimen de lesa humanidad, no hay razón jurídica que lo excluya de ser juzgado.

## **1. Responsables penales conforme al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**

El mundo ha sido testigo de los más atroces crímenes que los seres humanos pueden idear y cometer, y de los que las personas han sido víctimas; siendo el punto de inflexión el holocausto descubierto tras la terminación de la Segunda Guerra Mundial, momento en el cual la comunidad internacional se comprometió a reconocer y proteger los derechos humanos, tal y como se evidencia en la Carta de Naciones Unidas y en los pactos y tratados internacionales en materia de derechos humanos que se han desarrollado a lo largo del tiempo.

Es fundamental destacar que cuando se hace referencia a tratados en materia de derechos humanos o relativos a derechos humanos, se hace desde una perspectiva amplia como la expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias de sus opiniones consultivas, en las que se refiere a estos como acuerdos bilaterales o multilaterales cuyo objeto y fin es la protección de derechos humanos, por lo que entran en esta clasificación los tratados que reconocen y protegen propiamente derechos humanos, y aquellos que contienen disposiciones en la materia<sup>4</sup>.

El Estatuto de Roma de la CPI es un tratado de derechos humanos conforme a esa visión amplia, porque tiene por objeto proteger derechos humanos frente a las mayores atrocidades que puedan ocurrir, *“que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”*<sup>5</sup>. Además, esta idea está apoyada por la doctrina que ha destacado el concepto del núcleo duro de los derechos humanos, que se caracteriza por po-

---

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-26/20, OC-1/82, OC-16/99, Opiniones Consultivas, (corteidh.or.cr).

<sup>5</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Preámbulo*.

ner a la persona en el centro del derecho<sup>6</sup>, por lo que se considera como parte del *corpus iuris* de derechos humanos los tratados propios del derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional de los refugiados y derecho internacional penal, ya que todos protegen al ser humano.

El Estatuto de Roma fue firmado en 1998 y entró en vigencia el 01-07-2002 y hoy cuenta con 123 Estados parte<sup>7</sup>. De su preámbulo se desprende que el objeto principal de este instrumento legal es “poner fin a la impunidad de los autores” de los “*crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*” y contribuir a la prevención de nuevos crímenes.

Se está frente a un instrumento internacional penal cuyas normas, como toda norma penal, tiene un fin de protección y motivación. Específicamente las normas penales protegen bienes jurídicos, entendiendo estos como bienes fundamentales para la existencia<sup>8</sup>. En el caso del Estatuto se entiende que este protege derechos humanos, protege la dignidad humana frente a las peores conductas que el mundo conoce y que se pretende evitar que se repitan.

El derecho penal, además, por ser el que más violencia implica, pues al imponerse una pena, se puede ir en contra de la libertad o la vida de una persona, se exige que su aplicación sea muy limitada, solo en aquellos casos en la que se ponga gravemente en peligro o se lesione gravemente un bien jurídico muy importante para la sociedad.

En el caso del derecho internacional penal, se entiende además que la limitación es aún mayor, pues en el mismo Estatuto se evidencia que la Corte Penal Internacional estará facultada para ejercer su jurisdicción “*sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional*”, tal y como lo indica el artículo 1 de este instrumento. Es decir, que no se analiza en esta jurisdicción cualquier crimen, sino solo aquellos que han sido definidos como los más graves, los atroces, tipificados en el mismo Estatuto y los cuales son: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> “...el ser humano. Se reconoce hoy día la necesidad de restituir a este último la posición central –como sujeto del derecho tanto interno como internacional– de dónde fue indebidamente desplazado, con consecuencias desastrosas, evidenciadas en los sucesivos abusos cometidos en su contra en las últimas décadas”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, del 01-10-1999, (corteidh.or.cr), 85.

<sup>7</sup> Corte Penal Internacional, *The States Parties to the Rome Statute*, (icc-cpi.int).

<sup>8</sup> Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal, Parte General* (Valencia: Trant lo Branch, 2000), 64.

<sup>9</sup> La competencia de la CPI sobre este crimen entró en vigencia en 2018, después que se aprobara la resolución correspondiente en la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de Roma, el 15-12-2017, aunque se enumera en el artículo 5 del Estatuto como uno de los crímenes competencia de la Corte. Ver: Coalición por la Corte Penal Internacional, *El crimen de agresión*, (coalitionfortheicc.org).

Del primer artículo del Estatuto también se evidencia un punto fundamental en este trabajo y es la responsabilidad personal o individual, que se contrapone a la judicialización del derecho internacional de los derechos humanos, en donde la responsabilidad recae sobre el Estado.

### **1.1. La responsabilidad penal individual**

El derecho internacional penal procura que, frente a un crimen atroz, sus responsables individuales sean investigados, juzgados y condenados conforme a los derechos y garantías de los que goza toda persona, de acuerdo con los estándares internacionales y, que en el caso del Estatuto de Roma están señalados en los artículos 55 y 67.

La responsabilidad individual se refiere a aquella que recae en una persona natural por la conducta típica, antijurídica y culpable que realiza. Rosmerlin Estupiñán Silva relaciona este concepto con el principio universalmente reconocido de "*la responsabilidad del propio hecho*", conforme al cual quienes hayan incurrido en una conducta criminal, bien como autores o partícipes de un hecho punible, deben asumir las consecuencias penales de su comportamiento<sup>10</sup>.

La misma autora señala que la responsabilidad penal individual se incorpora en el derecho penal internacional desde la jurisprudencia del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, donde fueron juzgados los más altos responsables por las atrocidades ocurridas en el marco de la Segunda Guerra Mundial, y que ha sido también establecida en el Estatuto de Roma<sup>11</sup>.

El artículo 25 del Estatuto señala expresamente:

Artículo 25. Responsabilidad penal individual.

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto. 3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no

<sup>10</sup> Rosmerlin Estupiñán Silva, *Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales*, 2011, (corteidh.or.cr), 3.

<sup>11</sup> Ídem.

se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo. 4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

De este artículo se desprenden varias consideraciones importantes: (i) La CPI tiene competencia con respecto a personas naturales que cometan crímenes consagrados en el Estatuto, bien como autores materiales, intelectuales o indirectos, coautores, o partícipes (cooperador inmediato, cómplice necesario o no necesario); (ii) En el caso específico del genocidio, serán responsables también quienes instiguen directa y públicamente su comisión; (iii) Se establece la responsabilidad por tentativa y la no responsabilidad por el desistimiento íntegro y voluntario al propósito delictivo.

### **1.2. ¿Puede entonces cualquier persona ser responsable ante la CPI?**

La respuesta corta a esta pregunta es sí, pero es necesario explicar con detalle, pues hay una condición y es que sea considerada como parte de los "más altos responsables". Ello permite traer a colación el principio de complementariedad enunciado en el artículo 1 del Estatuto de Roma y desarrollado en el artículo 17, numeral 1 literales a, b y c, numerales 2 y 3.

En este escrito no se pretende agotar un tema tan complejo como el principio de complementariedad, pero sí señalar aspectos básicos que ayuden a su entendimiento. El principio de complementariedad o el carácter complementario de la CPI, deviene de que el principal responsable en investigar, juzgar y condenar a quienes han cometido crímenes atroces es el sistema de justicia nacional y solo cuando este no quiere o no puede juzgar, la CPI será competente para hacerlo.

Debe precisarse que el proceso ante la Corte Penal Internacional tiene tres etapas básicas: examen preliminar, investigación y juicio. El examen preliminar, que realiza la Oficina de la Fiscalía de la CPI, a su vez tiene cuatro fases, la primera es confidencial, la segunda implica el análisis de competencia de la Corte, en la tercera la OTP analiza la admisibilidad, lo cual implica estudiar el principio de complementariedad y la gravedad, y por último, en la cuarta fase se hace una consideración sobre el interés de la justicia, que se presume y, solo cuando hay "razones sustanciales para creer una investigación no redundará en interés de la justicia"<sup>12</sup> la fiscalía podrá cerrar el examen preliminar basado en este criterio.

Como se indicó anteriormente hay relación entre el principio de complementariedad y la responsabilidad penal individual y es que al analizar la complementariedad, la OTP deberá determinar si hay o no disposición de

---

<sup>12</sup> Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Documento de política general sobre exámenes preliminares*, noviembre 2013, (icc-cpi.int), 5.



parte del Estado en donde ocurrieron los hechos, y al hacerlo verifica si los procesos que se adelantan son genuinos o no, para lo cual incluso puede evaluar si el juicio que se lleva a cabo, en caso de que exista, se ha adoptado con el “*propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad por crímenes de la competencia de la Corte*”<sup>13</sup>.

En el Documento de política general sobre exámenes preliminares de la OTP se indica que:

8. La complementariedad requiere un examen de la existencia de procedimientos nacionales pertinentes en relación con los casos que pudieran potencialmente surgir de una investigación. Esto se hará teniendo presente la política de la Fiscalía de centrar las actividades de investigación en las personas más responsables de los crímenes más graves de competencia de la Corte. Cuando existan investigaciones o enjuiciamientos nacionales pertinentes, la Fiscalía evaluará su autenticidad<sup>14</sup>.

En otro documento de la CPI, sobre el caso de Kenia, en el que pretende explicar de manera sencilla el funcionamiento de la Corte, ante la pregunta de quién puede ser juzgado ante la CPI, indica que la Corte solo juzga individuos, no juzga grupos o Estados. Además, señala que cualquier individuo que sea señalado de haber cometido crímenes de la jurisdicción de la CPI debe ser llevado ante esta. Y destaca la política de la OTP de enfocarse en aquellos sobre quienes se tiene evidencia de que son los mayores responsables por los crímenes<sup>15</sup>.

Se observa así que la política de la OTP es centrar su actividad en las personas “más responsables”. Ello genera una interrogante sobre quiénes son los más responsables. En ese sentido, debe destacarse lo dicho por Rosmerlin Estupiñán Silva, quien de manera clara expone que en 1998 la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), uno de los antecedentes de la CPI, se estableció que:

...la protección de las víctimas exige una interpretación menos restrictiva de las personas susceptibles de cometer crímenes internacionales. En la ocurrencia, Jean-Paul Akayesu, alcalde y profesor, primera autoridad civil de la comuna de Taba en Ruanda, fue acusado de genocidio y crímenes de guerra a pesar de su condición de persona civil... La inexistencia de indicación precisa en cuanto a la exigencia de un sujeto calificado como autor de los crímenes fue subrayado por el TPIR, quien afirmó que una persona civil, en virtud de su autoridad en asuntos públicos, podía sostener la guerra o contribuir a un ataque generalizado y sistemático contra la población, con la misma eficacia que un comandante militar<sup>16</sup>.

La misma autora destaca que el TPIR, en el caso de los crímenes de lesa humanidad, también señalaba que la exigencia de un ataque y consecuentemente de una política o un plan, implica en sí mismo una “*adhesión o pertenencia del autor del crimen a una estructura (Estado u organización)*”. Además, expone que para la CPI este criterio es adecuado, y sobre ello Es-

<sup>13</sup> Estatuto de Roma, *Artículo 17, numeral 2. A.*

<sup>14</sup> Ídem.

<sup>15</sup> Corte Penal Internacional, *Understanding the International Criminal Court*, (icc-cpi.int).

<sup>16</sup> Rosmerlin Estupiñán Silva, *Principios que rigen...*, 20-21.

tupiñan Silva señala que *“La CPI ha venido consolidando la misma posición, como se desprende de la Decisión de confirmación de cargos contra el ex senador de la República Democrática del Congo, Jean Pierre Bemba Gombo”*<sup>17</sup>.

De lo indicado se puede concluir que no hay un criterio objetivo para determinar quiénes son los más altos responsables, pues no hay una calificación que permita señalarlos de manera inequívoca, sino que en cada caso debe hacerse el análisis correspondiente. Pero, el artículo 28 del Estatuto hace referencia a una forma de responsabilidad muy específica e importante en caso de crímenes competencia de la Corte, la responsabilidad de los jefes y otros superiores, que no excluye a otros responsables, sino que, por el contrario, en esa idea de ampliar quienes pueden ser señalados de cometer crímenes competencia de la Corte, se han incluido casos de acción por omisión y delitos de infracción de deber<sup>18</sup>.

### 1.3. Responsabilidad de los jefes y otros superiores

El artículo 28 del Estatuto de Roma señala:

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: 1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. 2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y con-

<sup>17</sup> Ídem. Debe destacarse que en 2018 la Corte de apelaciones de la CPI declaró inocente a Jean Pear Bemba. Corte Penal Internacional, *Bemba Case*, <https://bit.ly/3Wylftt>

<sup>18</sup> Rafael Barruezo cita a Claus Roxin e indica la definición que este da sobre los delitos de infracción de deber, en donde la autoría es determinada por la infracción consciente de un deber especial extrapenal. *“Por ejemplo, alguien determina a un funcionario a realizar torturas, tiene dominio del hecho; pero sin embargo, no es autor de las torturas, lo que presupone del tipo de precepto, que presupone un funcionario como sujeto de delito. Por tanto, se puede considerar como cierto que sólo un intraneus puede ser autor de los delitos de funcionarios. Examinando más de cerca el punto de vista determinante para la autoría en el ejemplo de partida, se revela que no es la condición de funcionario ni tampoco la cuantificación abstracta como director de la investigación lo que convierte a un sujeto en autor; más bien es le deber específico de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consiente fundamenta la autoría ...entiende Roxin que hay que descartar la idea del dominio del hecho...Así, por ejemplo, son delitos de infracción de deber los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo (331 y ss. ), en los que sólo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de una posición oficial”*. También hace referencia a la posición de Jakobs, en donde indica *“Todos los delitos de omisión impropia con deber de garante, en virtud de responsabilidad institucional, son delitos de infracción de deber”* Rafael Barruezo, *Delitos de dominio y de infracción de deber* (Montevideo-Buenos Aires: editorial B de f, 2009).

rol efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y 17 c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

De este artículo se desprende que tanto jefes militares como civiles serán responsables cuando los crímenes competencia de la Corte: **(i)** Hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando o subordinado a su autoridad y control efectivo; **(ii)** Y no hubiesen ejercido un control apropiado sobre las fuerzas o subordinados.

El mandato o autoridad y el control efectivo son parte de los elementos que deben evidenciarse para determinar la responsabilidad señalada, y se considerará brevemente dada la relación que puede tener con la posible responsabilidad de los gobernadores y alcaldes en la situación venezolana.

Alejandro Kiss ha definido el control efectivo como: *“la capacidad material de prevenir o sancionar la comisión de un delito. Se ha considerado que un estándar inferior de control, como sería la capacidad de ejercer influencia, no puede considerarse suficiente incluso cuando tal influencia pueda ser sustancial”*<sup>19</sup>.

Este autor además destaca la relación entre el control efectivo y los conceptos de mandato y autoridad, indicando que ello se evidencia en decisiones de la CPI. En ese sentido expone:

El “control” se ha concebido como un concepto “de recogida” que incluye a los de autoridad y mando. Según la decisión de Confirmación de cargos en el caso Bemba, el par de conceptos alternativo “autoridad” y “control” no le adjudica ningún significado diferente al texto de la ley. El término “mando efectivo” se ha interpretado como “autoridad efectiva” en razón de que, en el diccionario, el término “mando” se define como “autoridad, especialmente sobre fuerzas armadas”. Así, el concepto de “autoridad efectiva” se ha interpretado como la modalidad, manera o naturaleza conforme la cual un jefe ejerce control sobre sus fuerzas o subordinados<sup>20</sup>.

Lo antes dicho evidencia que el control, la autoridad y el mando son conceptos íntimamente relacionados. Pero, si considera específicamente los términos mando y autoridad, al ver la norma se entienden estos como sinónimos vinculados al cumplimiento de una orden, principalmente conforme al respeto a quien en una estructura se considera superior. En el artículo 28 del Estatuto pareciera que se habla de mando para referirse a la conducta de militares y de autoridad para la de civiles. Thairi Moya sobre esto indica: *“no hay una diferencia sustantiva entre ‘mando y control’ y ‘autoridad y*

---

<sup>19</sup> Alejandro Kiss, *La responsabilidad penal del superior ante la Corte Penal Internacional*, (zis-online.com), 7.

<sup>20</sup> Ídem, 8.

*control', más bien se indica que el mando está relacionado con los comandantes de jure y autoridad con comandantes de facto*"<sup>21</sup>.

Podría hacerse referencia a una figura propia del derecho penal nacional, la obediencia legítima y debida, consagrada en el caso venezolano en el artículo 65 del Código Penal. Esta figura excluye la responsabilidad penal de quien siguiendo una orden legítima y debida cometió un hecho punible. Esto es una causa de justificación, que permite que aquello que inicialmente es considerado antijurídico, el derecho lo autorice.

La obediencia legítima y debida exige que haya una estructura jerárquica vertical de mando, en donde un superior con competencia para dar la orden que dio, se la indique a un inferior que entre sus funciones esté cumplirla y que la orden sea ajustada al ordenamiento jurídico, especialmente a la Constitución y pactos y tratados internacionales en materia de derechos humanos. Esto último es fundamental, pues si la orden no es legítima, tanto el superior como el subalterno que la diera y cumpliera, respectivamente, serán juzgados por sus hechos. Al respecto debe destacarse que la Constitución en su artículo 25 lo expresa de manera clara<sup>22</sup>.

Se hace referencia a esta figura porque quien ejerce el mando o autoridad para tener control parece necesitar igualmente estructura de jerarquía vertical. Alejandro Kiss señala que el "control efectivo" tiene que provenir de una estructura jerárquica u organización a la cual pertenezcan el superior y el subordinado<sup>23</sup>, por lo tanto, es necesaria la estructura, pero no es suficiente, pues existiendo esta puede el superior no haber tenido control eficiente. Los criterios que la CPI ha señalado como aquellos que pueden servir de indicios para determinar si hubo o no control eficiente son:

Según la Decisión de Confirmación de Cargos en el caso Bemba, los siguientes son factores indicativos: (i) el sospechoso detentaba una posición oficial; (ii) tenía poder para emitir órdenes; (iii) tenía capacidad de garantizar el cumplimiento de sus órdenes; (iv) su posición dentro de la estructura militar y las tareas que efectivamente llevaba a cabo; (v) su capacidad para ordenar las fuerzas o unidades bajo su mando inmediato o en niveles inferiores a participar en las hostilidades; (vi) su capacidad para re-subordinar unidades o hacer cambios en la estructura de mando; (vii) su poder para promover, reemplazar, eliminar o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas; y (viii) su autoridad para enviar y retirar a las fuerzas de los lugares donde se desarrollan las hostilidades<sup>24</sup>.

Es fundamental destacar que estos son criterios que sirven para el análisis caso a caso, pero que no son cerrados.

<sup>21</sup> Thairi Moya Sánchez, *La figura de la atribución de la responsabilidad establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su compatibilidad con la Constitución de Venezuela*, (Caracas: EJV, 2019), 158.

<sup>22</sup> Artículo 25 de la Constitución "*Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores*".

<sup>23</sup> Alejandro Kiss, *La responsabilidad penal...*, 9.

<sup>24</sup> Ídem.

Al considerar todo lo expuesto hasta este punto podría concluirse que la OTP mostrará mayor interés durante el examen preliminar y la investigación en aquellas personas que puedan ser considerados los más altos responsables, tanto por sus acciones u omisiones, pero ello no está limitado a un determinado cargo o rango, cualquier persona podría ser responsabilizada tanto como autor, como partícipe, o por su responsabilidad como jefe militar o superior civil.

Vale la pena considerar lo dicho por Thairi Moya, quien indica que:

...los fiscales de los tribunales ad hoc han encontrado más apoyo, al momento de imputar a los acusados de alto nivel por los crímenes cometidos por sus subordinados, en el concepto de “unión a empresa criminal”. Se le ha dado prioridad a esta figura en vez de utilizar la doctrina de la responsabilidad del superior<sup>25</sup>.

La unión a una empresa criminal es una teoría desarrollada en los tribunales de Núremberg, que no se expondrá con detalle en este caso, pues, aunque parece que hubo mayor aceptación en los tribunales *ad hoc* a esta posición, lo cierto es que el Estatuto de Roma plantea expresamente la responsabilidad de los jefes y otros superiores, y se ha observado en la CPI el uso de la teoría de la autoría y coautoría mediata.

Todo lo expuesto hasta este punto sirve como base teórica para analizar la situación de Venezuela, específicamente la que se encuentra en investigación con el nombre Venezuela I, y la cual se explicará brevemente a continuación.

## **2. Examen preliminar e investigación – Venezuela I**

El 08-02-2018 la OTP anunció el inicio de oficio del examen preliminar sobre la situación de Venezuela, en donde destacaba que estaba analizando los hechos ocurridos desde el 2017. El 27 de septiembre de ese mismo año, seis Estados parte del Estatuto de Roma (Colombia, Chile, Canadá, Paraguay, Argentina y Perú) remitieron la situación conforme al artículo 14 del Estatuto, solicitando el inicio de la investigación por hechos ocurridos desde el año 2014. Debe destacarse que dicha remisión fue la primera en la historia de la CPI en la que Estados distintos a aquel en el que habían ocurrido los hechos, tomaban tal iniciativa.

El punto central de la remisión y de la actuación de oficio de la fiscalía de la CPI era el ataque en contra de la población civil disidente al gobierno de Nicolás Maduro, el cual se evidenciaba, entre otros aspectos, con el patrón de uso excesivo y no diferenciado de la fuerza durante la represión de las manifestaciones que se desarrollaban en el país, la política de persecución, el encarcelamiento, las torturas, entre otros actos propios de los crímenes de lesa humanidad.

Debe recordarse que todo esto se desarrolló en el marco de una reconocida ruptura del orden constitucional, que la comunidad internacional

---

<sup>25</sup> Thairi Moya Sánchez, *La figura de la atribución...*, 155.

advirtió con énfasis luego de las sentencias 155 y 156 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), que en marzo de 2017 despojó arbitrariamente de sus funciones a la Asamblea Nacional, se las concedió a sí misma y algunas las delegó en cabeza del poder ejecutivo, ordenando además una investigación penal por delitos como traición a la patria, sin que hubiera presunción de inocencia hacia los diputados y en contravención al ordenamiento jurídico nacional<sup>26</sup>. Estos hechos derivaron en el pronunciamiento oficial de la, para entonces, Fiscal General de la República, Luisa Ortega Díaz, quien el 31 de marzo declaró públicamente la ruptura del orden constitucional<sup>27</sup>.

Luego de las precitadas decisiones se convocaron a diversas manifestaciones masivas y pacíficas, que fueron duramente reprimidas por agentes del Estado, en cuyo contexto fueron asesinadas 163 personas<sup>28</sup>, miles fueron arbitrariamente detenidas y cientos de civiles sometidos a la jurisdicción penal militar.

Son muchos los detalles que se podrían dar sobre la situación venezolana, la cual se desarrolla en el marco de una Emergencia Humanitaria Compleja que ha producido la mayor crisis migratoria de la región, pero el objeto de este trabajo es hablar desde una perspectiva general sobre la participación de gobernadores y alcaldes en los hechos previamente expuestos, por ello resulta fundamental señalar los cuerpos utilizados para la represión, indicados por órganos internacionales y la situación de los alcaldes.

### 2.1. Los alcaldes obligados a reprimir por el TSJ

El 12-03-2014, la Sala Constitucional del TSJ le ordenó a los alcaldes de los municipios San Diego (Vicencio Scarano), Baruta (Gerardo Blyde) y el Hatillo (David Smolansky), que impidieran la realización de manifestaciones en sus municipios, en el marco de medidas cautelares derivadas de amparos constitucionales, en los siguientes términos:

...se ordena... realice todas las acciones y utilicen los recursos materiales y humanos necesarios, a fin de evitar que se coloquen obstáculos en la vía pública que impidan, perjudiquen o alteren el libre tránsito de las personas y vehículos; se proceda a la inmediata remoción de tales obstáculos que hayan sido colocados en esas vías, y se mantengan las rutas y zonas adyacentes a éstas libres de basura, residuos y escombros, así como de cualquier otro elemento que pueda ser utilizado para obstaculizar la vialidad urbana y, en fin, se evite la obstrucción de las vías públicas del referido municipio<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *Sentencia N° 155*, del 28-03-2017, [historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML](http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/197285-155-28317-2017-17-0323.HTML) y Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, *Sentencia N° 156*, del 29-03-2017, [historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML](http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/197364-156-29317-2017-17-0325.HTML)

<sup>27</sup> Ver: *Luisa Ortega Díaz: Constituye una ruptura del orden constitucional las sentencias 155 y 156 del TSJ*, YouTube.

<sup>28</sup> Observatorio venezolano de conflictividad social, *Reseña de las muertes ocurridas en protestas desde el 06.0417 en Venezuela*, 163 Muertes ocurridas en protestas 2017.

<sup>29</sup> Sala Constitucional del TSJ, *Sentencia N° 136*, del 12-03-2014, [historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/161914-136-12314-2014-14-0205.HTML](http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/marzo/161914-136-12314-2014-14-0205.HTML)

También les ordenó a las policías municipales:

...dar cumplimiento efectivo a lo previsto en los artículos 44 y 46 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana. En ese sentido, se les ordena que desplieguen las actividades preventivas y de control del delito, así como, en el ámbito de sus competencias, promuevan estrategias y procedimientos de proximidad con las comunidades de sus espacios territoriales, a fin de lograr la comunicación e interacción con sus habitantes e instituciones locales con el propósito de garantizar y asegurar la paz social, la convivencia, el ejercicio pacífico de los derechos y el cumplimiento de la ley<sup>30</sup>.

Posteriormente, el 17 de marzo de ese mismo año se ordenó lo mismo a los alcaldes de San Cristóbal (Daniel Ceballos), Chacao (Ramón Muchacho), Diego Bautista Urbaneja (Gustavo Marcano) y Maracaibo (Eveling Trejo de Rosales).

El 09-04-2014, de manera inconstitucional la Sala Constitucional declaró el desacato del alcalde del Municipio San Diego y lo condenó sin ser el juez natural ni cumpliendo el debido proceso a “diez (10) meses y quince (15) días de prisión”<sup>31</sup>. Lo mismo ocurrió con el alcalde del Municipio San Cristóbal, el 10 de abril, condenado a doce meses de prisión<sup>32</sup>.

Las acciones antes expuestas fueron el antecedente de actos de persecución que ocurrieron igualmente contra alcaldes en el marco de las protestas en el año 2017. Sobre esto la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela (FFM por sus siglas en inglés) señaló en sus conclusiones detalladas presentadas en 2020 que:

...Entre 2014 y 2017, diez alcaldes de la oposición fueron destituidos por decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, cinco de los cuales fueron destituidos en julio y agosto de 2017.

251. Al menos seis alcaldes de la oposición fueron detenidos entre abril de 2014 y diciembre de 2017, por períodos que van desde 72 horas hasta más de 4 años, bajo cargos que incluyen rebelión, conspiración y omisión de actos para prevenir el desorden público. Varios de ellos se relacionaron con decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo que exigían a los alcaldes municipales prohibir las protestas que bloquearan las carreteras y utilizar “los recursos materiales y humanos necesarios” para impedir esos bloqueos. Varios alcaldes de la oposición que no impidieron los bloqueos de carreteras fueron declarados posteriormente en desacato a esta decisión y detenidos.

252. Otros alcaldes de la oposición tenían órdenes de arresto en su contra, pero abandonaron el país antes de su detención, entre ellos David Smolanksy (alcalde de El Hatillo, Caracas) y Ramón Muchacho (alcalde de Chacao, Caracas). Las familias de los alcaldes de la oposición también se han enfrentado a amenazas, como fue el caso de Juan Pedro Lares, hijo de Omar Lares, alcalde del

<sup>30</sup> Sala Constitucional del TSJ, *Sentencia N° 135*, del 12-03-2014, [historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/161913-135-12314-2014-14-0194.html](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/161913-135-12314-2014-14-0194.html)

<sup>31</sup> Sala Constitucional del TSJ, *Sentencia N° 245*, del 09-04-2014, [historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205.HTML](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/162860-245-9414-2014-14-0205.HTML)

<sup>32</sup> Sala Constitucional del TSJ, *Sentencia N° 263*, del 20-04-2014, [historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/162992-263-10414-2014-14-0194.HTM](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/162992-263-10414-2014-14-0194.HTM)

municipio de Campo Elías, estado de Mérida, que fue detenido arbitrariamente el 30 de julio de 2017 por funcionarios del SEBIN<sup>33</sup>.

Las decisiones de la Sala Constitucional a las que se ha hecho referencia, en cuanto al amparo cautelar en contra de los alcaldes, eran inejecutables por ellos, porque si los alcaldes cumplían lo que se les ordenaba violaban derechos humanos y, además, iban más allá de sus competencias, por lo que también podrían ser juzgados.

Esta consideración plantea la necesidad de hablar brevemente sobre el control de orden público, el rol de los alcaldes y su relación con la descentralización.

### 2.2. Control de orden público en Venezuela

En un plan de formación presentado por quien suscribe este trabajo a Amnistía Internacional, se hablaba sobre las buenas prácticas en materia de control de orden público. Allí se definió en primer lugar el orden público en los siguientes términos: *“es un concepto difícil, pero podría entenderse como ese estadio de paz, seguridad concebida de la forma más amplia posible y ejercicio de derechos, necesario para la convivencia pacífica”*<sup>34</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su opinión consultiva OC-5/85 señaló sobre dicho concepto que:

67. No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de “orden público” y “bien común”, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención<sup>35</sup>.

De lo dicho por la Corte IDH queda claramente establecido que los Estados no pueden justificar acciones de violación de derechos humanos y criminalización de quienes los ejercen, sobre la base del control del orden público. El control de orden público parece justificarse cuando ocurre una alteración del orden público, entendida esta como:

---

<sup>33</sup> Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, *Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela*, del 15-09-2020, (ohchr.org).

<sup>34</sup> Andrea Santacruz, plan de formación sin publicación.

<sup>35</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el gobierno de Costa Rica, del 13-11-1985, (corteidh.or.cr).



**SANTACRUZ.** Los más altos responsables conforme al Estatuto de Roma...

...una variación en el desarrollo normal del día a día, por lo cual los funcionarios policiales se pondrán en alerta para evitar que dicha alteración se transforme en afectaciones en contra de las personas, sus bienes o sus derechos en general<sup>36</sup>.

El artículo 332 de la Constitución venezolana se refiere a los órganos de seguridad ciudadana necesarios para mantener y restablecer el control del orden público. Allí se indica que el Ejecutivo Nacional organizará para ello:

1. Un cuerpo uniformado de policía nacional. 2. Un cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas. 3. Un cuerpo de bomberos y bomberas y administración de emergencias de carácter civil. 4. Una organización de protección civil y administración de desastres. Los órganos de seguridad ciudadana son de carácter civil y respetarán la dignidad y los derechos humanos, sin discriminación alguna.

Aquí se tiene un primer indicio de la centralización en esta materia. El siguiente indicio es la participación de la Guardia Nacional en el control de orden público, conforme a lo establecido en el artículo 329<sup>37</sup> de la Constitución en concordancia con el artículo 65, numeral 4 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional<sup>38</sup>; lo cual parece ir en contra de lo establecido en el precitado artículo 332 constitucional y lo señalado por órganos de derechos humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), además que evidencia el control del poder ejecutivo en esta materia, pues es el comandante en jefe de la Fuerza Armada Nacional, además del hecho de que la Fuerza Armada es dirigida por el Ministro del Poder Popular para la Defensa.

Sobre lo dicho por los órganos internacionales sobre la militarización del control del orden público, se puede destacar que el 31-12-2009, la CIDH publicó su Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, en el que indicó que los Estados deben:

Establecer en las normas de derecho interno una clara distinción entre las funciones de defensa nacional, a cargo de las fuerzas armadas, y de seguridad ciudadana, a cargo de las fuerzas policiales. En este marco, determinar, que por la naturaleza de las situaciones que deben enfrentarse; por la formación y especialización funcional; y por los antecedentes negativos verificados en la región respecto a la intervención militar en asuntos de seguridad interna, las funciones vinculadas a la prevención, disuasión y represión legítima de la violencia

<sup>36</sup> Andrea Santacruz, plan de formación sin publicación.

<sup>37</sup> Ver: "Artículo 329. El Ejército, la Armada y la Aviación tienen como responsabilidad esencial la planificación, ejecución y control de las operaciones militares requeridas para asegurar la defensa de la Nación. La Guardia Nacional cooperará en el desarrollo de dichas operaciones y tendrá como responsabilidad básica la conducción de las operaciones exigidas para el mantenimiento del orden interno del país. La Fuerza Armada Nacional podrá ejercer las actividades de policía administrativa y de investigación penal que le atribuya la ley".

<sup>38</sup> Ver: "Artículo 65. La Guardia Nacional Bolivariana podrá conducir operaciones militares requeridas por el Comando Estratégico Operacional, para la defensa y mantenimiento del orden interno del País, mediante operaciones específicas, conjuntas o combinadas. Tiene las siguientes funciones: ...4. Ejecutar actividades de empleo de los medios de orden público y policial del comando general en tareas específicas rutinarias de conformidad con la ley respectiva...". El 30-01-2020 fue publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.508 la Ley Constitucional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, sobre la que no se hace referencia porque no considerarla una ley vigente en la República, dada su inconstitucionalidad.

## ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2021-2022

y el delito corresponden exclusivamente a las fuerzas policiales, bajo la dirección superior de las autoridades legítimas del gobierno democrático<sup>39</sup>.

Sobre las experiencias negativas del uso militar en el control de orden público se pueden destacar los hechos de 2017 en Venezuela, al respecto la oficina de ACNUDH indicó en su informe de ese año que:

Durante las manifestaciones, la Policía Nacional Bolivariana (PNB) y la Guardia Nacional Bolivariana (GNB), que forma parte de las fuerzas armadas, utilizaron gases lacrimógenos y otras armas menos letales, como tanquetas lanza-agua y perdigones de plástico, sin previo aviso, de manera no progresiva y en violación de los principios jurídicos internacionales de necesidad y proporcionalidad. Las armas menos letales también se han empleado sistemáticamente con el fin de causar daño innecesario; por ejemplo, las fuerzas de seguridad han lanzado gases lacrimógenos directamente y a corta distancia contra los manifestantes, tanto mujeres como hombres, y han modificado las municiones para hacerlas más dañinas. El ACNUDH también documentó el uso por las fuerzas de seguridad de fuerza letal contra los manifestantes...

...La información reunida por el ACNUDH reveló que las fuerzas de seguridad infringieron los estándares nacionales e internacionales al utilizar la fuerza de manera no progresiva y en violación de los principios de necesidad y proporcionalidad. Desde que comenzaron las protestas, las fuerzas de seguridad recurrieron al uso desproporcionado de bombas lacrimógenas contra los manifestantes, sin antes agotar el recurso a otros medios menos dañinos, tales como el diálogo o el uso de barreras para separar a las personas que participaban en las protestas. La información recopilada por el ACNUDH y otra información pública disponible indicó que las tanquetas antimotines utilizadas por la Guardia Nacional Bolivariana (GNB) lanzaron con regularidad varias docenas de bombas lacrimógenas al mismo tiempo. También se utilizaron tanquetas lanza-agua que en ocasiones tumbaron a las personas manifestantes y las impactaron directamente en la cabeza<sup>40</sup>.

La CIDH en su informe de país sobre Venezuela, publicado el 31-12-2017, evidenciaba lo grave que es la militarización del orden público:

...la militarización del control de las manifestaciones se hizo evidente en varios estados. Además del mayor número de efectivos, incluyendo militares, el PZ tendría el fin de instruir a los agentes de seguridad a perseguir a los manifestantes o disidentes como si fueran enemigos internos, concepción propia de la doctrina de seguridad nacional. Ello coincide con la información según la cual decenas de personas habrían sido detenidas en ejercicio de su derecho a la protesta social, acusadas de cometer delitos militares que estarían siendo procesados en la justicia penal militar (Capítulo III.A.3 y 4). Grupos civiles armados habrían participado en la represión de las recientes protestas sociales<sup>41</sup>.

De lo antes expuesto, se evidencia que en el control de orden público de 2017 actuó principalmente la PNB y la GNB. Pero, la ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y

---

<sup>39</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, del 31-12-2009, 1 (oas.org).

<sup>40</sup> ACNUDH, *Violaciones y abusos de los derechos humanos en el contexto de las protestas en la República Bolivariana de Venezuela del 1 de abril al 31 de julio de 2017*, de agosto de 2017, (ohchr.org), 4 y 16.

<sup>41</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de país Venezuela, Situación de Derechos Humanos en Venezuela*, del 31-12-2017, (oas.org).

del Cuerpo de Policía Nacional establece que además de la PNB<sup>42</sup>, las policías estatales también son competentes en este sentido, conforme lo indica el artículo 43 de dicha ley, en los siguientes términos:

Artículo 43. Los cuerpos de policía estatal tendrán, además de las atribuciones comunes de los cuerpos de policía previstas en esta Ley, la facultad de organizar personal entrenado y equipado para el control de reuniones y manifestaciones que comprometan el orden público, la paz social y la convivencia, conforme a los lineamientos y directrices dictados por el Órgano Rector.

### **2.3. ¿Descentralización en el control de orden público?**

El artículo 43 antes señalado genera la interrogante sobre si la competencia antes expuesta es un ejemplo de descentralización.

Debe recordarse que el artículo 4 de la Constitución indica que: *“La República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad”*.

La federación parece un sueño no cumplido de quienes crearon la Constitución de 1811. Históricamente se ha observado que las provincias venezolanas no eran lo suficientemente fuertes como lo habían sido las estadounidenses antes de su independencia, lo cual a entender de Alexis de Tocqueville permitía explicar el éxito del gobierno federal americano<sup>43</sup>.

Por el contrario, la federación en Venezuela fracasó desde el inicio y Bolívar señalaba que el país no estaba preparado para tanto bien, cuando se enfrentaba a pensadores contemporáneos como Francisco Javier Yanes, quien insistía en que el sistema federal es el que mejor protege las libertades y por ello debía ser el que la Constitución consagrara<sup>44</sup>.

En la actualidad, la Constitución sigue hablando de federación, pero las otrora provincias, hoy estados son muy débiles, sus competencias son prácticamente residuales consagradas en el artículo 164 constitucional, y sus ingresos propios los pone en una posición de dependencia del situado constitucional, que deriva del fisco nacional. En consecuencia, la realidad es que Venezuela no es una federación.

Pero, ¿es un Estado descentralizado? En 1984, en el marco de una importante crisis económica e incluso del modelo de Estado, se crea la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), que impulsó la descentralización, así como un conjunto de reformas sistemáticas. Solo fue

---

<sup>42</sup> Gaceta Oficial N° 5.940 Extraordinario.

<sup>43</sup> Alexis de Tocqueville, Capítulo V. Necesidad de estudiar lo que se refiere a los estados particulares antes de hablar del gobierno de la unión, en *La democracia en América* (México DF: Fondo de Cultura Económica, 2000).

<sup>44</sup> Allan Brewer-Carías, *Documentos constitucionales de la independencia* (Caracas: EJV, 2012).

atendido lo correspondiente a la descentralización administrativa, y la elección de gobernadores y posteriormente la de alcaldes.

Aunque los líderes del poder estatal y municipal son elegidos por voto universal, directo y secreto, conforme lo indica la Constitución, ello no es suficiente para considerar exitosa la descentralización, sin entrar a considerar que en la situación actual venezolana hay un quiebre institucional generalizado, que incluye también desconfianza en el sistema electoral.

Pero, al volver sobre la idea de la descentralización, y específicamente sobre el control de orden público, se puede señalar que de lo visto en la Constitución, este tema parece estar centralizado en el ejecutivo nacional; aunque la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, además de lo dicho en la carta magna sobre el rol protagónico de la Policía Nacional, también da relevancia a las policías estatales, pareciendo reconocer un mínimo de descentralización, que luego al leer con cuidado la norma, no es tan claro.

Entre las competencias del poder estatal señaladas en el artículo 164 de la Constitución está: “6. *La organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable*”; pero el artículo 27 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional señala que:

...Para organizar cuerpos de policía, los estados y municipios, deberán presentar al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de seguridad ciudadana el respectivo proyecto a efectos de la verificación del cumplimiento de los estándares y la habilitación correspondiente.

Este artículo parece centralizar la organización de las policías tanto estatales como municipales. Además, aunque el gobernador y el alcalde, conforme al artículo 28 de la misma ley, son competentes para “*designar a los directivos de los cuerpos de policía*”, esos directivos deben cumplir con políticas dictadas por el órgano rector, que es definido por el artículo 17 en los siguientes términos: “*El Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de seguridad ciudadana es el Órgano Rector del Servicio de Policía*”. En consecuencia, las competencias de los alcaldes y gobernadores en cuanto a las policías se ve muy reducidas, lo que permite afirmar que es un tema centralizado, incluyendo el control de orden público que estas ejercen.

#### **2.4. Las fuerzas que se consideran han participado en crímenes de lesa humanidad**

La OTP publicó en diciembre de 2020 su informe anual sobre los exámenes preliminares, y allí indicó que considera que “*existe fundamento razonable para creer que se cometieron crímenes de competencia de la Corte en Venezuela desde al menos abril de 2017*”<sup>45</sup>. Tras esa conclusión, indicó algunas fuerzas estatales responsables:

---

<sup>45</sup> Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, *Informe...*, 3.

La información a disposición de la Fiscalía brinda un fundamento razonable para creer que los miembros de las fuerzas de seguridad presuntamente responsables por la comisión material de estos presuntos crímenes incluyen a: la Policía Nacional Bolivariana (“PNB”), el Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (“SEBIN”), la Dirección General de Contrainteligencia Militar (“DGCIM”), la Fuerza de Acciones Especiales (“FAES”), el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (“CICPC”), la Guardia Nacional Bolivariana (“GNB”), el Comando Nacional Antiextorsión y Secuestro (“CONAS”) y ciertas otras unidades de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana (“FANB”)⁴⁶.

Todas esas fuerzas de seguridad están adscritas al poder ejecutivo nacional, por lo que pareciera que, en una consideración general, las fuerzas estatales y municipales no están siendo consideradas como posibles responsables de crímenes de lesa humanidad.

Por otra parte, la FFM, cuyo mandato le permite analizar los hechos ocurridos en Venezuela desde una perspectiva de derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional penal, en sus conclusiones detalladas publicadas en septiembre de 2020, hace referencias puntuales a algunas policías estatales como por ejemplo la policía de Carabobo, ya que guarda relación con privación arbitraria de la vida del joven Daniel Alejandro Queliz⁴⁷, ocurrida en Valencia el 10-04-2017, en el marco de las manifestaciones nacionales⁴⁸. También, hacen referencia a la policía de Caracas por su participación en actos de hostigamiento hacia miembros de la Asamblea Nacional⁴⁹.

Se observa entonces, que las policías estatales y municipales han participado en violaciones graves de derechos humanos, y los delitos vinculados a ello no prescriben. Pero la responsabilidad individual, descrita anteriormente, parece en definitiva recaer, considerándolos como más altos responsables, a miembros del ejecutivo nacional, aunque siempre debe analizarse caso a caso, ya que gobernadores y alcaldes pueden ser parte de la estructura de graves violaciones de derechos humanos relevante como crímenes atroces.

## Conclusiones

La política de la OTP señalada en reiterados documentos, es que esta orienta su actividad a aquellas personas que puedan ser consideradas los más altos responsables de los más graves crímenes de interés internacio-

---

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ “En abril de 2017 Daniel Queliz recibió un disparo en el cuello por parte de la policía estatal de Carabobo mientras participaba en una manifestación dentro de su residencia los Parques, en Valencia, Carabobo, sin participar en actos violentos”, también se puede observar su caso en las Conclusiones detalladas de la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, caso 39. *Conclusiones*, 332 y 362-365.

⁴⁸ Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, *Conclusiones*, 362-364.

⁴⁹ Ídem, 29.

nal, específicamente los crímenes consagrados en el Estatuto de Roma: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y agresión.

La idea de los más altos responsables genera en el común de las personas la idea de que la CPI actúa solo frente a casos que involucra a jefes de Estado y gobierno, y aunque estos están incluidos, no son los únicos que pueden ser considerados los más altos responsables. Para definir estos, hay que tomar el caso concreto y evaluar la participación de cada persona, pues existen ejemplos que evidencian la participación de personas en cargos políticos distintos; como se indicó en el caso de Ruanda, donde fue posible juzgar al alcalde Jean-Paul Akayesu.

El ejemplo anterior permite concluir que es posible que alcaldes sean sometidos a la jurisdicción de la CPI, siempre que pueda evidenciarse que han actuado como autores, partícipes, o si se cumple con los extremos de la responsabilidad del jefe y de otros superiores. Esto, también aplicaría para gobernadores.

Ahora bien, en el caso venezolano, y especialmente por los hechos acaecidos en el marco de las manifestaciones de los años 2014 y siguientes, parece que en líneas generales los gobernadores y alcaldes han tenido poca participación, por el contrario, se utilizó ese contexto para obligar a algunos alcaldes en particular, a que cometieran acciones que parecían violatorias de derechos humanos, y al no hacerlo, algunos de ellos pagaron con su libertad o tuvieron que salir del país. Dichos alcaldes eran opositores al gobierno nacional, por lo que órganos como la FFM y la CIDH plantearon estos hechos como parte de la política de persecución a la población opositora.

Además, de lo analizado se desprende que las funciones de orden público están centralizadas, y por ello es más difícil que en el marco de estas pueda determinarse la responsabilidad de alcaldes y gobernadores, pero, no puede descartarse totalmente, pues hay casos en los que sí pudiera haber participación, como el caso de Daniel Queliz en Carabobo, en cuyo asesinato estuvo involucrado la policía del estado.

En definitiva, conforme a la idea de más altos responsables al aplicarse el Estatuto de Roma, pueden ser considerados gobernadores y alcaldes, pero debe analizarse caso a caso para efectivamente determinar si su conducta puede ser subsumida en alguno de los crímenes más atroces.

# LAS REGLAS MANDELA SOBRE EL TRATAMIENTO DE RECLUSOS Y SU RECEPCIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Juan Ignacio Pérez Curci\*

## Introducción

Según el principio 1 del “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”<sup>1</sup>, *“toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*. En este sentido, el Proyecto de “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reconoce el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral; y destaca la importancia que tiene el debido proceso legal y sus principios y garantías fundamentales en la efectiva protección de los derechos de las personas privadas de libertad, dada su particular situación de vulnerabilidad.

Abonando dicha postura, la Regla 22 de las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” recuerda que la privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede suponer un obstáculo de acceso a la justicia en relación con los derechos que no estén limitados o restringidos por la resolución de la autoridad pública competente. De esta manera, la citada Regla señala que dicha circunstancia puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad.

Según la Regla 23 del mismo corpus jurídico:

---

\* Juez de la Cámara Federal de Mendoza, Argentina. Doctor en Derecho (UCA). Master en Derecho Internacional (Universidad Lateranense de Roma, Italia). Especialista en Derechos Humanos (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica). Profesor Titular de Derecho Internacional Público (UCA). Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas (Universidad de Mendoza). Director de la Especialización en Derecho Penal (Universidad de Mendoza).

<sup>1</sup> Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 43/173 de 09-12-1988.

...a efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo.

Para terminar, las Reglas recuerdan la especial situación de quienes, estando privados de libertad, sufren otra causa de vulnerabilidad (último inciso de la Regla 22).

A la luz de esta primera aproximación, analizaremos a continuación el objeto y contenido de las mencionadas “Reglas Mandela” y veremos de qué manera éstas pueden abonar en ciertas situaciones las posibilidades de las personas privadas de libertad que bregan por obtener ciertas prerrogativas del sistema de justicia sin perjuicio de encontrarse en establecimientos carcelarios.

### **1. De las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos a las Reglas Nelson Mandela**

#### **1.1. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos**

El Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, adoptó en 1955 las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, que fueron posteriormente aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663 C (XXIV), de 31-07-1957, y 2076 (LXII), del 13-05-1977.

Éstas, constituyeron los estándares mínimos universalmente reconocidos para la gestión de los centros penitenciarios y el tratamiento de las personas privadas de libertad, y han tenido –desde entonces– un inmenso valor e influencia en el desarrollo de políticas públicas y prácticas penitenciarias de los Estados Miembros.

Así las cosas, dentro de sus observaciones preliminares, establecieron como objetivo fundamental instituir los principios y las pautas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos, y, debido a la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo, reconocieron que no se pueden aplicar indistintamente todas las reglas en todas partes y en todo tiempo, acordando en consecuencia que debían servir para estimular el esfuerzo constante por vencer las dificultades prácticas que se oponen a su aplicación. Todo ello, en vista de que representan –en su conjunto– las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas.

Asimismo, este instrumento reconoció que los criterios aplicables a las materias a que se refieren estas reglas evolucionan constantemente, por lo que no tienden a excluir la posibilidad de experiencias y prácticas novedosas, siempre que éstas se ajusten a los principios y propósitos que se desprenden de su texto.



Como afirmación de los avances producidos desde 1955 en materia de legislación internacional y ciencias penitenciarias, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió en 2011 constituir un grupo intergubernamental de expertos<sup>2</sup>, de composición abierta, para examinar y, eventualmente, revisar las Reglas Mínimas aludidas. Organizaciones de la sociedad civil y los órganos pertinentes de las Naciones Unidas fueron invitados, también, para contribuir en este proceso.

Así las cosas, las labores del llamado “Grupo de Expertos” implicaron un proceso que se prolongó durante cinco años y que consistió en consultas preliminares con técnicos y especialistas de las ramas relacionadas con la temática en cuestión, y con reuniones en Viena, Buenos Aires y Ciudad del Cabo, donde se contó con la participación y aportación de los Estados Miembros de todas las regiones.

También, contó con la ayuda de representantes de la red del programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, y otras entidades de las Naciones Unidas, entre ellas: la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito; organizaciones intergubernamentales como el Comité Internacional de la Cruz Roja; organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas, como la Organización Mundial de la Salud; y organizaciones no gubernamentales y expertos a título personal en materia de ciencia penitenciaria y derechos humanos.

Este amplio proceso de consultas, que la UNODC<sup>3</sup> acompañó de cerca, culminó en la identificación de las áreas temáticas y reglas específicas –de las Reglas Mínimas– que debían ser revisadas, respetando al máximo los parámetros generales del proceso de revisión determinados por la Asamblea General, que fueron: (i) ningún cambio en las reglas debería reducir el alcance de los estándares existentes, sino que debería mejorarlo con el objetivo de promover la seguridad y las condiciones humanas para las personas privadas de libertad, y (ii) el proceso de revisión debe mantener el ámbito de aplicación del anterior instrumento.

---

<sup>2</sup> Al “Grupo de Expertos”, fueron invitadas a participar, también, Organizaciones de la sociedad civil y los órganos pertinentes de las Naciones Unidas, para contribuir con ese proceso.

<sup>3</sup> UNODC: Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Dentro del sistema de las Naciones Unidas, la UNODC es el guardián de las normas y estándares internacionales en materia de prevención del delito y justicia penal, incluidas las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, y por tanto, ha ejercido de Secretaría durante todo el proceso de revisión de las Reglas Mínimas. En base a su mandato de asistir a los Estados Miembros, bajo petición, para poner en práctica estas normas y estándares, la UNODC ha acumulado una extensa experiencia en proporcionar orientación técnica e implementar programas de asistencia en el campo de la reforma penitenciaria. Más recientemente, la UNODC ha desarrollado una estrategia para abordar los retos globales en materia penitenciaria, que prevé un mayor compromiso en reducir el uso del encarcelamiento, mejorar las condiciones y la gestión penitenciaria, y apoyar la reintegración social de los reclusos tras su liberación. El sitio web: <http://www.unodc.org>

Así las cosas, en la reunión celebrada en Ciudad del Cabo en marzo de 2015, el “Grupo de Expertos” logró consenso en todas las reglas que estaban sometidas a revisión, y en mayo de 2015 la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal aprobó las reglas revisadas y las remitió al Consejo Económico y Social para su aprobación y posteriormente a la Asamblea General para que se adoptaran como las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos”.

Como corolario, el 17-12-2015 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó un texto revisado y actualizado de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (Resolución 70/175). A partir de ese momento, el instrumento internacional que define los principios mínimos en materia de condiciones de detención de las personas se denomina “Reglas Nelson Mandela”, en homenaje al legado del expresidente sudafricano, Nelson Rolihlahla Mandela, quien pasó 27 años encarcelado como parte de su lucha por los derechos humanos, la igualdad, la democracia y la promoción de una cultura de paz a nivel mundial<sup>4</sup>.

### 1.2. La fuerza normativa de este instrumento

A diferencia de los tratados –instrumentos cuya obligatoriedad está fuera de discusión para las partes que lo ratifican–, este tipo de documentos internacionales no posee carácter vinculante. En tal sentido, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas (art. 18), las resoluciones de la Asamblea General son, en principio, recomendaciones<sup>5</sup>.

Sin embargo, su contenido puede ser considerado obligatorio, por un lado, porque puede expresar alguna de las fuentes del derecho internacional, como la costumbre internacional o los principios generales del derecho –es el caso, por ejemplo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos–. Por otro, su carácter vinculante deriva del principio general de buena fe del derecho internacional, por el cual los Estados se imponen de manera recíproca a respetar el cumplimiento de todos sus compromisos jurídicos y esperar que los demás Estados se comporten de la misma manera para con él.

Más allá de la discusión internacional sobre el carácter vinculante o no de este tipo de instrumentos, corresponde destacar que, en el caso de la Argentina, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos son obligatorias en tanto se encuentran receptadas expresamente en la Ley de Eje-

---

<sup>4</sup> Ver fundamentos de la Resolución 70/175.

<sup>5</sup> Las reglas mínimas, principios básicos, protocolos, directrices o declaraciones internacionales, entre otros, conforman el denominado *soft law*: documentos jurídicos sin fuerza vinculante para los Estados, pero con efectos que los tornan relevantes por la autoridad que emanan y por su congruencia con el sistema de garantías internacionales vigente. Estos instrumentos consagran acuerdos o consensos internacionales que repercuten de diferentes maneras en la formación, desarrollo, interpretación, aplicación y cumplimiento de los derechos allí enunciados.

cución Penal<sup>6</sup>. A su vez, de acuerdo con la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación:

...las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas –si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal– se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad... [y] configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención<sup>7</sup>.

## 2. Las Reglas Nelson Mandela

El catálogo de las “Reglas Nelson Mandela” se divide en dos grandes secciones. La primera trata de la administración general de los establecimientos penitenciarios y resulta aplicable a todas las categorías de personas privadas de su libertad (“reclusos”), más allá de que su situación sea el resultado de un proceso penal o civil, de que se encuentren en espera de juicio o estén cumpliendo condena, e incluso de que se les haya o no sometido a “medidas de seguridad” o medidas correccionales por orden judicial<sup>8</sup>. La segunda parte especifica disposiciones para cada categoría de reclusos<sup>9</sup>.

A su vez, consagran la prohibición absoluta de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes y proponen una serie de medidas mínimas que los Estados deben adoptar en materia de condiciones de detención.

En igual sentido, estipulan criterios más estrictos sobre el uso del aislamiento, de las requisas, de las medidas de coerción y de las sanciones disciplinarias; explicitan pautas para la atención de la salud y los derechos de las personas con discapacidad; y exigen la inspección exhaustiva e independiente de los lugares de reclusión así como la investigación de todas las muertes y posibles casos de tortura o malos tratos en el encierro.

El nuevo texto establece que la finalidad de la pena es la protección de la sociedad contra el delito y –a diferencia de las reglas anteriores– la reducción de la reincidencia, lo que sólo puede lograrse con una adecuada reinserción de la persona en la sociedad tras su puesta en libertad<sup>10</sup>.

Al mismo tiempo, presenta disposiciones orientadas a regular la investigación de las muertes bajo custodia, la protección y cuidados especiales de los grupos vulnerables y la necesaria independencia del personal médico.

---

<sup>6</sup> Ley N° 24.660. Sancionada el 19-06-1996 y promulgada el 08-07-1996.

<sup>7</sup> Caso “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus” (Fallos 328:1146), sentencia del 03-05-2005, considerando 39 y punto resolutive 2, respectivamente.

<sup>8</sup> Observación preliminar 3.1.

<sup>9</sup> Observación preliminar 3.2. Las categorías que establece son: reclusos penados; reclusos con discapacidades o enfermedades mentales; personas detenidas o en espera de juicio; personas encarceladas por causas civiles; y, personas detenidas o encarceladas sin imputación de cargos.

<sup>10</sup> Ver actual Regla 4.1 y Regla 58 de la antigua versión.

Por último, un avance importante es la existencia de restricciones sobre las medidas disciplinarias; directrices respecto a los registros personales; y regulaciones sobre las condiciones de habitabilidad, trabajo, educación, deporte y contacto con el mundo exterior.

### 2.1. Los principios fundamentales

En contraste con la versión anterior, las nuevas “Reglas” cuentan con un conjunto de principios básicos que sirven de pauta interpretativa del instrumento y reflejan el compromiso de los Estados con la defensa irrestricta de los derechos humanos de esta población vulnerable.

Así, se incorporaron como principios que: **(i)** Las Reglas se aplicarán de forma imparcial y sin discriminación (Regla 2.1), **(ii)** El sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos que implican la privación de la libertad y el despojo del derecho a la autodeterminación de las personas detenidas (Regla 3), **(iii)** Todas las personas detenidas serán tratadas con el respeto que merecen su dignidad y su valor intrínseco en cuanto seres humanos (Regla 1), **(iv)** Nadie será sometido a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Regla 1), **(v)** Se tendrán en cuenta las necesidades individuales de las personas detenidas, en particular las de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario, **(vi)** Se deberán reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad (Regla 4), **(vii)** Las medidas privativas de libertad tienen por objetivo proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos sólo pueden lograrse si se ofrece a las personas presas educación, salud, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas que brinden herramientas para lograr su reinserción en la sociedad tras su puesta en libertad (Regla 39).

### 2.2. Los avances más relevantes

Más allá de los puntos destacados en torno a la incorporación de principios que insuflan sistémicamente las Reglas Nelson Mandela, esta revisión y actualización tuvo en consideración progresos de la ciencia penitenciaria y la incorporación de las prácticas internacionales modernas compatibles con estándares de derechos humanos. Así se establecen al régimen disciplinario la aplicación obligatoria de los principios de debido proceso, *ne bis in ídem* y proporcionalidad (Regla 39), entre otros y se consolidaron pautas en materia de debida diligencia para la investigación de violaciones de derechos humanos a las personas privadas de su libertad.

En este marco, se agregó una regla relativa al deber de investigar toda muerte en lugares de encierro. En tal sentido se puso en cabeza de los directores de los establecimientos penitenciarios la obligación de notificar de toda muerte, desaparición o lesión grave a las autoridades judiciales (Regla 71.1), lo que permite agilizar y profundizar la investigación de la responsabilidad de los funcionarios públicos en estas muertes.

A su vez se especifica que las investigaciones deben ser urgentes, imparciales y efectivas sobre estos casos. Además, obliga a las autoridades a la cooperación y la preservación de las pruebas. Tal cambio resulta fundamental, ya que en muchas de las pesquisas realizadas, la ausencia de preservación del acervo probatorio constituye un gran escollo para arribar a un conocimiento cabal de lo sucedido.

Las nuevas Reglas Mínimas definen pasos inmediatos para remover a las personas implicadas en el proceso de indagación de su responsabilidad con el objeto de evitar que tomen contacto con aquella, con los testigos y con los familiares de las víctimas. Esto es el puntapié inicial para que los operadores de justicia soliciten un programa de protección de testigos, y así terminar con la impunidad en los institutos penitenciarios.

Por su parte, se contempla que en todo sitio donde haya reclusos habrá un sistema normalizado de gestión de sus expedientes (Regla 6), el que deberá contener información confidencial, detallada, completa y actualizada sobre las razones de la detención, datos del proceso judicial y de familiares cercanos, entre otros (Reglas 7, 8 y 9).

En cuanto al régimen disciplinario, se impide que las sanciones estén relacionadas con la alimentación, la vestimenta y las visitas. El nuevo instrumento contiene prohibiciones específicas sobre las sanciones, como el encierro en una celda oscura o permanentemente iluminada, las penas corporales, la reducción de alimentos o agua potable, la aplicación de castigos colectivos (Regla 43.1, c, d y e) o la imposibilidad de coartar el contacto familiar (Regla 43.2 y 43.3, respectivamente).

Las Reglas Nelson Mandela prohíben enfáticamente el aislamiento indefinido y prolongado (Regla 43). Establecen su carácter excepcional y como último recurso, y determinan que su plazo máximo será de 15 días, a la vez que impiden su aplicación en casos de reclusos con discapacidad física o mental (Regla 45).

Entre otras cosas, las Reglas Mínimas profundizan los deberes estatales en materia de atención sanitaria (Reglas 24 a 35) y los derechos de las personas con discapacidad, incluyendo a la salud mental entre la atención que está obligada a prestar la administración penitenciaria en cada cárcel. Por su parte, destacan que el organismo de salud pública es competente para realizar inspecciones periódicas relativas a la alimentación, la higiene y las condiciones de alojamiento en celdas (Regla 35).

### **2.3. Detalle de las reglas concretas que fueron objeto de revisión**

Después de un cuidadoso análisis de los avances existentes en materia de legislación internacional, ciencias penitenciarias y buenas prácticas desde el año 1955, el Grupo de Expertos decidió revisar las “Reglas Mínimas” en nueve áreas temáticas concretas. En total, un 35% de las Reglas fueron revisadas y/o reubicadas. Específicamente: dignidad inherente de los reclusos como seres humanos; grupos vulnerables privados de libertad; servicios

médicos y sanitarios; restricciones, disciplina y sanciones; investigación de muertes y tortura de reclusos; acceso a representación jurídica; quejas e inspecciones; y capacitación del personal.

### **2.3.1. Dignidad inherente de los reclusos como seres humanos (Reglas 1 a 5)**

La parte I, que es aplicable a todas las categorías de reclusos, como ya se mencionó anteriormente, ahora incluye un conjunto de cinco “Principios básicos” que esbozan el espíritu general en base al cual deben ser interpretadas las reglas.

Estos incluyen en particular la obligación de: **(i)** Tratar a todas las personas privadas de libertad con el respeto debido a su dignidad y valor inherentes al ser humano; **(ii)** Prohibir y proteger a las personas privadas de libertad de toda forma de tortura y malos tratos; **(iii)** Velar en todo momento por la seguridad de las personas privadas de libertad, el personal, los proveedores de servicios y los visitantes.

### **2.3.2. Grupos vulnerables privados de libertad (Reglas 2, 5.2, 39.3, 55.2, y 109 a 110)**

La aplicación imparcial de las Reglas y la prohibición de discriminación basada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna o nacimiento, incluida en la anterior versión de las Reglas Mínimas, ha sido ampliada para incluir “cualquier otra situación”.

Es importante destacar que la puesta en práctica del principio de no discriminación incluye la obligación de: **(i)** Tomar en cuenta las necesidades individuales de las personas privadas de libertad, en particular de los más desfavorecidos; **(ii)** Proteger y promover los derechos de las personas privadas de libertad con necesidades especiales; **(iii)** Asegurar que las personas privadas de libertad con discapacidades físicas, mentales o de otra índole participen en condiciones equitativas y de forma plena y efectiva en la vida en prisión, y sean tratadas de acuerdo a sus necesidades de salud.

### **2.3.3. Servicios médicos y sanitarios (Reglas 24 a 27, 29 a 35)**

Las Reglas revisadas enfatizan que la prestación de servicios médicos a las personas privadas de libertad es una responsabilidad del Estado, y agrega detalles significativos a los principios, alcance y composición generales de los servicios médicos en prisión. Los deberes y prohibiciones de los profesionales de la salud se refuerzan de acuerdo con el principio de que su relación con los reclusos se rige por los mismos estándares éticos y profesionales que se aplican a los pacientes en la comunidad.

Más específicamente estos incluyen: **(i)** Garantizar los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad y proveer acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación; **(ii)** Evaluar, promover, proteger y mejorar la salud física y mental de las personas privadas de libertad, incluidas las personas que requieren una atención especial; **(iii)** Cumplir con los principios de independencia clínica, confidencialidad médica, consentimiento informado en la relación médico-paciente y con la continuidad en el tratamiento y cuidado (incluidos el VIH, la tuberculosis, y otras enfermedades infecciosas y la drogodependencia); **(iv)** La prohibición absoluta de participar en actos de tortura y otras formas de maltrato, y la obligación de documentar y denunciar casos de los cuales pudieran tener conocimiento.

### **2.3.4. Restricciones, disciplina y sanciones (Reglas 36 a 39, 42 a 53)**

Se hace especial referencia al principio de que las restricciones o sanciones disciplinarias no podrán equivaler a tortura u otros maltratos, y que las condiciones generales de vida se aplicarán a todas las personas presas sujetas a sanciones disciplinarias. Nuevas previsiones definen y restringen el régimen de aislamiento así como el uso de medios de coerción, regulan los registros de personas y celdas, y especifican el rol de los profesionales de la salud en el contexto de los procedimientos disciplinarios.

En particular, las reglas revisadas: **(i)** Definen el aislamiento (prolongado) como aquel que se extiende por 22 horas o más por día, sin contacto humano apreciable (por más de 15 días consecutivos) y restringen el uso del aislamiento como último recurso para ser utilizado en circunstancias excepcionales; **(ii)** Prohíben el aislamiento indefinido y prolongado, el encierro en una celda oscura o permanentemente iluminada, la reducción de alimentos o agua potable, así como el uso de instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor, como cadenas o grilletes; **(iii)** Brindan una detallada guía sobre los registros de reclusos y celdas, así como sobre el uso legítimo de instrumentos de coerción física en línea con la necesidad de garantizar la seguridad en las prisiones y respetar la dignidad inherente a las personas privadas de libertad; **(iv)** Confirman que los profesionales de la salud deben prestar particular atención a los reclusos sometidos a cualquier régimen de separación forzada, pero excluyen su participación en la imposición de sanciones disciplinarias; **(v)** Alientan a la administración penitenciaria a utilizar, en la medida de lo posible, la prevención de conflictos, la mediación o cualquier otro mecanismo de resolución de disputas alternativo para prevenir o resolver los conflictos.

### **2.3.5. Investigación de muerte y tortura a los reclusos (Reglas 6 a 10, 68 a 72)**

Se prevén investigaciones independientes en todos los casos de muertes en prisión así como en otras situaciones graves. A efectos de mayor transparencia y rendición de cuentas, la información que se registra sobre

las personas privadas de libertad se ha ampliado, al igual que las notificaciones que la administración penitenciaria debe brindar a los reclusos o a terceros en situaciones trascendentales.

Más específicamente, las reglas revisadas: **(i)** Especifican la información que se debe ingresar en el sistema de gestión de expedientes desde el ingreso de cada recluso y durante el periodo de encarcelamiento, y clarifica que esa información debe ser tratada de forma confidencial; **(ii)** Detallan el derecho de las personas privadas de libertad o de terceros (familiares o cualquier persona de contacto designada) de ser notificados sobre el encarcelamiento, el traslado a otra institución, enfermedad grave, lesiones o muerte; **(iii)** Exigen que toda muerte, desaparición o lesión grave de una persona privada de libertad sea comunicada a una autoridad competente que sea independiente de la administración penitenciaria y que esté facultada para llevar a cabo investigaciones expeditas, imparciales y efectivas de las circunstancias y causas de este tipo de casos; **(iv)** Exigen un procedimiento similar en el caso de que en prisión se haya cometido un acto que constituya tortura u otros tratos o penas crueles, independientemente de que se haya recibido o no una denuncia formal.

### **2.3.6. Acceso a la representación jurídica (Reglas 41, 54 a 55, 58 a 61, 119 a 120)**

El derecho a recibir visitas y a consultar con un asesor jurídico, hecho que estaba restringido en las Reglas Mínimas originales a las personas en prisión preventiva y a los solos efectos de la defensa, ha sido extendido en las reglas revisadas a todas las personas privadas de libertad y sobre cualquier asunto jurídico. El derecho a la asistencia legal fue extendido a los procedimientos disciplinarios. Finalmente, una nueva regla brinda orientación para los procedimientos de ingreso y registro aplicables a las visitas.

En consecuencia, las administraciones penitenciarias deben: **(i)** Informar a las personas privadas de libertad en el momento del ingreso sobre los distintos métodos autorizados para tener acceso a asesoramiento jurídico, incluso por medio de programas de asistencia jurídica; **(ii)** Facilitar a todas las personas privadas de libertad oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir la visita de un asesor jurídico o proveedor de asistencia jurídica de su elección, y consultarle sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial sobre cualquier asunto jurídico; **(iii)** Conceder el derecho a las personas privadas de libertad a defenderse solos o con asistencia jurídica cuando el interés de la justicia así lo exija, en particular en casos que entrañen faltas disciplinarias graves; **(iv)** Abstenerse de procedimientos de ingreso y registro que sean degradantes para los visitantes o, en cualquier caso, menos protectores que los señalados para los registros de las personas detenidas y de las celdas.



### **2.3.7. Quejas e inspecciones (Reglas 54 a 57, 83 a 85)**

Las reglas revisadas fortalecen el derecho de las personas privadas de libertad y de sus asesores jurídicos a presentar de forma segura peticiones o quejas en relación a su trato, las cuales deben ser atendidas con prontitud por la administración penitenciaria y respondidas sin demora. Se ha logrado un importante avance en el ámbito del monitoreo e inspecciones mediante un sistema doble de inspecciones regulares, tanto internas como externas, de los centros y servicios penitenciarios.

Más concretamente, las nuevas disposiciones contemplan: **(i)** Extender el derecho de presentar quejas a los familiares de la persona detenida o cualquier otra persona que haya tenido conocimiento del caso cuando la persona privada de libertad o su asesor jurídico no estén en condiciones de hacerlo; **(ii)** Exigir la ejecución de salvaguardias para garantizar que las solicitudes y quejas puedan ser presentadas de forma segura y, si es necesario, confidencial, sin riesgo de represalia, intimidación u otras consecuencias negativas; **(iii)** Establecer un sistema doble para las inspecciones regulares relativas a las inspecciones internas o administrativas realizadas por la administración penitenciaria central y a las inspecciones externas realizadas por un órgano independiente de la administración penitenciaria; **(iv)** Conceder a los inspectores penitenciarios el derecho a asumir sus tareas de forma eficiente, incluido el acceso a los expedientes de las personas privadas de libertad, las visitas no anunciadas por iniciativa propia, así como entrevistas en privado y plenamente confidenciales con los reclusos y el personal penitenciario.

### **2.3.8. Terminología**

Revisar el contenido de las Reglas Mínimas también requiere reemplazar la terminología obsoleta, la cual ya no es más aceptable a la luz de los recientes avances en el ámbito de la legislación internacional, y asegurar el uso coherente de la terminología en todo el documento.

En particular las revisiones bajo esta área temática se focalizaron en: **(i)** Actualizar la terminología relacionada con la salud; **(ii)** Hacer de las reglas revisadas un documento con enfoque de género.

### **2.3.9. Capacitación del personal (Reglas 75 a 76)**

Las reglas revisadas brindan una guía detallada sobre la capacitación del personal a medida que se distribuirá desde la entrada al centro así como durante el servicio, con la intención de ofrecer a todo el personal penitenciario la capacidad y los medios para llevar adelante sus complejas tareas de manera profesional. El personal penitenciario al que se le han asignado funciones especializadas debe recibir formación con un enfoque específico.

La formación inicial debe incluir pruebas teóricas y prácticas para el ingreso al servicio penitenciario y debe incorporar, como mínimo, los siguientes

tes temas: **(i)** La legislación, los reglamentos y las políticas nacionales pertinentes, así como los instrumentos internacionales y regionales, los cuales deben regir la labor del personal penitenciario y su interacción con las personas privadas de libertad; **(ii)** Los derechos y deberes generales del personal penitenciario en el ejercicio de sus funciones, incluido el respeto de la dignidad humana de todas las personas privadas de libertad y la prohibición de la tortura y otras formas de maltrato; **(iii)** La seguridad, incluido el concepto de seguridad dinámica, así como el empleo de la fuerza y de instrumentos de coerción física con la debida consideración al uso de técnicas preventivas y de disuasión; **(iv)** Los primeros auxilios, las necesidades psicológicas de las personas privadas de libertad así como los servicios de asistencia y atención sociales.

### **3. Las Reglas de Mandela y la garantía de la revisión judicial en el marco de los procesos sancionatorios administrativos**

#### **3.1. La revisión judicial de la sanción administrativa como integrante de la garantía del debido proceso**

La cuestión referida a si las sanciones administrativas tienen que ser revisadas por el Poder Judicial ha quedado debidamente aclarada, y no es materia de discusión en la actualidad.

Enseñaba en este sentido el maestro Bidart Campos que, para que el control judicial sea suficiente, debe poseer las siguientes características: **(i)** la posibilidad de interponer recurso ante los jueces del Poder Judicial; **(ii)** la negación de la competencia administrativa para dictar pronunciamientos finales y definitivos de carácter irrevisable<sup>11</sup>. En igual sentido, lo sostiene Jiménez, cuando afirma "*lo resuelto en sede administrativa es siempre revocable y revisable*"<sup>12</sup>.

Esta necesidad de control judicial en la etapa de la ejecución de la pena fue desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso "Romero Cacharane", en el cual dejó establecido la necesidad de control judicial permanente durante la etapa de ejecución, tiene como forzoso consecuente que la vigencia de las garantías constitucionales en el proceso penal se extienda hasta su agotamiento (Fallos 327:388).

Puntualmente dentro del proceso administrativo, el derecho de defensa dentro del debido proceso, como standard mínimo, tiene que asegurar la posibilidad por parte del imputado de conocer en forma determinada y precisa la infracción que habría infringido, posibilidad de hacer su descargo bajo asesoramiento de un defensor técnico, ofrecer prueba, y luego, para el caso que la resolución le sea desfavorable, puede apelarla ante el juez que

---

<sup>11</sup> GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, T. III, Ediar, 1999, pp. 350 y ss.

<sup>12</sup> EDUARDO P. JIMENEZ, *Derecho Constitucional argentino*, T. III, Ediar, 2000, p. 304.

se encuentra a disposición de acuerdo a la etapa del proceso en que se encuentre.

En idéntico sentido, la Res. 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas", lo establece en el Principio VI "Control judicial y ejecución de la pena".

Relativo a la imputación Julio Comadira nos ilustra:

En un Estado de Derecho no son aceptables atribuciones absolutamente discrecionales, y esto es así, no sólo porque siempre existen componentes reglados que condicionan el accionar administrativo discrecional (competencia; forma; fin), sino, además, porque la propia entraña de la decisión discrecional debe resistir el test de razonabilidad, y esta se excluye, cuando el acto no puede exhibir otro sustento que la voluntad del jerarca<sup>13</sup>.

Los alcances del derecho de defensa del sancionado, según lo entiende Canosa, tiene una superficie amplia:

...debemos aclarar que el debido proceso adjetivo no sólo debe entenderse como el derecho que asiste al particular de exponer sus pretensiones dentro del proceso o procedimiento administrativo con anterioridad a que se expida el órgano respectivo, sin que también abarca otros derechos, como es el de ofrecer y producir prueba y el de obtener una decisión fundada en la cual se haga mérito de las principales cuestiones planteadas<sup>14</sup>.

Advertía Bidart Campos que la posibilidad de interponer recurso extraordinario contra la decisión jurisdiccional de la Administración (basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad), no satisface el requisito del control judicial suficiente<sup>15</sup>. Por lo tanto, el alcance de la revisión judicial de la sanción es amplio, y no alcanza con que un juez revise la imposición de la sanción<sup>16</sup>, sino que exige la revisión ante otra instancia judicial.

Debemos reiterar, entonces, que el control judicial de las sanciones disciplinarias debe ser integral, y esta garantía se encuentra establecida tanto legal como constitucionalmente.

En tal orden de ideas, la Regla N° 41 del instrumento aludido, dentro del Título "Restricciones, disciplina y sanciones", reza:

1. Toda denuncia relativa a la comisión de una falta disciplinaria por un recluso se comunicará con celeridad a la autoridad competente, que la investigará sin demoras injustificadas; 2. Los reclusos serán informados, sin dilación y en un idioma que comprendan, de la naturaleza de los cargos que se les imputen, y dispondrán del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; 3. Los reclusos estarán autorizados a defenderse solos o con asistencia

<sup>13</sup> JULIO COMADIRA, *Derecho Administrativo, 2ª ed. actualizada y ampliada*, LexisNexis, 2003, p. 571.

<sup>14</sup> ARMANDO N. CANOSA, *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Director Juan Carlos Casagane, en el Capítulo: "El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo", LexisNexis, 2005, p. 45.

<sup>15</sup> GERMÁN J. BIDART CAMPOS, Op. cit., p. 351.

<sup>16</sup> Será el juez de ejecución si tiene sentencia condenatoria firme; el juez o tribunal que juzgó y la sentencia no se encuentra firme.

jurídica, cuando el interés de la justicia así lo exija, en particular en casos que entrañen faltas disciplinarias graves. Si no comprenden o no hablan el idioma utilizado en la audiencia disciplinaria, contarán con la asistencia gratuita de un intérprete; 4. Los reclusos tendrán la posibilidad de solicitar una revisión judicial de las sanciones disciplinarias que se les hayan impuesto; 5. Cuando una falta disciplinaria se persiga como delito, el recluso tendrá derecho a todas las garantías procesales aplicables a las actuaciones penales, incluido el libre acceso a un asesor jurídico.

Así las cosas, se establece con una claridad meridiana los derechos y garantías que deben respetarse en todo procedimiento sancionador administrativo en un establecimiento penitenciario.

En ese orden de ideas, el procedimiento de las sanciones a los detenidos que durante mucho tiempo quedó solo en manos del Servicio Penitenciario, con los años fue filtrando y el Poder Judicial comenzó a hacerse cargo de esta omisión y, a partir de este nuevo paradigma, comenzó a controlar las actuaciones administrativas. Todo ello, de conformidad a lo establecido por el art. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina.

### **3.2. La garantía constitucional del debido proceso y su recepción en la ley de ejecución de la pena**

El debido proceso tiene en la República Argentina anclaje constitucional. Así, lo desarrolla Canda, al referir:

En efecto, el art. 18 de la Constitución nacional, como es sabido, consagra la garantía del debido proceso y defensa en juicio. Esta fundamental garantía, si bien tiene su campo de acción fundamental en la órbita del Derecho Penal –en razón del derecho de libertad en juego– resulta de aplicación asimismo en todo tipo de proceso y procedimiento, incluso, claro está, el administrativo<sup>17</sup>.

En igual sentido, la CSJN lo ha sostenido en forma pacífica: *“todo procedimiento, tanto administrativo como judicial, debe responder al imperativo del debido proceso, conforme a su naturaleza particular”* (Fallos 325:1649, “Banco Integrado Departamental”; Fallos 327:1249 “Atienza”).

La Procuración General del Tesoro de la Nación tiene establecido que *“Las sanciones del ámbito administrativo se encuentran sometidas a los principios fundamentales del Derecho Penal, en todo lo que no resulte regido por leyes especiales o sea incompatible con la institución de que se trate”* (Dicámenes 205:56; 115:530; 143:362, entre otros).

En el Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso “Baena, Ricardo y otros” (270 Trabajadores vs. Panamá, Sentencia del 2/2/2001) expresó:

Si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula “Garantías judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, [...] sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a los

---

<sup>17</sup> FABIAN OMAR CANDA, *Procedimiento administrativo*, director Guido Santiago Tawil, Cap. XII, “El debido proceso adjetivo. La llamada teoría de la subsanación”, AbeledoPerrot, 2010, p. 145.

efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

Asimismo, la ley 24.660 de Ejecución Penal, establece en su art. 3 que:

La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley.

En el art. 96 establece la recurribilidad<sup>18</sup> y, en el art. 11, su aplicación también a los procesados<sup>19</sup>.

Debemos destacar que, no es adecuado fundar una merma en las garantías de un proceso disciplinario en función de la velocidad con que se debe reprimir la mala conducta de algún detenido. Por ello, es importante la distinción entre las funciones de seguridad y las relativas al régimen disciplinario. Las primeras, destinadas a prevenir o neutralizar peligros para la integridad y seguridad de todos quienes cohabitan en el ámbito carcelario, convierten al personal penitenciario en depositario de la fuerza pública, de acuerdo a la ley y a los reglamentos, y atiende a las premisas de rapidez y eficacia para conjurar riesgos e impedir o interrumpir cursos lesivos a aquellos bienes jurídicos. Las segundas van dirigidas al poder disciplinario, y deben ejercitarse con el mayor respeto de los derechos y garantías de las personas que se encuentran privadas de libertad.

Como conclusión de lo expuesto –y en relación directa con la “Regla” analizada– podemos decir que, existen criterios cristalizados en entender que el debido proceso atraviesa no sólo al proceso judicial sino que extiende sus principios al administrativo, por tanto ya sea considerada su naturaleza jurídica sustancial (perteneciente al Derecho Penal); o formal (a lo procesal); o reducido sólo al ámbito del Derecho Administrativo, estos principios le son aplicables tanto a unos como a otros.

---

<sup>18</sup> Dice el art. 96: *“Las sanciones serán recurribles ante el juez de ejecución o juez competente dentro de los cinco días hábiles, derecho del que deberá ser informado el interno al notificársele la resolución. La interposición del recurso no tendrá efecto suspensivo, a menos que así lo disponga el magistrado interviniente. Si el juez de ejecución o juez competente no se expidiese dentro de los sesenta días, la sanción quedará firme”.*

<sup>19</sup> Art. 11: *“Esta ley, con excepción de lo establecido en el art. 7, es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad. Las cuestiones que pudieran suscitarse serán resueltas por el juez competente”.*

### 3.3. Recepción jurisprudencial de la revisión judicial de las sanciones administrativas

Como consecuencia directa de los precedentes –previamente mencionados– de los tribunales internacionales, se fue desarrollando dentro del Estado argentino, decisiones judiciales tendientes a garantizar el debido proceso y la posibilidad de revisión judicial de las sanciones administrativas.

El hito jurisprudencial de relevancia fue, sin lugar a dudas, el fallo de la CSJN “Romero Cacharane, H. A” (327:388), del 09-03-2004, para luego ir desarrollándose decisiones de los tribunales inferiores con igual naturaleza.

En ese trascendente pronunciamiento, el máximo Tribunal argentino sentó, con cita del Tribunal Constitucional español, que los principios esenciales reflejados en la Constitución, tales como derecho de defensa, a la presunción de inocencia y a la actividad probatoria *“(a)dquieren especial relevancia en las sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios”* (considerando 13), añadiendo, en orden al principio de legalidad, que la manera en que las autoridades penitenciarias dan contenido concertó al cumplimiento de la pena y sus sucesivas alteraciones pueden implicar una modificación sustancial de la condena (considerando 16).

Asimismo, la Corte hizo suyas las palabras volcadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el fallo “Campbell y Fell”, (del 28/6/1984), en punto a que, si bien no se ignora:

...que en el ámbito penitenciario hay razones de hecho y políticas que justifican un régimen disciplinario especial; por ejemplo, consideraciones de seguridad y de orden, necesidad de reprimir la mala conducta de los presos con toda la rapidez posible... no obstante... la justicia no puede detenerse a las puertas de las cárceles (considerando 12).

Ahora bien, luego de este hito de relevancia, los Tribunales inferiores comenzaron a interpretar y resolver con tal criterio el procedimiento y las sanciones disciplinarias en los establecimientos penitenciarios.

En tal sentido, podemos hacer mención que en el año 2012, la Cámara Federal de Casación Penal, en el fallo “Simonian Narek”<sup>20</sup> dijo:

Es decir que, la vigencia del principio de judicialización obliga a que se trasladen las garantías y los principios del proceso penal a la ejecución de la pena (...). Por ello, deben tomarse como principios rectores del régimen penitenciario sancionatorio: a) el principio de legalidad; b) el principio *ne bis in ídem*; c) el principio *in dubio pro reo*; d) el principio de respeto del derecho de defensa en juicio.

Asimismo, la Cámara Nacional de Casación Penal –entre otros– en el fallo “González Lisandro Daniel s/robo con armas”<sup>21</sup> sustentándose en los precedentes de la CSJN (Fallos: 318:1894) donde estableció que *“(l)os prisioneros son, no obstante ello, personas titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restrin-*

<sup>20</sup> CFCP, Sala II, “Simonian Narek”, rta. 23/05/2012.

<sup>21</sup> CNCP, Sala III, “Gonzalez Lisandro Daniel”, rta. 10/06/2015.

*gidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso”, remarcó que:*

...vale denunciar la falacia del argumento que procura justificar la merma en las garantías de un proceso disciplinario en función de la premura con que se debe reprimir la mala conducta de un interno. Es elemental distinguir entre las funciones de seguridad del personal penitenciario y las relativas al régimen disciplinario.... (l)as segundas apuntan al poder disciplinario, ejercido por el director u otro miembro del personal superior legalmente a cargo del establecimiento... y deben ser ejercidas respetando todos los derechos y garantías del individuo privado legalmente de libertad.

Argumenta asimismo que, *“no puede sustentarse en razones de urgencia y necesidad la privación de una defensa técnica que procediera al control de la prueba de cargo y que pudiera peticionar la suspensión de las sanciones”,* siguiendo *“(p)árrafo aparte merece la reivindicación de un control judicial posterior”.* Finalmente concluye, el Tribunal, la importancia del ejercicio del control judicial tendiente a garantizar *“el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectas por la condena o por la ley”.*

Estos precedentes, entre otros, destacan acabadamente la recepción judicial, ya no solo del máximo tribunal argentino, sino también de aquellos ordinarios que revisan permanentemente la situación de las personas que se encuentran privadas de libertad, del respeto por el debido proceso penal y la necesidad concreta de la revisión judicial de las sanciones administrativas impuestas en los establecimientos penitenciarios.

## **Conclusión**

Hemos visto que las Reglas Mandela establecen nuevos estándares para el tratamiento de las personas privadas de la libertad que podrían contribuir –de ser aplicadas plenamente– a resocializar efectivamente a quien se encuentra privado de libertad, tal y como lo prevé nuestra Constitución Nacional o, al menos, a ser tratados con dignidad. Se trata de este modo entonces, de un verdadero cambio de paradigma en el trato no sólo hacia el detenido, sino también en las oportunidades de cambio y de mejora en el sistema penitenciario todo, incluyendo la formación y capacitación del personal penitenciario.

Se ha visto en este breve trabajo el amplio abordaje que realizan las ahora llamadas “Reglas Mandela” acerca de distintas cuestiones de la problemática carcelaria, ofreciendo un piso mínimo de derechos y garantizando diferentes estándares para quienes están privados de su libertad. Teniendo en cuenta esos objetivos, las Reglas deben ser tomadas como un punto de partida a partir del cual los distintos poderes estatales –tanto provinciales como nacionales– asuman seriamente la conflictiva cuestión carcelaria.

Quienes día a día convivimos con situaciones como las que venimos describiendo en el presente artículo sabemos que las penitenciarías, en las condiciones en que se encuentran desde hace muchos años en nuestro país, no cumplen acabadamente el objetivo de reinsertar socialmente o re-

educar y, menos aún, en la gran mayoría de los casos, tampoco sirven para evitar la reincidencia.

Es por ello que las Reglas Mandela pueden dar una nueva perspectiva a estos tópicos para que, considerando de manera más profunda y reflexiva los derechos fundamentales de quienes están privados de su libertad a partir de una decisión de los tres poderes del Estado, cada uno en su función, se alcancen mayores índices de reinserción social, fin principal que persigue la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tanto del orden regional como universal.

Finalmente, no podemos dejar de señalar que la imposición de todo tipo de sanción disciplinaria en un establecimiento penitenciario, a cualquier tipo de reclusos, debe realizarse mediante un procedimiento que respete el debido proceso, garantizando entre otros el derecho de defensa en juicio y la posibilidad amplia de revisión judicial de su sanción ya que, en el efectivo respeto y cumplimiento de las garantías constitucionales incluso dentro de cualquier establecimiento penitenciario radica sustancialmente el éxito de la aplicación de las Reglas de Mandela.



# EL ACTO DE AGRESIÓN A UCRANIA Y LA CRISIS DECONSTRUCTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Asdrúbal Aguiar A.\*

## Preliminar

El “acto de agresión” de Rusia contra Ucrania, que así lo califica la Asamblea General de Naciones Unidas en su “período extraordinario de emergencia” de 01-03-2022, siguiéndose por la definición adoptada a propuesta de la antigua Unión Soviética (A/RES/3314-XXIX de 14-12-1974), a saber, por constituir “*el primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta*” de San Francisco y del párrafo 4 de su artículo 2, ha provocado un verdadero quiebre histórico. Es monumental. Tendrá efectos planetarios, sin lugar a duda.

Es, por una parte, el punto de cierre de una guerra anterior en curso, prorrogada y no atendida con prontitud y eficacia. Sumaron 13.000 los muertos y fueron 30.000 los heridos en 2015, cuando se reúne por segunda vez el llamado Cuarteto de Normandía que busca resolver sobre el conflicto bélico en el Este de Ucrania. La comunidad internacional se ha revelado incapaz de conjurarlo. Es la “agresión a Ucrania”, además y por la otra, la culminación de un largo proceso de transformación integral del orden jurídico y político internacional iniciado en 1989, hace tres décadas. China y Rusia ya han puesto sus cartas sobre la mesa desde el 4 de febrero pasado. Se abre, quiérase o no, una “Era nueva” en las relaciones internacionales, tal y como lo sostienen desde sus perspectivas las mencionadas potencias en su Declaración Conjunta de Beijing.

Más allá de abordar los incidentes de la conflagración en curso, los Jefes de Estado y Gobierno suscriptores de la Declaración de Versalles de 10 y 11-03-2022 y la Declaración de la OTAN de 24-03 no son extraños a este quiebre llamado “epocal”. En Ucrania se defienden “*nuestros valores compartidos de libertad y democracia*”, reza la primera, en tanto que la segunda acepta que “*la guerra no provocada de Rusia ... representa un desafío funda-*

---

\* Doctor en Derecho y Profesor Titular de Derecho Internacional Público (UCAB, Venezuela). Doctor *Honoris Causa* de la Universidad del Salvador (USAL, Argentina). Exjuez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya, de la Real Academia Hispanoamericana de Ciencias, Artes y Letras de España, y de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales y de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires.

*mental a los valores y normas que han llevado seguridad y prosperidad a todos en el continente europeo”.*

La guerra contra Ucrania, sobre todo, es el desencadenante de una cuestión más de fondo, geopolítica e identitaria a la vez, en un siglo que como el actual se da en prohijar deconstrucciones ciudadanas y territoriales tras las que sólo restan proximidades culturales, allí donde las naciones conservan a sus culturas. *“Moscú considera a Ucrania parte de su identidad y de su espacio de influencia y cuyo control juzga vital para su seguridad”*, comenta Guillermo Pereira, editor de audiencias de El Cronista (23-03-2022).

Ese *“infierno en la tierra”*, como este lo describe deja costos irreparables que jamás olvidarán sus víctimas, ni siquiera una vez como cese la conflagración en curso, en la que intenta mediar el antiguo imperio otomano, la Sublime Puerta. Dicen también hacerlo los chinos, simulando ser extraños a lo que ocurre.

Entre tanto, inmersos en trivialidades y pugnas estimuladas deliberadamente por el progresismo globalista y los discípulos de Antonio Gramsci y Theodor Adorno (Darío Enrique Cortés C., *“Neomarxismo y revolución cultural”*, *Utopía y praxis latinoamericana*, Año 24, número Extra 3, 2019), los americanos y europeos llegamos a la escena ucraniana habiendo dilapidado la larga transición que inaugura la caída de la Cortina de Hierro y cierra la COVID-19; muy propicia esta para la renovación de un orden internacional en mora, el de 1945, sustentado sobre la experiencia del Holocausto.

Presenciamos esta vez, debilitados en las raíces, un bautismo de sangre del orden global que emerge a partir de la medieval Rus de Kiev, madre de los rusos y teatro de los desencuentros. Despertamos, sorprendidos, ante un drama que casi dura una década y nos sorprende en su giro, al formalizar Rusia una vieja guerra como guerra convencional en plena Era digital, resucitando en el imaginario –acaso deliberadamente y para despertar en la conciencia colectiva apegada a la filmografía hollywoodense– los fantasmas del siglo XX. Es, como lo creo, lo que concita la atención mundial y la saca de su Metaverso.

La declinación de nuestras raíces judeocristianas y grecolatinas, la banalización de nuestras concepciones políticas y sobre la democracia al punto de inventarnos la categoría de lo iliberal, como el hábito corriente de destruir estatuas, quemar de iglesias, forjar identidades al detal y avergonzarnos de nuestra memoria, sin embargo, no nos permite mirar más allá y apreciar el hecho ucraniano en sus reales dimensiones. Nos encontramos en la hora del Dios Jano.

Ucrania, hasta ayer, la veíamos como ese patio trasero, puente con el Oriente, que acaso sólo sirve para desandar los enconos partidarios de Donald Trump y Joe Biden. Uno, por tener intereses dinerarios con el depuesto presidente ucraniano Víktor Yanukóvich, socio de Putin, el otro por presionar al sucesor, Volodímir Zelenski, para que le ofrezca pruebas de lo anterior. Pero el poder nuclear –quince reactores– es la verdadera manzana de la

discordia que mueve al régimen ruso de Vladimir Putin, arguyendo a su favor el peso de la historia de su nación y la unidad de su cultura.

El Parlamento Europeo ya había condenado en 2014 –no ahora en el fragor de la guerra– *“la violación por parte de Rusia de la soberanía e integridad territorial de Ucrania y pide a Rusia que ponga fin con carácter inmediato a todo tipo de violencia”*. La Asamblea de la ONU, que hoy condena el “acto de agresión” ruso, ante similar hipótesis y con lenguaje sibilino insta en 2020 (Resolución A/RES/75/29 del 07-12-2020), sin resultados, *“a la Federación de Rusia, en su calidad de Potencia ocupante, a que retire sus fuerzas militares de Crimea... y ponga fin sin demora a su ocupación temporal del territorio de Ucrania”*.

Visto lo anterior, la condena por la ONU de *“la declaración hecha por la Federación Rusa el 24 de febrero de 2022 de una ‘operación militar especial’ en Ucrania”* y el exigir que *“la Federación de Rusia ponga fin de inmediato al uso de la fuerza”*, votada afirmativamente por 141 Estados parte sobre 5 votos en contra –Rusia, Bielorrusia, Siria, Corea del Norte y Eritrea– mediante 35 abstenciones, en modo alguno significa, téngaselo presente, que el orden mundial nacido tras la Segunda Gran Guerra esté resucitando, ahora sí, sobre bases más sólidas. No nos engañemos.

La misma Declaración de Versalles mencionada no es ajena a la sustancia de la cuestión: *“La guerra de agresión rusa constituye un vuelco descomunal en la historia europea”*, afirma. Y admite que el desafío presente es estar a la altura *“en esta nueva realidad, protegiendo a nuestros ciudadanos, nuestros valores, nuestras democracias y el modelo europeo”*. Salvo USA, los americanos del norte, centro y sur, de conjunto y como parte de Occidente, ante la realidad de la guerra declarada por Rusia contra Ucrania aún permanecemos a la zaga y sin narrativa propia. Ello también cabe observarlo, pues los efectos de la guerra y el advenimiento probable de un orden nuevo, que estimamos de cosas distantes, los cargaremos a costas todos cuando menos durante dos generaciones, hasta el 2049.

En los días previos a la agresión a Ucrania, desde Beijing le han dicho al mundo Putin y Xi-jinping sobre sus reglas para la gobernanza global y sobre el valor particular que le asignan a la libertad. A buen seguro que las harán presentes durante los esfuerzos de negociación de la paz que se adelantan, mientras el primero buscará afianzar su estatus *quo* sobre Crimea y Sebastopol. Perdiendo la guerra, la puede ganar. El mundo sino-ruso nos mira con desprecio a los occidentales, convencidos de que hemos renunciado a los valores de nuestra milenaria civilización luego del esfuerzo de disolución que de nuestras culturas ellos mismos han propiciado a partir de 1989; por lo que nos espetan, ensoberbecidos, que unidos al Oriente de las luces y por conservar este *“un rico patrimonio cultural e histórico”* y *“tradiciones democráticas ... que se basan en miles de años de experiencia”*, son los llamados a sustituirnos, al Occidente de las leyes, para darle estabilidad definitiva a la gobernanza global.

## 1. La deconstrucción del orden jurídico internacional

En la más reciente edición de mi *Código de Derecho Internacional* (UCAB/EJV, 2021) abordo este contexto distinto que hace presa actual de las relaciones internacionales a propósito de la globalización en curso, tras la disolución de la Unión Soviética, el ingreso de la Humanidad a la tercera y cuarta revoluciones industriales, la digital y la de la inteligencia artificial, y ahora a la guerra geopolítica planteada por Rusia con su invasión a Ucrania.

Como referencia al margen y para muestra de la ineficacia sobrevenida del orden internacional en vigor a partir de 1945, al punto que los sucesos que sobre la cuestión ucraniana se acumulan desde 2013 y lo trasvasan –obra de su señalada deconstrucción: *“Lo stato é ormai troppo grande per le cose piccole e troppo piccolo per le cose grandi”* (Luigi Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Milano, 1995)– pondérese el *“daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas”* como las desarrolladas en un laboratorio de Wuhan. Su información la ha proscrito China: *“la ciencia no tiene fronteras, pero los científicos tienen una patria”*, afirma Xi-Jinping (*Los Angeles Times*, Junio 28, 2021). Ha dejado el gravoso saldo de 6.094.320 muertos, siendo mayor para Occidente con 4.576.863 de víctimas fatales, cuyo único paralelo lo es cuantitativamente la Shoah, la llamada *“solución final”* bajo el régimen nazi.

Pues bien, a la hora y antes del aldabonazo de la guerra en curso, en la antesala de Occidente, como expresión de ese proceso de relativización cultural que invade al mundo de lo jurídico y político ningún Estado parte de la ONU se ha atrevido a reclamar o reivindicar la autoridad del Derecho internacional sobre la cuestión de la pandemia universal. Ninguno ha exigido se le provea a la Humanidad de un resarcimiento justo e integral por el riesgo objetivo que la ha dañado de un modo irreparable.

Se trata entonces –a partir de lo señalado por el encuentro reciente de Versalles: *“Rusia trajo de vuelta la guerra a Europa”*– de sopesar y de verificar en la circunstancia *ex novo* del desenlace de la guerra de aquella contra Ucrania, si en el oeste del mundo, usando la metáfora del bosque, además de cambiar este y como todo árbol a sus hojas según los tiempos, asimismo ha decidido secar sus raíces.

En el instante dilemático en el que toma cuerpo la conflagración en los predios orientales de Europa y en la que se ha involucrado, inevitablemente, así sea de un modo indirecto, el mundo occidental, media lo dilemático y esencial: No se equivocaba Huntington al advertir sobre el *“choque de civilizaciones”* (Samuel Phillips Huntington, *“The Clash of Civilizations?”*, *Foreign Affairs*, vol. 72, no. 3, 1993). No se trata, pues, de meros juegos bastardos y de orden geopolítico los que hayan dado origen y estén comprometidos con la agresión a Ucrania; más allá de que la chispa la haya encendido otro feligrés del *“mal absoluto”*, diría Hanna Arendt:

Sabe que la política moderna gira en torno a una cuestión que, hablando estrictamente, nunca debería entrar en la política, la cuestión del todo o nada: del todo, que es una sociedad humana dotada de posibilidades infinitas, o de la nada

exactamente, es decir, el fin de la Humanidad (Fina Birulés, comp., Hanna Arendt, *El orgullo de pensar*, Barcelona, Gedisa, 2006).

Lo ha dicho Vladimir Putin: *“Para nuestro país esto es, en última instancia, una cuestión de vida o muerte, una cuestión de nuestro futuro histórico como pueblo. Y esto no es una exageración, es cierto”*, declara al momento de anunciarle al mundo y los rusos de su acto de agresión, que llama *“operación militar especial”* o ¿Responsabilidad de Proteger (R2P)?

Conocer esto y auscultarlo a fondo no es baladí. De ello dependerá, al término y como se espera, que Vladimir Putin sea derrotado en su *“guerra convencional”* pero de una manera cabal; pues perdiendo la guerra que ha comprendido, su narrativa, la que concertara con China *“sobre las relaciones internacionales que entran en una Nueva Era”*, puede ganar la guerra. La razón de poder volverá por sus fueros y quedará derogada para lo sucesivo la *“razón de humanidad”*.

El Manifiesto Conjunto de Beijing del pasado 4 de febrero no escatima en párrafos al respecto. Sólo esperaban sus autores de un terreno abonado para fijar sus premisas ¿a través de las negociaciones sobre la paz en Ucrania?:

A medida que continúa la pandemia de la nueva infección por coronavirus, la situación de seguridad internacional y regional se complica y el número de desafíos y amenazas mundiales crece día a día... Rusia y China se oponen a los intentos de fuerzas externas de socavar la seguridad y estabilidad en sus regiones adyacentes comunes, y tienen la intención de contrarrestar la interferencia... en los asuntos internos de los países soberanos bajo cualquier pretexto.

La crucial y severa reflexión que hiciese desde el parlamento alemán Josep Ratzinger, Papa emérito, en 2011, a dos años de que los rusos invadiesen a Crimea y Sebastopol y acaso avizorando su final desenlace como la contumacia rusa ante Naciones Unidas, ahora se actualiza (Benedicto XVI, *Habla sobre vida humana y ecología* / Pablo Blanco y Emilio García Sánchez, editores, Madrid, Palabra, 2013, pp. 42 ss.):

Quita el derecho y, entonces, ¿qué distingue el Estado de una gran banda de bandidos?, dijo en cierta ocasión San Agustín. Nosotros, los alemanes, sabemos por experiencia que estas palabras no son una mera quimera. Hemos experimentado cómo el poder se separó del derecho, se enfrentó a él; cómo se pisoteó el derecho, de manera que el Estado se convirtió en el instrumento para la destrucción del derecho; se transformó en una cuadrilla de bandidos muy bien organizada, que podía amenazar el mundo entero y llevarlo hasta el borde del abismo.

De seguidas, trajo a colación su enseñanza:

Servir al derecho y combatir el dominio de la injusticia es y sigue siendo el deber fundamental del político. En un momento histórico, en el cual el hombre ha adquirido un poder hasta ahora inimaginable, este deber se convierte en algo particularmente urgente. El hombre tiene la capacidad de destruir el mundo. Se puede manipular a sí mismo. Puede, por decirlo así, hacer seres humanos y privar de su humanidad a otros seres humanos. *“¿Cómo podemos reconocer lo que es justo? ¿Cómo podemos distinguir entre el bien y el mal, entre el derecho verdadero y el derecho sólo aparente?”*, se preguntaba Ratzinger, casi que interpellando al hoy y de cara al flagelo de esta primera e inédita *“guerra conven-*

cional” de carácter global por sus efectos, fantasma del pasado, ajena a la violencia “híbrida” que ha estado caracterizando a las violaciones generalizadas de derechos humanos en el siglo XXI.

Digo, pues, en mi libro señalado, siguiendo a Martii Koskeniemi, (*Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, Bari, Editori Laterza, 2012), que “*la visión de la esfera internacional como espacio social único está siendo suplantada por una comprensión del mundo fragmentada, o caleidoscópica, que crea nuevas configuraciones espaciales y temporales donde lo particular y lo universal resultan completamente confusos*”, como lo es el principio ordenador de la inviolabilidad de la dignidad de la persona humana.

Es este, sin lugar a duda, el desafío que se le planteará a la comunidad internacional o el terreno en el que habrá de trillar, de modo especial Occidente, al momento en que haya de resolver sobre esta inédita guerra convencional auspiciada por dos potencias cuyo único propósito es, como lo han dicho en su Manifiesto, “*defender los resultados de la Segunda Guerra Mundial y el orden mundial existente de la postguerra*”: el geopolítico estrictamente. No por azar, vuelven sobre el rescate chino de Taiwán, “parte inalienable” de su nación y el control por la Federación de Rusia sobre los espacios que tuvo bajo la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), como el ucraniano. Lo que consideran justificado sus respectivos gobernantes, por lo demás, dado que, según ellos, “*ha surgido –en virtud de la transformación de la arquitectura de la gobernanza global– una tendencia hacia la redistribución del poder en el mundo*”. Y se han adelantado, crudamente.

## **2. Insuficiencias de la doctrina tradicional para la integración de lo nuevo**

Hasta el presente, en vano se ha creído que el fin de la bipolaridad internacional y el agotamiento del comunismo afirmarían los principios del Estado liberal de Derecho, decantado por siglos y como expresión fidedigna de la cultura judeocristiana y grecolatina. Antes bien, han ocurrido mutaciones nominales y hasta un secuestro recíproco de consignas entre las viejas banderías de la bipolaridad –la diarquía del siglo XX– y se perturban, a propósito, los contenidos del vocabulario político y jurídico para impedir la movilidad en el “mercado de las ideas”, cuando menos en Occidente. Destaca, eso sí, el coetáneo desmoronamiento por ineficacia sobrevenida de las instituciones domésticas e internacionales de mediación entre las tribus y el mundo o la Humanidad conocidas, a fin de prevenir o atenuar los hechos de violencia y con ello salvaguardar el principio de orden público internacional *pro homine et libertatis*.

Son visibles la lucha abierta en la escena mundial entre poderes dispersos y una resurrección de la lógica “schmittiana”: “*la política como irreductible oposición amigo/enemigo*”. Ayer la era entre los grandes espacios vitales (*Grossraum*), hoy superada sin que desaparezca la territorialidad pero como base de identidades culturales y para la definición de otras áreas de poder

sustitutivas del artificio jurisdiccional de los Estados. Ocurre así otra oposición o antagonismo en plena efervescencia dentro del propio Occidente: entre *nomos* o piezas dispersas o subdivisiones de lo humano que encuentran sus espacios en el imaginario o en la virtualidad –no más en el Estado o en el sentido de la ciudadanía– signados por un fraude de lo antropológico: anclados en la idea de la diferencia y la exclusión por razones identitarias étnicas, raciales, religiosas, de género, generacionales, urbanas, culturales, etc. De modo que, mientras la sociedad de los occidentales lucha por las separaciones, desde el Oriente se va a la guerra para sostener las tradiciones y la unidad de sus espacios.

La cuestión, a todas estas, es discernir sobre como ajustar la óptica acerca de la actuación que habrá de corresponder a los artesanos de la Era Nueva que se predica desde Oriente, o del Orden Global que auspicia el progresismo de Occidente durante los últimos treinta años.

Cabe, pues, con vistas al factible tiempo nuevo que nos espera a todos y a la luz de sus realidades temporales inéditas, evitar, a manera de ejemplo, lo que fuera característico del pensamiento de los mayores exponentes alemanes del Derecho internacional hasta mediados del siglo XIX, como Georg Friedrich de Martens (1756-1821) –profesor a Gotinga, distinto del célebre diplomático ruso-báltico Fedor Friedrich Martens, 1845-1909– y Johan Ludwig Klüber (1762-1837). Para ellos el Derecho internacional es racional y estático, extraño a las concepciones de la sociedad y la cultura, y único reflejo del activismo diplomático oficial: *“Le correspondía extraer apenas las reglas generales luego de observar las relaciones entre los Estados [europeos] para mejor asistir las acciones de una culta diplomacia”*. La dimensión normativa habría de reducirse, así, a una tarea técnica de descripción de los repartos de poder que efectivamente se impongan a nivel internacional.

De ser así, a los negociadores de la paz entre Rusia y Ucrania, que la es entre China y Rusia versus Europa occidental y Estados Unidos, por lo pronto, apenas les cabrá resolver racionalmente sin que priven concepciones culturales o ideológicas; con lo cual, al término, se perderían los fundamentos teleológicos del orden mundial hasta ayer vigente, de preferente corte axiológico.

Para quienes los suceden en el tiempo, en especial Hans Kelsen (1881-1973), que funda la Escuela de Viena junto a Alfred Verdross (1890-1960) y Joseph Laurenz Kunz (1890-1970), empeñado el primero en limpiar al Derecho y al Derecho internacional de sus impurezas y desviaciones políticas, optan por afirmar una teoría pura que reduce lo jurídico a mera técnica normativa-sancionatoria. Se trataría de una dimensión que se encierra dentro de sí, por lo que algunos califican a esa técnica, al igual que a la perspectiva precedente, como hipocresías que llegan a su final con las grandes guerras del siglo XX hasta que aparece, previo un intersticio renacentista del Derecho natural producto del Holocausto y como fundamento del Derecho internacional posbélico, el posmoderno “militantismo jurídico”.

La separación del Derecho de todo elemento valorativo, a saber, de su relación con la idea de la Justicia, hizo posible el “mal absoluto”. Pero, quienes se adscriben a la tendencia militante hacen de la doctrina *ius* internacionalista un verdadero “instrumento de acción política”. De ser así, con vistas a lo actual, si el Oriente hace cesar la guerra creyendo Occidente haberla ganado y evitado así nuevas víctimas arguyéndose razones de Humanidad, podría Oriente sostener sus codificaciones culturales para la Era Nueva, graficadas en Beijing, como lo hemos señalado.

En el campo jurídico internacional anglosajón, en orden a lo explicado, también están quienes insisten en la función ideológica del Derecho y de los valores que éste transmite. Los británicos ponen el énfasis en los vínculos entre el Derecho y las relaciones internacionales, mientras que en Estados Unidos se lo hace con las ciencias políticas. En el Tercer Mundo, entre tanto, afloran los que combinan las realidades sufrientes en curso con la ideología socialista y como un medio para confrontar al Derecho internacional clásico; mientras que, en el espectro comunista, hasta 1989 –dejando a salvo su reconversión posterior bajo el llamado socialismo del siglo XXI– se censuraba al Derecho internacional como expresión de una sociedad internacional dominada por Estados burgueses. Optaban por entenderlo y calificarlo, al término y como vía de solución, como un Derecho de mera “coexistencia pacífica”. Es lo que ahora proponen rusos y chinos con su Manifiesto. Cada parte del mundo se habrá de regir bajo las reglas internacionales de quien logre aglutinarlo, es el predicado; pero llegaría a su fin el propósito de universalidad mínima o básica que hizo posible a las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Los autores contemporáneos que se encargaran de actualizar el célebre y voluminoso texto pedagógico francés de Nguyen Quoc Dinh (1919-1976), *Droit international public* (Paris, LGDJ, 2009), afirman que el autor nórdico que hace amplia exégesis de lo anterior –Koskenniemi– es integrante de la “escuela crítica” que busca desmitificar las aproximaciones tradicionales, denunciando el reduccionismo formalista y estatista del Derecho internacional; a la vez que aportando análisis sociológicos y pragmáticos con un propósito preciso: “*hacer evidentes los intereses camuflados tras las reglas del derecho*”. Las declaraciones de Versalles y de la OTAN, como la de Beijing mencionadas, son muy ilustrativas al respecto.

Al caso, en lo personal todavía apuesto a la escuela de la que formase parte el jurista argentino Juan Carlos Puig, entrañable compañero de tareas fundacionales en el Instituto de Altos Estudios de América Latina de la Universidad Simón Bolívar, entonces ganado nuestro centro para la perspectiva estructuralista dominante en América Latina con Celso Furtado, Helio Jaguaribe, Jorge Sábado, Aldo Ferrer y Osvaldo Sunkel, desde el ángulo económico y sociológico, a la cabeza. Pero que encuentra en aquél a un firme cultor del iusnaturalismo realista.

Dada su experiencia como catedrático e investigador del Derecho y de las relaciones internacionales, recalca Puig la importancia de coordinar siempre la dimensión normativa con la sociológica. Cultivador como era de



la concepción tridimensional mencionada, se empeña en sortear los muros del mero formalismo jurídico. Mira la realidad dentro de la que han de alcanzar su efectividad las descripciones normativas, al objeto de que el Derecho se materialice; pero teniendo siempre por norte que al declinar de una manera “trialista” ha de resolverse siempre la primera visión bidimensional formalista-realista con base al criterio de Justicia y su regla exegética, la que mejor profundice en la libertad del hombre. Es este, exactamente, el punto nodal que destaca Papa Ratzinger en su exposición ante los alemanes y es, exactamente, lo que puede quedar comprometido en las negociaciones sobre la paz en Ucrania, por ser la misma, la inviolabilidad de la dignidad humana, la columna vertebral del sistema de Naciones Unidas.

### **3. El desafío de la reconstrucción de universales, desde lo antropológico**

La realidad actual revela que la macrocefalia institucional del sistema internacional de los Estados, correlativa a la acelerada emergencia de temas nuevos relacionados con lo que algunos denominan el “cosmopolitismo progresista”: derechos humanos, protección ambiental, integración y migraciones vs. soberanía, solución pacífica de controversias, lucha contra la criminalidad transnacional organizada, terrorismo deslocalizado, desarrollo tecnológico digital, genoma humano, encuentra como contrapartida la pérdida por el Derecho internacional de su unidad teórica y sistemática como de su capacidad para darle coherencia al señalado rompecabezas como expresión de la política o las políticas que lo inspiran.

Ello se aprecia una vez como se revisan las mismas resoluciones de la Asamblea General de la ONU sobre Ucrania, que abordan por separado el hecho militar o la agresión, mientras otras se ocupan de abordar el tema de los derechos humanos comprometidos.

Ocurre, tal y como lo veo, una suerte de descodificación de universales –hasta el gobierno de la Iglesia Católica, numen tutelar de la civilización cristiana, acaba de cambiar su Constitución Apostólica a fin de impulsar su “descentralización”– y para avanzar hacia la particularización de lo normativo, con vistas a la miríada de sectores distintos emergentes en el marco de las relaciones internacionales en el siglo XXI: *“Ha lugar a una suerte de ‘libanización’ del mundo [occidental]...; pues las comunidades [y grupos identitarios] se convierten en fortalezas y prisiones, a un punto tal que las líneas punteadas que separan a los Estados surgen ahora al interior de cada uno de nuestros Estados”,* refiero en mi libro *Calidad de la democracia (Calidad de la democracia y expansión de los derechos humanos*, Miami, Miami Dade College/EJV, 2018). Y se los ven separados, justamente, por inspirarse cada uno y todos esos sectores en una suerte de asepsia cultural, de culto al relativismo, ajenas a las visiones antropológicas dominantes durante la modernidad (vid. de nuestra autoría, *El viaje moderno llegó a su final*, Miami, IDEA/EJV, 2021).

Todo esto, en la práctica, de suyo es lo que ha venido comprometiendo la legitimidad y la efectividad del Derecho internacional para su cometido fundamental: prevenir y garantizar la paz y la seguridad internacionales mediante acciones colectivas, sobre todo de aquellas que aseguran la inviolabilidad de la dignidad de la persona humana; ello, dada la ruptura de la visión antropológica consensuada en 1948 entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad alrededor de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “*Estamos de acuerdo sobre los derechos, pero a condición de que nadie nos pregunte por qué*”, declara entonces Jacques Maritain (Eusebio Fernández García, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Madrid, Dykinson, 2001). No debería sorprender, por ende, el regreso de la guerra, sobre todo en el caso de Ucrania, que ha avanzado por etapas desde la caída del Muro de Berlín y ha sido sometida, como en los tiempos de la Sociedad de las Naciones (1920-1946) a una simple moratoria que se agotara el pasado 27 de febrero. El caso es, como lo precisaría Carl Schmitt, “*si todo es virtualmente político, nada es político*”, se vuelve lucha rasa por el poder (Del autor, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991).

Sólo se construye una esfera pública –para nosotros la que correspondería a un Derecho internacional renovado para el siglo XXI y en un momento de deconstrucción que se topa con el flagelo de otra guerra– cuando se ponen en común y se reivindican, como necesidades y expectativas de todos, intereses que requieren políticas, regulaciones e instituciones supra ordenadas y heterónomas respecto de los sujetos singularmente interesados.

El filósofo y jurista italiano Luigi Ferrajoli (*Principia iuris. 2. Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011) argumenta así, con vistas a lo anterior, sobre la posibilidad pragmática de alcanzar un constitucionalismo global –¿lo aceptarán China y Rusia?– considerando que la misma globalización es como fenómeno un factor de unificación, así sea a propósito de los problemas y bajo las ideas de autoconservación y de solidaridad, alrededor de derechos que se consideran universalmente reivindicables. Pone el ejemplo de la misma Naturaleza, amenazada por las catástrofes ambientales y capaz de unir “virtualmente” a toda la Humanidad. Pero acaso vale mejor lo que con relación a esos mismos argumentos vertebrales –paz y derechos humanos– urge de primero Papa Ratzinger dirigiéndose a los Estados parte reunidos en la Asamblea General de la ONU de 2011: “*Cuando en nuestra relación con la realidad hay algo que no funciona, entonces debemos reflexionar todos seriamente sobre el conjunto, y todos estamos invitados a volver sobre la cuestión de los fundamentos de nuestra propia cultura*”.

En otras palabras, será imposible construir o reconstruir sobre lo humano, cuando menos para el Occidente y si alcanza a superar la deconstrucción que lo afecta desde 1989, de no reparar como premisa necesaria en los fundamentos antropológicos del Nuevo Orden en forja. Y la guerra contra Ucrania, por movilizar conciencias, probablemente sea capaz de abrirlas al estar sacando al mundo de las identidades autónomas y de redes de sus ensimismamientos, entroncándolas con sus respectivas culturas integradoras.

En suma, más allá de los elementos geopolíticos comprometidos en el acto de agresión de Rusia contra Ucrania, lo que estará puesto sobre la mesa de las decisiones que harán historia y como problema raizal es la reivindicación que de sus espacios milenarios se han propuesto las grandes civilizaciones. Es lo que determinará, al cabo, quienes ganarán o perderán realmente la guerra en curso y cómo serán normativamente descritos sus resultados por el Derecho internacional o el emergente, el Derecho de la gobernanza global que nazca de este quiebre “epocal”.

#### **4. Diagnóstico del “quiebre epocal”**

Impuesta la parálisis abrupta del acontecer humano por la pandemia del coronavirus en 2020, la realidad internacional y como saldo habla por sí sola. No es diferente, cabe subrayarlo, a pesar de la guerra, a tal punto que esta condicionará su desenlace –¿otro Orden Nuevo?– sin haberse originado con ella.

Aherrojados en la circunstancia, los fenómenos característicos del siglo corriente que interpelan sobre todo a Occidente, sin que aún encuentren respuestas en el plano del Derecho internacional contemporáneo, pueden resumirse así:

**a.** La incapacidad del Estado soberano y de sus instituciones constitucionales para asumir, por sí solos, los ingentes desafíos y conjurar los peligros propios de la deriva tecnológica cuando deja de ser medio y se hace finalidad: la gobernabilidad se ve comprometida y la gobernanza vive en emergencia.

**b.** La inutilidad sobrevenida de las organizaciones multilaterales que forman los Estados y sus empeños de conjugar en clave gubernativa soberana, a pesar de la premisa *pro homine* consagrada por la Segunda Gran Guerra del siglo XX. Ello les ha impedido realizar la norma de orden público internacional señalada. Vivimos, en efecto, bajo un orden de equilibrios críticos y una falsa gobernanza global, incapaz de sobreponerse a las potencias mundiales o intermedias que la desafían.

**c.** La fractura del tejido social y la segmentación de las poblaciones (originarios, afrodescendientes, musulmanes, LGBT, ambientalistas, abortistas, tribus urbanas, etc.) alegándose el derecho a la diferencia o la exclusión de los distintos como la regla; incluso dentro de cada Estado y como subdivisiones que dentro del mismo escapan a las narrativas integradoras de lo ciudadano, apuntaladas constitucionalmente.

**d.** La transnacionalización de la criminalidad organizada (terrorismo, narcotráfico, lavado de dineros ilícitos o producto de la corrupción) y el asalto por sus actores de los restos del Estado moderno, transformándolo en nicho de impunidad, es moneda de uso corriente: la soberanía y su coetáneo principio de la no intervención, otra vez se vuelve patente de corso para violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos en distintos espacios del planeta.

e. La relativización de los comportamientos humanos, al relajarse los códigos o sólidos de la moral universal y romperse la línea que separa la legalidad de la ilegalidad, la verdad de la mentira, como fraudes a la democracia y al Estado de Derecho, comprometiendo sus estándares y reduciéndoselas a meros predicados morales.

f. La emergencia de una economía virtual, comercial y financiera, fundada en técnicas para la destrucción (TpD) que se niegan a la lealtad en la competencia, propia del capitalismo histórico, transformado en lo adelante bajo las tercera y cuarta revoluciones industriales en *“capitalismo de vigilancia”* (Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, PublicAffairs, 2019).

g. La pugna entre un desbordado antropocentrismo que intenta crear vida y manipular al genoma humano, ajeno a los meros fines terapéuticos, y un bio-centrismo marxista que se propone fundir al hombre con la tierra, sobreponiéndole a la Diosa y Madre naturaleza por creadora del todo, como signo de los tiempos nuevos.

De modo que, a la luz de la dispersión reseñada y sus evidencias advierte de pertinente Ferrajoli que se impone la reflexión y el planeamiento jurídico y político, a cuyo efecto urgen, según él, sean fijados: *“los límites y vínculos fundamentales idóneos para garantizar [las] promesas de paz y de igualdad en los derechos frente a las agresiones provenientes de la selva de los poderes desregulados, tanto políticos como económicos”*.

No se trata de contener o frenar simplemente, pues al término si se busca conjugar, lo repito una vez más, en favor del hombre y sus derechos fundamentales –*pro homine et libertatis*– habrá de mediar siempre un razonamiento liberal que no se basta con el simple ejercicio de ciencia o de técnica jurídica o de arbitraria ordenación normativa, por parte de las fuerzas y poderes dominantes en la coyuntura. Es el problema que debería hacer reflexionar a Occidente y que de suyo le llevará a antagonizar con el discurso o la narrativa pactada por China y Rusia en los días previos a la guerra contra Ucrania.

Lo cierto es que hasta ayer habían quedado atrás como resabios inútiles o especulativos que se anticiparan al caos actual, el citado “choque de civilizaciones” tras la caída de la Cortina de Hierro y que encuentra eco posterior en el “Diálogo de Civilizaciones” planteado por el presidente reformista de Irán, Mohammad Khatami (1998). Hoy vuelve a revalorizarse desde China y Rusia con su pacto de Beijing, pero desde el ángulo de la “Alianza de Civilizaciones” propuesta por la izquierda española (2004) para enfrentar y derrotar a Occidente (Aristegui, Gustavo, *Contra Occidente: La emergente alianza antisistema*, Madrid, 2008); o ¿para enfrentar a otro distinto de las civilizaciones monoteístas o enfrentarlas a estas, musulmanes contra liberales cristianos? (Shaun Riordan, “¿Alianza de civilizaciones o alianza de civilizados?”, *Real Instituto Elcano*, 20-04-2006).

Las civilizaciones, por lo visto, siguen en pie, sin matizaciones, cuando menos la musulmana y la confucionista, ahora también la cultura eslava

oriental. La judeocristiana, la de los universales, una parte decidió acompañar al globalismo progresista y a su relativismo conceptual y ético. Se neutralizó para no empañar su tolerancia mal entendida, avergonzándose de su legado milenarista y sus prédicas de libertad y respeto a la dignidad de la persona humana. Incluso la misma Iglesia romana que ayer impulsaba el reconocimiento expreso de las raíces cristianas en el preámbulo de la frustrada Constitución de Europa (2006), anda ahora en búsqueda de “rostros amazónicos” y en procura de un mundo de particulares.

Las gentes del Oriente de las luces y del Occidente de las leyes, las del Norte vikingo e industrializado como las del Sur de las civilizaciones materialmente empobrecidas, todas a una, eso sí, se han recogido y viven el Gran Frenazo causado por la pandemia. Se repliegan en sus “cuevas” y se miran en sus sombras obligadas por una cuarentena y su regla de “distanciamiento social” que no separa credos, religiones, confesiones, ideologías, sexos, tampoco “civilizaciones”, como cabe reiterarlo. Entre tanto, acicateados por la guerra migran por centenas de miles y bajo todo riesgo los ucranianos, como lo siguen haciendo sirios y venezolanos.

Una consideración de fondo nos hace Ferrajoli a manera de cierre de las reflexiones precedentes, a saber, que no es la hora de los pesimistas del realismo quienes afirman la inmovilidad monótona de un decurso de fatalidades, ni la de las miopías nacionales o generacionales. Cabe afirmar, entonces y una vez más, la validez teleológica del ideal kantiano de “los tiempos mejores”: dejando a quienes no lo compartan la carga de la prueba.

Ese ideal lo hicieron posible las reglas humanistas y humanitarias de la Carta de San Francisco en 1945, por más que las realidades hubiesen torcido su rumbo en los decenios sucesivos hasta volver a recrear un clima de impunidad en el mundo. Aquéllas podrían resolver hoy sobre la agresión de Rusia a Ucrania. Antes fueron esbozadas por el mismo Emer de Vattel (1714-1767) a contrapelo de la realidad histórica que le rodeaba y al construir teóricamente o describir normativamente las relaciones internacionales, “declinando” siempre a la luz de la idea de Humanidad que le tiene como pionero intelectual durante la modernidad: *“Sería un error igualmente funesto y grosero imaginar que todo deber cesa, que todo vínculo de humanidad se rompe, entre dos naciones que hacen la guerra”*, sostiene.

¿Acaso unidos, como lo predica Ferrajoli, por *“la exigencia universalista de la autoconservación”*? ¿Sólo posible, según lo dicta la experiencia y desde la perspectiva de la Justicia, bajo la noción de responsabilidad que predica el mismo Vattel, al fijar las bases del derecho internacional moderno?: *“Una nación debe preservar los derechos que le pertenecen: el sentido de su seguridad... no le permite sufrir de injurias [pero...] no le está permitido olvidar sus deberes para con las otras”* (Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Neuchatell, 1773, tome I), concluye el jurista y diplomático suizo. De donde ambas premisas quizás sirvan de guía primera para la construcción de una Era u Orden posible en el planeta, afincada sobre las ideas de la autoconservación del género humano y de la libertad responsable.

## 5. La cuestión ucraniana: dimensión sociológica e histórica

¿Qué saldo nos quedará, es la pregunta pertinente, de la guerra en curso de Rusia contra Ucrania –una nación “asociada” a la Unión Europea desde 2014, que deja incidencias alimentarias y energéticas a nivel mundial, y cuestiona el poder real actual de Estados Unidos– a fin de que tengamos una justa ponderación sobre su significado?

Ucrania es una unidad inestable de diversidades históricas, de mestizajes entre distintas culturas por sobre sus originarias, unas mirando hacia Occidente y otras al Oriente. Es y ha sido, ciertamente, un laboratorio de experimentación geopolítica desde sus más remotos días.

Así las cosas, puede volverse en la hora una oportunidad y el escenario en el que encuentra apropiado discernimiento la Era Nueva –pactada por rusos y chinos– o el Nuevo Orden Global que busca forjarse en medio de una tensión entre los nichos sociales en los que se ha fragmentado Occidente a partir de 1989, tras el derrumbe de la Cortina de Hierro.

En lo mediato, hasta el instante en que los ucranianos readquieren su independencia en 1991, su autodeterminación se ha vuelto ejercicio corajudo e inacabado de voluntades en choque, que aún sigue sin destino cierto.

En el siglo IX fue el país de los eslavos orientales, la nación más grande y poderosa de Europa hasta el siglo XII. Hogar de la primera democracia moderna fue dividida en el siglo XIX tras la Gran Guerra del Norte, la mayor parte se integró en el imperio ruso y el resto en el austrohúngaro (Fermín Agusti, *Cadena Ser*, 2014).

Llamada Ucrania “la puerta de Europa”, nuestro primer historiador habla de la llegada a ella de los escitas (*Los nueve libros de la historia de Herodoto de Halicarnaso*, Madrid, 1898), que sobre sus espacios los del sur de Rusia forman la Escitia en tiempos precristianos, hacia el siglo VIII a.C. Comercian con los griegos y persas y se nutren de sus savias hasta que entran en escena los eslavos. Estos, entre los siglos IX al XIII de la era cristiana establecen la Rus de Kyiv, tributaria de la catolicidad ortodoxa de Constantinopla y desde la que gobiernan los grandes príncipes o czares de Rusia entre el año 862 y 1157, cuando ocurre el cisma, que divide a la monarquía entre 1154 y 1240, una residente en Kiev, otra en Moscú.

Durante los siglos XVI al XVIII una parte de Ucrania pasa a ser dominada e integrada dentro de la Mancomunidad de las Dos Naciones que forman el Gran Ducado de Lituania y el Reino de Polonia, que a su vez reúne a la actual Polonia, la Ucrania Bielorrusa, Letonia, Estonia y la llamada Rusia occidental. Pero mirando entonces hacia oeste cultural los ucranianos, los cosacos –formaciones sociales multiculturales, descendientes de eslavos, y nómadas– forman después en sus tierras el Hetmanato, con sus costumbres y formas de autogobierno basadas en tradiciones militares. Y los tártaros –parte de los pueblos túrquicos– crean allí su propio estado, el Janato de Crimea, hoy “reconquistado” por la Rusia de Putin (<https://bit.ly/3qnrwOZM>).

En ese tiempo, entre 1648 y 1654 ocurre en los espacios ucranianos la célebre rebelión de Jmelnirski o la revolución de Chmielnicki, que junta alrededor del atamán de dicho nombre a cosacos de Zaporoshia, de la región de Dnieper, los tártaros de Crimea y ortodoxos contra la Mancomunidad, relajando sus controles polacos, de judíos y católicos romanos; ello, en búsqueda de crear un Estado cosaco autónomo que a su final sólo alcanza que las tierras cosacas pasen a control de los rusos, en lo que se conoce como El Diluvio. Polonia pierde así un tercio de su territorio (Perry Anderson, *El Estado absolutista*, Siglo XXI, Madrid, 2007). La mayoría de la población ucraniana se consideraba distinta de los lituanos y polacos que les gobernaban.

Desde entonces hasta el siglo XX, ese mosaico de realidades culturales que sincretizan las raíces de Occidente con la de Oriente, Ucrania, pasa a dividirse para formar parte de dos imperios, el austríaco o austrohúngaro y el ruso. Quisieron construir los ucranianos su propia nación entre 1917-1921 mediando la revolución bolchevique, a la que resisten unidos a los polacos. Mas al cabo, a diferencia de Polonia, que conserva su entidad, Ucrania se diluye dentro de la Unión Soviética, ofrenda 8 millones de víctimas durante la Segunda Gran Guerra, de los cuales 1,5 millones fueron judíos.

Es Ucrania, en suma, la víctima sufriende del Holodomor, El Gran Terror, del Holocausto, e incluso de la catástrofe de Chernóbil. Y es apenas en 1991, hace dos décadas, cuando les llega, como conjunto de diversidades, la posibilidad de construir un Estado unitario, libre y democrático, bajo la forma republicana. No les ha sido fácil.

Incluso, desde la perspectiva del Derecho internacional, que consagra el derecho a la libre determinación de los pueblos (Carta de la ONU y Resolución 2625/XXV de la Asamblea General), el respeto al Derecho de autodeterminación de los pueblos ha de conciliarse con el de la integridad territorial de las naciones, tal y como lo revela el Acta de Helsinki de 1975 y lo exige la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, al ponderar la necesidad de “*estabilidad para sobrevivir, desarrollarse y consolidar progresivamente la independencia*” del pueblo que se autodetermina (CIJ, *Différend frontalier Burkina vs. Mali*, Rec. 1986). “*Estos derechos deben ejercerse respetando los legítimos intereses de la comunidad en su conjunto, y no pueden servir de pretexto para atentar contra la integridad territorial y la unidad política del Estado*”, refiere por su parte la Carta de Argel de 1976 (*Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos*, artículo 21), dejando como predicado, al respecto, la necesidad de la consulta popular al conjunto.

Tras los gobiernos independientes de Kravchuk (1991-1994) y Cuchma (1994-2005), a los que siguen la Revolución Naranja que denuncia un fraude electoral en la controversia por la presidencia entre Viktor Yuschenko (2005-2010) que al término se impone a Viktor Yanukóvich, un pro-ruso dirigente del Partido de las Regiones que le sucederá (2010-2014), amenazado este por la Revolución de la Dignidad o Euromaidán, europeísta y nacionalista, encuentra Putin el hito o argumento para sacar el hacha de la guerra. El parlamento había votado por la destitución de Yanukóvich quien huye de Kiev, a cuyo efecto, en violación flagrante del Derecho internacional Rusia anexa a

Crimea y propicia otra vez la fragmentación del país, como lo hiciese la Rusia imperial.

El derecho internacional afirma que *“el territorio de un Estado no será objeto de adquisición por otro Estado derivada de la amenaza o el uso de la fuerza”*. La ONU no ha sido capaz de garantizárselo a los ucranianos, desde 2013. Se ha vuelto sal y agua. La guerra sigue allí, mientras se eleva la dignidad de los ucranianos que resisten. Eso sí, los partes de guerra nutren a las agencias internacionales dividiendo sus narrativas entre Oriente y Occidente, sin que los diálogos ofrezcan esperanza cierta e inmediata. Vivimos, reitero, un *“quiebre epocal”*. Sin duda alguna afectará a toda la Humanidad.

### **6. La dimensión normativa y su insuficiencia**

¿Ha podido cumplir su cometido el Derecho internacional en cuanto a prevenir y conjurar el uso de la fuerza, o bien exigir las responsabilidades, sea la del Estado declarado agresor como lo es Rusia, sea la de quienes, dentro de este, en lo individual, se encuentran comprometidos dentro del ámbito de lo internacional penal por crímenes de guerra y de lesa humanidad? ¿O, cuando menos, los mecanismos de cooperación que facilitan crear progresivamente las condiciones para que la seguridad colectiva se pueda realizar como propósito o amortiguar las tensiones y conflictos de carácter internacional, ha servido de algo?

El conflicto –siempre latente por sus antecedentes históricos y remotos– emergen como lava de volcán a partir de 2013. Yanukovich suspendió, a pedido ruso, la firma del acuerdo de asociación de Ucrania con la Unión Europea; luego de lo cual se enciende el este ucraniano y da lugar a la Revolución Naranja mencionada. Miles de manifestantes toman las calles de Kíev y fuerzas todavía bajo el mando de dicho gobernante asesinan a 100 personas. El caldo de cultivo le servirá a militares y agentes del Kremlin camuflados para invadir a Crimea y forzar su anexión a la Federación en 2014.

Ese año se firma el llamado Protocolo o Acuerdo de Minsk que no alcanza a frenar el desangramiento de la guerra, e interviniendo en la cuestión el Cuarteto de Normandía (Francia, Alemania, Ucrania y Rusia) se adoptan medidas para aplicar los acuerdos incumplidos, ahora conocidos como el Acuerdo Minsk II.

El Acuerdo de Minsk elaborado por el Grupo de Contacto Trilateral sobre Ucrania, creado después de la elección del presidente Petró Poroshenko (2014-2019) para encontrar una solución diplomática a la guerra en la región de Donbass –poner un punto final al conflicto entre separatistas prorrusos y combatientes ucranianos– e integrado por Ucrania, la Federación de Rusia y representantes de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) al que se suman, por pedido de Rusia, una representación de los separatistas ucranianos, es adoptado el 5 de septiembre. Su contexto es la igual expansión de los disturbios en las partes sur y este de Ucrania, como consecuencia de la Euromaidán.



Los jefes de Estado reunidos en Normandía con ocasión del 70° aniversario del Día D o Grupo de Normandía señalado lo auspician, para reducir la tensión entre Ucrania y Rusia y alcanzan a celebrar varias reuniones –una en Kiev, las otras en Donetsk, sucesivamente en Minsk– cuyo resultado fue la adopción de doce puntos anunciados por el presidente ucraniano<sup>1</sup>.

El Protocolo de Minsk violentado de inmediato, al no producirse el cese cabal de fuego, agrega el 19-09-2014 un Memorándum Suplementario para resolver: **(i)** Prohibir vuelos de aviones de combate sobre la zona de seguridad; **(ii)** Retirar a todos los mercenarios extranjeros de la zona de conflicto; **(iii)** Prohibir las operaciones ofensivas; **(iv)** Tirar el armamento pesado 15 kilómetros (9,3 millas) hacia atrás a cada lado de la línea de contacto, creando una zona de amortiguación de 30 kilómetros (19 millas); **(v)** Encargar a la Misión Especial de Supervisión de la OSCE en Ucrania que supervise la aplicación del Protocolo de Minsk.

Así las cosas, ya en enero de 2015 había fracasado totalmente el alto al fuego, luego de que las fuerzas de la autoproclamada República Popular de Donetsk (RPD), recientemente reconocida por Putin junto a la igualmente autoproclamada República Popular de Lugansk (RPL), tomase el aeropuerto internacional de su región. El 12 de febrero, para poner término a los combates que tienen lugar en ambas, en Donbas como se conoce el sitio que las reúne, el Grupo de Normandía propicia el ya citado Acuerdo de Minsk II con medidas adicionales a ser supervisadas por la OSCE, pero que ningún efecto tampoco alcanzan.

El nuevo consenso estableció un nuevo cese al fuego inmediato y bilateral, el retiro de todo el armamento pesado de ambos bandos, una hoja de ruta para llevar a cabo elecciones locales y la amnistía de los dirigentes involucrados en el conflicto ... Sus términos también establecían la liberación de rehenes y personas detenidas ilegalmente y una reforma constitucional en Ucrania con la adopción de una nueva Carta Magna para fines de 2015, [otorgándoles mayor autonomía a las regiones en conflicto y así asegurar su frontera ante Rusia, rezan las crónicas] (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-60481414>).

---

<sup>1</sup> 1. Asegurar un alto el fuego bilateral inmediato. 2. Asegurar el seguimiento y verificación del alto el fuego por parte de la OSCE. 3. Descentralización del poder, incluso mediante la aprobación de la ley ucraniana "Sobre la orden temporal de autogobierno local en distritos particulares de las provincias de Donetsk y Lugansk". 4. Garantizar el seguimiento permanente de la frontera entre Ucrania y Rusia y la verificación por parte de la OSCE con la creación de zonas de seguridad en las regiones fronterizas de Ucrania y la Federación de Rusia. 5. Liberación inmediata de todos los rehenes y personas detenidas ilegalmente. 6. Una ley que impida el enjuiciamiento y el castigo de personas en relación con los hechos que han tenido lugar en algunas zonas de las provincias de Donetsk y Lugansk. 7. Continuar el diálogo nacional inclusivo. 8. Tomar medidas para mejorar la situación humanitaria en Donbas. 9. Asegurar elecciones locales anticipadas de acuerdo con la ley ucraniana "Sobre la orden temporal de autogobierno local en distritos particulares de las provincias de Donetsk y Lugansk". 10. Retirar a los grupos armados ilegales y el equipo militar, así como a los combatientes y mercenarios del territorio de Ucrania. 11. Adoptar un programa de recuperación económica y reconstrucción para la región de Donbas. 12. Brindar seguridad personal a los participantes en las consultas.

Criticado por *“frágil y complicado”* y visto que la propia Rusia, negando su participación en la guerra y de suyo diciéndose imposibilitada de garantizar el alto al fuego, sobre todo en el sitio de los combates más cruentos, a saber, en Debaltseve, en realidad había retrasado por días el mismo cese y apoyado con sus fuerzas a las separatistas que buscaban la retirada del ejército ucraniano ([https://hmong.es/wiki/Minsk\\_II](https://hmong.es/wiki/Minsk_II)).

Luego, reunidos más tarde en París, en 2019, los integrantes del Cuarteto propician otro acuerdo de cese del fuego sobre Ucrania y retirar las fuerzas militares rusas y las irregulares ucranianas que estas han respaldado. Pero no hubo entendimiento sobre la cuestión de las elecciones en las regiones ucranianas controladas por separatistas y la aprobación del estatuto que Rusia pide para la región de Donbas. No obstante, habiendo llegado al poder el actual presidente Zelenski, logra convencer a Putin de retomar el camino de la paz y entregan los separatistas a 200 prisioneros (cit. G. Pereira).

Las violaciones al cese de fuego han seguido sin solución de continuidad, por lo que el 18-02-2020 cinco miembros del Consejo de Seguridad de la ONU sólo llegan a lamentarse: Bélgica, Estonia, Francia, Alemania, y Polonia. La Unión y el Parlamento Europeos, a todas estas, respaldando al Cuarteto defienden sistemáticamente la integridad territorial de Ucrania y señalan al Kremlin como el primer responsable de que los Acuerdos de Minsk no cumplieren sus propósitos. Putin mismo, antes de reconocer su reconocimiento a las repúblicas separatistas, afirma que tales acuerdos estaban muertos.

Europa de conjunto y Naciones Unidas, situadas al principio y al final de los hechos señalados no han obtenido ningún resultado, a pesar de las construcciones normativas que le imponen a Rusia y obligan a su cumplimiento con apego al principio de la buena fe.

### **7. Las resoluciones de la ONU 2014-2021**

El Parlamento Europeo, al tener noticias en 2014 de la invasión de Rusia a Ucrania para ocupar a Crimea mientras su parlamento, el de Crimea, iniciaba el procedimiento para adherirse a Rusia, se expidió el 11 de marzo condenando *“la violación por parte de Rusia de la soberanía e integridad territorial de Ucrania”*; pidiéndole a Francia suspender su venta de buques de asalto a Rusia; exigiéndole a su presidente *“que suspenda todas las relaciones políticas [del europarlamento] con la Duma estatal de Rusia y el Consejo de la Federación”*; lo que es más importante:

...recuerda que los Estados Unidos de América, la Federación de Rusia y el Reino Unido garantizaron las actuales fronteras de Ucrania en el Memorando de Budapest sobre garantías de seguridad cuando Ucrania renunció a su armamento nuclear y se adhirió al Tratado de No Proliferación de las Armas Nucleares (TNP).

E insiste el Parlamento, en su resolución, que *“en virtud del artículo 73 de la Constitución de Ucrania, cualquier alteración del territorio de Ucrania*

*deberá resolverse exclusivamente mediante la organización de un referéndum en toda Ucrania*” (Parlamento Europeo, B7-0263/2014); lo que es consistente con las previsiones internacionales sobre autodeterminación.

Llegado el 27 de marzo, la Asamblea General de la ONU aprueba su resolución 68/262 sobre la integridad territorial de Ucrania, con lo que una transacción sobre lo logrado por Rusia a propósito de su larga guerra fracturaría no sólo al Derecho internacional sino a los mismos fundamentos de las Naciones Unidas.

En el texto de esta se recuerda la vigencia del artículo 2 de la Carta de San Francisco que proscribe el uso de la fuerza y se vuelve sobre la señalada resolución 2625/XXV que impide las adquisiciones territoriales mediante esta; por lo que condena todo intento de quebrantar *“la unidad nacional y la integridad territorial de un Estado”* –en el caso Ucrania– por ser ello incompatible con los propósitos y principios del orden mundial establecido en 1945 a raíz de la señalada Carta.

Seguidamente aprobó distintas resoluciones sobre el “problema de la militarización de la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol (Ucrania), así como partes del mar Negro y el mar de Azov” (Resolución 73/194 de 17-12-2018, Resolución 74/17 de 09-12-2019, Resolución 75/29 de 07-12-2020 y Resolución 76/70 de 09-12-2021), y otras tantas sobre los derechos humanos en Crimea y Sebastopol.

En 2018 la ONU condena *“la persistente ocupación temporal por la Federación de Rusia de parte del territorio de Ucrania, a saber, la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol”*, haciendo presente el Memorando de Budapest violado por Rusia y a cuyo tenor *“se reafirmaba el compromiso de respetar la independencia y soberanía y las fronteras existentes de Ucrania”*. En 2019, expresa estar preocupada *“porque la Federación de Rusia no ha aplicado las disposiciones”* de sus resoluciones, incluida la relacionada con la integridad territorial de Ucrania. Y destaca que Rusia busca *“extender su jurisdicción a las instalaciones y los materiales nucleares ubicados en Crimea”*, señalando que *“la toma de Crimea por la fuerza es ilegal y constituye una violación del Derecho internacional”*. Evita, sin embargo, tipificarla de agresión.

En 2020, invoca ante los hechos:

...el Acta Final de Helsinki de 1975, que así como proscribe el uso de la fuerza declara *“inviolables”* todas las fronteras europeas y demanda de sus Estados parte abstenerse *“de toda exigencia o de todo acto encaminado a apoderarse y usurpar todo o parte del territorio de cualquier Estado participante”*.

Y, a la vez que afirma que constituye una amenaza para la seguridad regional y mundial la incautación ilegal por Rusia *“de las antiguas zonas de almacenamiento de armas nucleares en Crimea”* reconoce que el resultado del comportamiento ruso es *“el deterioro de la estructura internacional de seguridad y control de armamentos”*.

En 2021, volviendo sobre el Acta de Helsinki, adoptada por la Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación de Europa junto a los principios que

esta dicta para que rijan *“las relaciones entre los Estados participantes”*, recuerda los efectos vinculantes del Acuerdo entre Ucrania y el Organismo Internacional de Energía Atómica para la Aplicación de Salvaguardias en relación con el Tratado sobre la No Proliferación de Armas Nucleares y su Protocolo Adicional. Se trata de los relacionados con la aceptación por aquella de salvaguardias para que:

...los materiales básicos o materiales fisiónables especiales en todas las actividades nucleares con fines pacíficos realizadas en el territorio de Ucrania, bajo su jurisdicción, o efectuadas bajo su control en cualquier lugar, a efectos únicamente de verificar que dichos materiales no se desvían hacia armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos (Viena, 21-09-1995).

Hace presente, en suma y es lo novedoso, la existencia de la Plataforma Internacional de Crimea o Plataforma de Crimea, como iniciativa diplomática del presidente Zelenski, consistente en un mecanismo internacional que permita restablecer las relaciones con Rusia y hacer efectivo el decreto dictado por este *“sobre determinadas medidas destinadas a la desocupación y reintegración del territorio temporalmente ocupado de la República Autónoma de Crimea y la ciudad de Sebastopol”*.

En la sucesión de sus predicados o recomendaciones, es decir, mandatos que han de ser acatados y cumplidos por el o los Estados parte destinatarios, la Asamblea General de la ONU *“destaca que la presencia de tropas rusas en Crimea es contraria a la soberanía ... de Ucrania”*. Al hilo, insta a la Federación Rusa, *“en su calidad de potencia ocupante, a que retire sus fuerzas militares de Crimea y ponga fin sin demora a su ocupación temporal del territorio de Ucrania”* (2018); exhorta a los Estados miembros para que cooperen al efecto (2019); hace constar su preocupación y su condena *“por el peligroso aumento de las tensiones y el uso injustificado de la fuerza por parte de la Federación de Rusia contra Ucrania en el mar Negro y en el mar de Azov”*, requiriéndole *“en su calidad de Potencia ocupante, a que retire sus fuerzas militares de Crimea de inmediato, por completo y sin condiciones y ponga fin sin demora a su ocupación temporal de territorio de Ucrania”*. Además, la exhorta una vez más *“a que se abstenga de intentar extender su jurisdicción a las instalaciones y los materiales nucleares ubicados en Crimea”* (2020).

En vísperas de lo que, ahora sí, calificará abiertamente como acto de agresión en 2022, Naciones Unidas, concluyendo el año precedente deja traslucir, en las recomendaciones de su resolución, por una parte, la tendencia hacia la estabilización de la ocupación y, por la otra, el trasvase progresivo de un conflicto que insistía en confinarse tras los muros europeos a otro, cuyas incidencias van a sentirse a nivel mundial. Así, exhorta a la Federación Rusa *“a que colabore de forma constructiva con los mecanismos de fomento de la confianza y la seguridad y de reducción del riesgo a fin de mejorar la transparencia con respecto a sus actividades militares regulares en Crimea”*, demandándole *“se abstenga de realizar [allí] actividades ilícitas”*, como *“la obstaculización y el bloqueo de la navegación de buques comerciales en dirección a los puertos ucranianos y procedentes de ellos y de buques gubernamentales de diferentes pabellones”*. De modo particular, *“expresa su preo-*

*cupación además por el despliegue de fuerzas militares y de seguridad de la Federación de Rusia para la protección de plataformas petrolíferas ubicadas en aguas del mar Negro que son de propiedad ucraniana” (2021).*

## **8. La parálisis del Consejo de Seguridad y el regreso a la Unión Pro-Paz**

La presencia cierta de un *casus belli* como el que ilustran los antecedentes previos y que compromete la paz y seguridad internacionales, sólo es admitida por Naciones Unidas cuando, fracasada la actuación del Consejo de Seguridad y referida la cuestión a la Asamblea General para que en una sesión de emergencia aborde el asunto ruso-ucraniano y resuelva lo pertinente, se ve en la necesidad imperiosa de invocar la Resolución Unión Pro Paz 377 (V) de 03-11-1950.

El Consejo de Seguridad, convocado para su sesión del 25-02-2022 a las 17:00 horas, se dispuso a considerar una carta –lo confirma el Orden del Día Provisional (S/Agenda/8979)– dirigida a su entonces presidenta el 28-02-2014 por el embajador ucraniano Yuriy Sergeyev: *“Debido al deterioro de la situación imperante en la República Autónoma de Crimea (Ucrania), que amenaza la integridad territorial de Ucrania, y cumpliendo la instrucción pertinente de mi gobierno, tengo el honor de solicitar una reunión urgente del Consejo de Seguridad”*, reza su aleccionador texto, revelador de una grave omisión internacional. Se trataba de una agresión por etapas y consumada, que venía desde ese tiempo y los órganos de la ONU habían evitado tratarla con la eficacia que demandaba. Pedirles a los miembros del órgano encargado de sostener la seguridad colectiva a tenor del Capítulo VII de la Carta de San Francisco que se reuniesen, para considerar el texto enviado al mismo ocho años atrás, los dejó al desnudo. Narra la información dada ese día por Naciones Unidas:

El veto de la Federación de Rusia ha impedido este viernes aprobar una resolución del Consejo de Seguridad que condenaba la ofensiva que el presidente Vladimir Putin ha lanzado sobre Ucrania y que contó con el voto a favor de 11 de los 15 miembros del Consejo de Seguridad, y tres abstenciones. El documento pedía a la Federación de Rusia “el cese inmediato del uso de la fuerza contra Ucrania y que se abstuviera de toda nueva amenaza o uso ilegal de la fuerza contra cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas”. También exigía que Rusia retirase inmediata, total e incondicionalmente todas sus fuerzas militares del territorio de Ucrania dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas, y reafirmaba el compromiso del Consejo de Seguridad con la soberanía, la independencia, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras internacionalmente reconocidas.

La decisión que se intentara aprobar y le permitía al Consejo *“tomar las medidas necesarias para restablecer la paz y la seguridad, incluido el uso de la fuerza militar”*, logró el voto de 11 de sus miembros, absteniéndose China, India y Emiratos Árabes Unidos, votando en su contra Rusia. Quedaba, así, vetada. *“Las Naciones Unidas nacieron de la guerra para acabar con la guerra. Hoy ese objetivo no se ha conseguido”*, declara sin más Antonio Guterres, su secretario general (Noticias ONU, 25-02-2022).

Lo cierto es que el jueves 24, el día anterior a la sesión convocada, como lo reseña Austin Ramsy (*The New York Times*):

Luego de meses de acumulación de tropas y tanques, de sombrías advertencias de violencia y de ambiguas garantías de paz, así como de esfuerzos diplomáticos en Washington, los pasillos de Naciones Unidas y las capitales de Europa, la invasión de Rusia a Ucrania comenzó temprano..., con ataques de artillería y misiles dirigidos a varias ciudades importantes, entre ellas la capital, Kiev, y decenas de muertos.

*“Rusia bombardeó más de una docena de ciudades y pueblos. Los misiles alcanzaron objetivos en Dnipro, Járkov y otras ciudades, dijeron funcionarios ucranianos. Se registraron explosiones en Kiev, incluso en el aeropuerto de la capital”,* explica la crónica citada, sin que la ONU paralizada por el veto del agresor pudiese hacer absolutamente nada.

Mediante un mecanismo de procedimiento, que este no podía impedir, *“teniendo en cuenta que la falta de unanimidad entre sus miembros permanentes”* le impedía *“ejercer su responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales”*, el Consejo de Seguridad opta por convocar a la Asamblea General para que examine en *“período extraordinario de sesiones de emergencia”* –grave paradoja– la carta ucraniana de 2014 (Resolución S/RES/2623 del 27-02-2022). La guerra era un hecho. Pero se trataba también de su etapa más cruenta tras casi nueve años, sin que nadie pudiese detenerla.

La Asamblea General, bajo propuesta de 94 Estados parte adoptó su resolución A/ES-11/L.1 de 01-03-2022 titulada Agresión contra Ucrania, contando con 140 de los 192 Estados parte de la ONU. Cinco países la rechazaron de manera abierta: Rusia, Siria, Eritrea, Bielorrusia y Corea del Norte. Y lo que resultaba otra vez paradójico es el intento ruso de hacer aprobar una *“resolución humanitaria”* sobre la cuestión en el Consejo de Seguridad, ampliamente rechazada, sólo acompañada por China.

La resolución de la Asamblea hace presente, justamente, las razones de su pronunciamiento: *“la falta de unanimidad entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad”*. Por lo que es de recordar que dada tal hipótesis, por vía de interpretación, otra vez ocurre una extensión en las competencias estatutarias de la Asamblea General para debatir y pronunciarse sobre las cuestiones que pongan en peligro la paz y la seguridad internacional, innovándose, mediante una exégesis teleológica, en el texto de la Carta de San Francisco con fundamento en la célebre Resolución Unión Pro-Paz de 03-11-1950.

Respecto de esta importa referir que nace bajo otra circunstancia bélica que paraliza al Consejo de Seguridad, como lo fuera la agresión de Corea del Norte a Corea del Sur, a la sazón estimulada como ahora por una alianza previa entre Rusia y China en el año 1949. Los hechos fueron estos, como los explica J.J. Bravo Vergara (*“La relación sino-rusa desde una perspectiva histórica”*, México y la Cuenca del Pacífico, vol. 8, núm. 26, 2005, pp. 152-165, Universidad de Guadalajara):

A mediados de 1949, cuando los comunistas aún no controlaban la totalidad de la China continental, Mao Tse Tung definió la postura internacional del nuevo régimen de alineación a la Unión Soviética y el bloque de países que ésta lideraba; ello determinó la enemistad con Estados Unidos y lo que definían como imperialismo capitalista. Para 1950 el líder norcoreano, Kim Il Sung, lanzó un ataque a la parte sur de Corea con el afán de controlar toda la península e instaurar un régimen de tipo comunista, siendo apoyado de manera informal por Joseph Stalin al tiempo que recibió el visto bueno de Mao Zedong. No obstante, las primeras victorias norcoreanas fueron opacadas casi de inmediato por una potente contraofensiva estadounidense que, bajo la bandera de Naciones Unidas, logró alcanzar las márgenes del río Yalú —en la frontera con Manchuria— pese a las advertencias de China.

Tal alianza, acaso similar a la que ahora nace con el pacto de Beijing del pasado febrero, hizo lugar al Tratado de Amistad, Alianza y Asistencia Mutua entre ambas potencias, que suscribe Mao con la URSS en 1950 y marca un trecho de sus relaciones que duran aproximadamente una década, hasta que se rompen desde inicios de los años '60.

Lo relevante es que la cuestión de Corea pudo ser abordada mediante la actuación de la Asamblea General de la ONU, que en su momento resuelve jurídicamente con su dispositivo 1 del apartado A en la célebre Resolución 377 (V):

Si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario... De no estar a la sazón reunida la Asamblea General puede reunirse en período extraordinario de sesiones de emergencia.

Dichas medidas militares pueden desbordar, incluso, las previstas en el Capítulo VII de la Carta bajo control del Consejo de Seguridad y, al efecto, como ejemplo, invitar al Secretario General de la ONU a que estudie la conformación de una "fuerza internacional" *ad hoc*, distinta de las ordinarias previstas por el artículo 43 de la Carta de San Francisco, tal y como lo indica la Resolución 503 (VI) de la ONU, de 12-01-1952 ("Métodos que podrían emplearse para mantener y fortalecer la paz y la seguridad internacionales conforme a los Propósitos y Principios de la Carta").

A tenor de la doctrina (v.gr. Quoq Dinh, cit.) la Resolución Unión Pro-Paz llamada Acheson por su impulsor, el secretario de Estado norteamericano Dean Acheson, "*se encuentra en indiscutible contradicción con el texto de la Carta de San Francisco y de manera flagrante con su artículo 12*". Mas es lo cierto que la interpretación que la hizo posible apuntó a la columna vertebral del Sistema de Naciones Unidas, a saber, se resolvió con fundamento en su propósito y finalidad, con apoyo en lo dogmático y subordinando lo orgánico tal y como lo explica el documento señalado de la Asamblea General:

...el hecho de que el Consejo de Seguridad no cumpla con las responsabilidades que le incumben en nombre de todos los Estados Miembros, ... no exime a los Estados Miembros de la obligación que les impone la Carta, ni a las Nacio-

nes Unidas de la responsabilidad que tienen en virtud de la misma, de mantener la paz y seguridad internacionales...[.] dicho incumplimiento no priva a la Asamblea General de los derechos que tiene en virtud de la Carta.

Se trató, al cabo, de una decisión que, si bien es revolucionaria en lo jurídico, no obstante, es consistente con el fundamento del orden internacional que se establece en 1945 y obliga a conjugar sus cuestiones según la regla *pro homine et libertatis*.

Así fue posible que la ONU, ante la parálisis del Consejo de Seguridad y con base en la Resolución 377 (V), igualmente proveyese en los casos de las intervenciones militares de Egipto y de Hungría en 1956, del Líbano en 1958, en el conflicto indo-paquistaní de 1971, en Jordania y en Afganistán en 1980, en Namibia en 1981, en Bosnia-Herzegovina en 1992 (Cfr. Quoq Dinh, cit.).

¿Qué alcances, entonces, ofrece esta vez y a propósito de la agresión rusa a Ucrania, la aplicación de esta vía extraordinaria por parte de la Asamblea General?

Su resolución es prudente, cabe decirlo sin ambages. Encuentra como contexto uno susceptible de fracturar en sus bases al orden internacional mundial en vigor o llamado a su reconversión. Lo novedoso es que fija parámetros que considera irrenunciables, si bien puede dudarse sea de su efectividad para la reintegración del Derecho internacional afectado por la deconstrucción global en curso, sea para facilitar, cuando menos, el retorno a un *statu quo ex ante* cuyos resultados ha tirado por la borda el acto de agresión rusa.

La proscripción del uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado (artículo 2,2 de la Carta de San Francisco) o para la adquisición por la fuerza del territorio de otro Estado (Resolución 2625/XXV del 24-10-1970), como la tipificación de agresión (Resolución 3314 XXIX del 14-12-1974) al uso de la fuerza armada por un Estado con los propósitos señalados, es la premisa mayor negativa que le da su fundamento a la resolución adoptada por la Asamblea General.

Extrañamente, la otra premisa que se deriva de las anteriores y en lo concreto, repetida en todas las resoluciones de dicha Asamblea sobre “el problema de la militarización” en Ucrania por Rusia, a saber, en la que la ONU afirma, con apoyo en las mismas premisas anteriores, “*su determinación de preservar la soberanía, la independencia política, la unidad e integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente*”, es omitida esta vez en sus considerandos. ¿Por qué?, cabe preguntarlo por pertinente. El caso es que la asume luego, aquí sí, como el primer predicado o consecuencia de la misma resolución: “*Reafirma su compromiso con ... la integridad territorial de Ucrania*”.

Seguidamente, condenando la llamada “operación militar especial” por Rusia en Ucrania, de 24-02-2022 y reconociendo que siendo ella “*de una magnitud que la comunidad internacional no ha visto en Europa*” y conscientemente, por lo mismo, que se requiere de su “acción urgente” para salvar a esta



generación del flagelo de la guerra, en sus considerandos, persuadida de los graves daños a la vida e integridad personal de la población civil ucraniana, la ONU ancla su argumentación para decidir en otra premisa mayor positiva, que condicionará como corolario a las recomendaciones varias que dirige a sus destinatarios: el *“mantener y fortalecer la paz internacional [se basa] en la libertad, la igualdad, la justicia y el respeto a los derechos humanos”*, fomentando *“las relaciones de amistad entre las naciones, independientemente de las diferencias existentes entre sus sistemas políticos”*.

Así las cosas, si bien la Asamblea General califica lo ocurrido como *“la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania, en contravención del artículo 2, párrafo 4, de la Carta”*, a cuyo efecto pide de aquella *“retire, de inmediato, por completo y sin condiciones todas sus fuerzas militares”* y que revierta su decisión de 21-02-2022, previa a la guerra, *“relativa al estatuto de determinadas zonas de las regiones ucranianas de Donetsk y Luhansk”* a las que reconoce la misma Rusia como repúblicas populares independientes con afectación de la integridad territorial ucraniana, al término sólo ofrece como vía de solución que Rusia y Ucrania cumplan con los Acuerdos de Minsk.

Sin dejar de condenar *“las violaciones del derecho internacional humanitario y abusos de los derechos humanos”*, la ONU, otra vez dirigiéndose a ambas partes como en su momento lo hizo la Corte Internacional de Justicia, a la agresora y a la agredida, les pide *“no causar daños a la población civil”* y resolver el conflicto de manera pacífica *“mediante el diálogo político, las negociaciones, la mediación y otros medios pacíficos”*.

¿Qué significa, entonces, cumplir con los Acuerdos de Minsk a la luz de los hechos más graves sobrevenidos con la agresión de Rusia una vez tipificada como tal por la ONU? Al respecto hemos abundado de modo general y sabemos que estos tienen como propósito, desde 2014, poner fin a la guerra en el Este de Ucrania. En lo particular, dichos acuerdos, que buscan dirimir la cuestión entre separatistas rusos y fuerzas ucranianas y la han situado dentro de un ámbito netamente europeo regimentado, al efecto, por el llamado Cuarteto de Normandía, parten del hecho desencadenante, a saber, la aneación de Crimea y la ciudad de Sebastopol por Rusia.

¿Los supuestos normativos a los que ha de responder o con los que se han de describir el acto de agresión de portada global –tras una entente geopolítica sino-rusa– cristalizado en 2022 y la determinación de sus consecuencias, pueden retrotraerse o mirarse adecuadamente en las descripciones normativas de un uso de fuerza localizado y fronterizo, que da lugar al Protocolo de Minsk, sin las connotaciones geopolíticas y de poder nuclear ahora abiertamente involucradas, sustentadas en los pactos de Beijing? ¿Presenciamos –eso presumimos– un escapismo de la realidad por parte de la ONU o acaso sólo busca ser consciente de sus limitaciones, que ya no se reducen a la parálisis del Consejo de Seguridad?

Son situaciones, por lo visto, que no encuentran aún respuesta adecuada y las desborda lo peor, la ocurrencia ahora de un probable genocidio en Bucha –localidad de Kiev– a manos de tropas de la Federación de Rusia, al

punto que la ha llevado a su expulsión del Consejo de Derechos Humanos (Noticias ONU, 04-04-2022).

## 9. La Corte de La Haya en equilibrio crítico

Una de las incidencias de la guerra que Rusia le hace a Ucrania desde 2013 y se agrava desde febrero pasado, tras el señalamiento por aquella de que esta sería la responsable de un genocidio en su propio territorio que obligó a la primera a una “operación militar especial” de protección –el acto de agresión que ha condenado la ONU– está siendo debatida por la Corte Internacional de Justicia. De su Estatuto son Estados parte la misma Ucrania como la Federación de Rusia. Es una cuestión que tensiona, una vez más, la efectividad y de suyo el respeto por el Derecho internacional en el mundo contemporáneo.

La instancia la realiza Ucrania ante la Corte el 26-02-2022 a fin de que resuelva sobre su “diferendo” con Rusia relacionado con la *“interpretación, aplicación y ejecución de la Convención de 1948 sobre Prevención y Represión del Crimen de Genocidio”*. Rusia, en efecto, la señala –intentando justificar su guerra como un ejercicio de protección– de estar cometiendo un genocidio en los óblast [organización territorial ucraniana] de Louhansk y Donetsk.

Ucrania le ha pedido a la Corte de La Haya dicte medidas de seguridad y garantías de no repetición de lo que considera una “medida ilícita” o respuesta rusa contraria al Derecho internacional, bajo un falso supuesto de genocidio. Y le requiere que, a tenor del artículo 74, numeral 1 de su Reglamento provea medidas provisionales con “prioridad” a los otros asuntos.

En su ordenanza de 16-03-2022, luego de distintas consideraciones preliminares, la Corte resuelve sobre la incompetencia que para conocer y decidir le atribuye la Federación de Rusia advirtiéndole que no participaría, por ende, en el procedimiento oral. Pero esta le responde que *“su no participación en ningún caso afecta la validez de la decisión”* que deba tomar, invocando su precedente en el Caso *Guyana vs. Venezuela* (CIJ, *Recueil* 2020, p. 464, párr. 26).

Seguidamente analiza sobre si Rusia puede o no desplegar unilateralmente, como lo hizo, una acción militar arguyendo la existencia de un genocidio en curso dentro de Ucrania. Y concluye que, si bien la Convención sobre Genocidio obliga a sus Estados parte a prevenir y sancionar dicho crimen internacional, su artículo I no discierne, en primer lugar, sobre los tipos de medidas que pueden adoptarse y, en segundo lugar, que el cumplimiento de buena fe de esa obligación no lo puede hacer ningún Estado prescindiendo de los demás partes en la misma Convención.

Por ende, lo que correspondía según la Corte y según el artículo VIII, para el supuesto de que Rusia tuviese razón, era movilizar a los órganos competentes de Naciones Unidas o que Rusia sometiese la cuestión ante ella misma, la Corte Internacional de Justicia, de conformidad al artículo IX.

Aclaran los jueces, no obstante, sin prejuzgar sobre el fondo, que no tienen a mano ninguna prueba allegada por la Federación de Rusia sobre la existencia de un genocidio en curso dentro de Ucrania.

En suma, los jueces de La Haya señalan, en fin, haber encontrado un vínculo entre el derecho de Ucrania que considera “plausible” y las medidas conservatorias que esta ha pedido; encontrándose, dada la situación misma de la guerra iniciada por la Federación de Rusia, probados los extremos de un riesgo de perjuicio irreparable y de urgencia, sin los cuales mal podría acordarlas. Se apoya para esto en el conocimiento que ya tiene de la Resolución de la Asamblea General de la ONU citada, la A/RES/ES-11/1 de 02-03-2022, adoptada por la Agresión contra Ucrania y en virtud de la Resolución Unión Pro-Paz.

Hace prevalecer su competencia, a la vez, para acordar otras medidas distintas, conforme al parágrafo 2 del artículo 75 de su Reglamento. Por consiguiente, mientras conoce y decide sobre el fondo de la demanda ha ordenado la “suspensión de las operaciones militares iniciadas el 24 de febrero de 2022” por la Federación de Rusia sobre territorio ucraniano y su obligación de “velar porque sus unidades militares o las unidades irregulares armadas que estas han apoyado” en modo alguno “cometa actos tendientes a la prosecución de tales operaciones militares”; medida aprobada por 13 jueces y rechazada por dos. Y que, “las dos partes [Ucrania y Rusia] se deben abstener de todo acto que arriesgue agravar o expanda el diferendo que debe decidir la Corte o cuya solución la hagan más difícil”; medida aprobada por unanimidad.

La Corte se negó de plano a la otra medida que le solicitase Ucrania, a saber, que la Federación de Rusia diese cuenta periódica del cumplimiento de las medidas provisionales acordadas y ordenadas. Cabe, entonces, la pregunta que preocupa: ¿Acaso teme que el incumplimiento de estas medidas comprometa, en la especie, su autoridad como órgano de la justicia internacional? ¿Busca mantener su equilibrio y la neutralidad entre las partes, para no ver comprometida su imparcialidad necesaria de cara a la cuestión principal que deberá decidir?

El asunto de Ucrania y su destino judicial debe mantener atentos a los gobiernos de los Estados parte de la ONU, sobre todo quienes reflexionan sobre el Nuevo Orden, pues los antecedentes no abonan a favor de la CIJ.

El 08-04-1993, en otro caso, exigiéndole a Serbia “adoptar de inmediato todas las medidas a su alcance para evitar que se cometa un crimen de genocidio en Bosnia y Herzegovina”, ningún efecto surtió su mandato. Las consecuencias están a la vista.

Transcurrirían catorce años –lo refiere bien el embajador venezolano Diego Arria, quien fue presidente del Consejo de Seguridad– hasta el 26-02-2007, cuando la Corte opta por afirmar que “Serbia no cometió, conspiró ni fue cómplice de órganos o personas a su servicio en la comisión del delito de genocidio alegado por el demandante”, a saber, el gobierno bosnio. Hubo un genocidio, sí, pero sin responsable estatal. Algo insólito.

El Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, no obstante, luego sometió a juicio al exgobernante serbio Slobodan Milosevic “por genocidio y crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos durante las guerras en Croacia y Bosnia (1991-1995) y Kosovo (1998-1999)”. Murió en su celda, en espera de condena y bajo una crítica de Moscú al Tribunal por cierto y por impedir que fuese tratado médicamente por el gobierno ruso (*El País*, 11-03-2006).

La justicia internacional que se forja en 1945 tras el Holocausto, al parecer, experimenta su prueba diabólica en la actualidad.

### 10. Aproximación axio-dikológica a la cuestión ucraniana

Revisar la cuestión ucraniana desde la dimensión axiológica y dikológica o estimarla desde el ángulo de la justicia y como punto de declinación, para el entronque de las revisadas dimensiones socio-históricas y normativa anteriores, es la única que, al término, podría ofrecernos la clave para resolver o entender sobre el efecto real y negativo que la deconstrucción política y del Derecho internacional posterior a 1989 sigue teniendo sobre el principio de la inviolabilidad de la dignidad de la persona humana. Al cabo, como lo precisa Dworkin, “*la dignidad es indivisible*” y quienes mantienen con vida a la injusticia, al cabo es “*porque el desprecio que sienten por sí mismos [¿escépticos para quienes la vida misma carece de valor?] engendra una política de desprecio por los otros*” (Ronald Dworkin, *Justicia para erizos*, Buenos Aires, FCE, 2014).

En sus distintas resoluciones sobre el mencionado “problema de la militarización” de Ucrania, la Asamblea General de la ONU recuerda, al fundamentarlas, sus otras resoluciones “*relativas a la situación de los derechos humanos de Crimea y la ciudad de Sabastopol*” (71/205 de 19-12-2015, 72/190 de 19-12-2017, 73/263 de 22-12-2018, 74/168 de 18-12-2019, 75/192 de 16-12-2020 y 76/179 de 16-12-2021). La última, de modo especial sirve al propósito de integración normativa de todas las antes dictadas y comentadas desde sus planos histórico-político y prescriptivo, incluida la posterior que declara la agresión a Ucrania el 01-03-2022.

Si bien la última resolución citada de la Asamblea General, que aborda lo relativo a los derechos humanos en Ucrania, se reduce a intentar resolver sobre los aspectos particulares de las violaciones ocurridas e imputadas a la Federación de Rusia, los considerandos abordan todos los aspectos de la compleja cuestión, integrándolos y de suyo relacionándolos, como cabe repetirlo.

Reafirma y recuerda la ONU los principios de proscripción del uso de la fuerza y la imposibilidad de que a través de esta pueda afectarse la integridad territorial de un Estado o hacer valer derechos sobre parte de este, caracterizándolos claramente al invocar su resolución 3314 (XXIX) sobre Definición de la Agresión; tanto como reiterando su compromiso con el sostenimiento de “*la integridad territorial de Ucrania*”: “*no se reconocerá su aneación*”, lo señala con claridad aquella. La devolución de los territorios, en efec-

to, ha de hacerse de *"inmediato"*, dispone, a la vez que pide de Ucrania, en sus esfuerzos *"por poner fin a la ocupación rusa de Crimea"*, no dejar de *"adherirse al Derecho internacional"*.

Situar las violaciones de derechos humanos generalizadas y sistemáticas –que eso son, si bien no se lo diga expresamente– en las que incurre la Federación de Rusia, dentro del marco de una ruptura evidente de la paz y la seguridad internacionales: la agresión que la transforma en *"Potencia ocupante"*, como la llama la resolución *in comento*, hace válida la afirmación que contiene la sucesiva resolución de la ONU A/ES-11 que, formalmente, declara la agresión contra Ucrania: *"mantener y fortalecer la paz internacional basada en la libertad, la igualdad, la justicia y el respeto de los derechos humanos"*. Esta, por lo pronto y como petición de principio, no asume a la paz como obra de meros equilibrios geopolíticos, tal y como intenta señalarlo a contravía la Declaración o pacto de Beijing, con vistas la Era Nueva que se proponen establecer rusos y chinos.

Al margen de las narrativas o argumentaciones históricas que le otorgan complejidad a la cuestión ucraniana y alertan sobre su igualmente difícil resolución, como de la puntual ruptura de la paz por vía de una agresión típica y obra de un hecho ilícito internacional continuado [vid. Resolución A/56/83], lo esencial de destacar es la importancia que tiene al respecto la obligación de prevenir.

No haberlo sabido hacer la comunidad internacional como le corresponde estatutariamente, hoy la sitúa ante una realidad ominosa: la cristalización, al término y como lo señala la Resolución 76/179, de atribuirle a la Federación de Rusia:

...ejecuciones extrajudiciales, secuestros, desapariciones forzadas, enjuiciamientos por motivos políticos, actos de discriminación, acoso, intimidación y violencia, incluidos actos de violencia sexual, detención y reclusión arbitrarias, torturas y malos tratos... militarización y asimilación de jóvenes... adiestramiento de combate de los niños... cambiar la estructura demográfica... la evacuación o el traslado de una parte de la población civil al territorio por ella ocupado... golpizas, aplicándoles descargas eléctricas y sometiéndolos a asfixia.

Desafiante se vuelve tal realidad ominosa, desde la dimensión justicia, sobre todo con vistas al porvenir, una vez como también se constata en los párrafos de la resolución referida que, intentando esta, Rusia, *"legitimar o normalizar su tentativa de anexión de Crimea, entre los que se incluyen la imposición automática de la ciudadanía rusa"*, al cabo no le resta a la ONU sino:

Deplora[r] que la Federación de Rusia desoiga las repetidas solicitudes y exigencias de la Asamblea General e incumpla [además] la providencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de abril de 2017 sobre las medidas provisionales en la causa propuesta por Ucrania contra la Federación de Rusia, relativa a la Aplicación del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo y de la Convención Internacional de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Condena, sí, y lo hace enérgicamente –de un modo verbal– que esa situación de constante y total incumplimiento por parte de la Federación de

Rusia de sus obligaciones dimanantes de la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho internacional haya alcanzado a *“su responsabilidad jurídica respecto del territorio ocupado, incluida la obligación de respetar el derecho ucraniano y los derechos de todos los civiles”*.

En la hora y frente al tiempo generacional e histórico que se ha abierto (2019-2049) transcurridos treinta años luego de la caída del Muro de Berlín (1989-2019), queda sometida a prueba crítica, asimismo, la eficacia de la justicia internacional penal, dada la apertura de una investigación *“sobre posibles crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad”* ordenada por el Fiscal ante la Corte Penal de La Haya. Del examen preliminar, según la Oficina de este, *“existe una base razonable para proceder”*.

Cierto es que así como Rusia, en tanto que Estado agresor y firmante del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional anunció en 2016 su decisión de no ratificarlo: no es *“un órgano judicial independiente y autorizado”*, afirma su ministerio de relaciones exteriores (*Amnistía Internacional*, 16-11-2016), Ucrania, que tampoco Estado parte, sin embargo ha aceptado la jurisdicción de dicha Corte para conocer de los crímenes cometidos en su territorio entre 2013 y 2014, y luego a partir de dicha fecha en lo adelante (*Noticias ONU*, 28-02-2022).

Sea lo que fuese, a la espera de los resultados de tal investigación, si llegase a actuar la Corte en la cuestión encontraría sólido apoyo normativo, como lo creemos, en su propio Estatuto, con fundamento en el literal a), numeral 2 del artículo 12 (principio de territorialidad: crímenes cometidos dentro de Ucrania) y conforme a lo dispuesto en el artículo 15 bis, numeral 6 (determinación de un crimen de agresión por la Asamblea General de la ONU a instancias del Consejo de Seguridad, dada su parálisis).

### **Epílogo: una declinación “trialista” ajena a la justicia**

El asunto vertebral, en suma, es que, de manera previa al inicio de la guerra contra Ucrania, como lo hemos explicado, Rusia y China apuestan como desenlace al nacimiento de otro orden internacional, que se opone a la teleología cultural y política de un Occidente que, tras la Segunda Gran Guerra del siglo XX, fundado en sus tradiciones milenarias había decidido apostar –lo repito con Dworkin– a un *“mejor modo de vivir”*. Allí están como resultados las Declaraciones de Derechos Humanos, adoptadas a partir de 1948. Y lo hizo, justamente, para no *“carecer de certezas”*. Y quienes incluso no alcanzan a compartir dicha perspectiva, desde entonces se empeñaron en usar de la incertidumbre suponiendo que, cuando menos, quedaba *“una verdad a conquistar”*.

Ese edificio intelectual es el que se encuentra, en este instante, sujeto a bombardeo. Las escalas previas fueron las Torres Gemelas de Nueva York y hasta la Iglesia de San Pedro, de un modo virtual, íconos de la cultura occidental. De suyo, la guerra en curso ya acopia legiones de víctimas –muertos, heridos, desplazados– para obligar a los sobrevivientes a la aceptación de otro principio de injusticia ordenador de la afirmación del desorden y la de-

construcción global, tal y lo enuncia el pacto sino-ruso: *“Una nación puede elegir las formas y métodos de implementación de la democracia que mejor se adapten a su estado particular... Sólo corresponde al pueblo del país decidir si su Estado es democrático”*.

Rusia acaba de ser expulsada del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, con argumentos más que abundantes y que, a la luz de estas páginas, dicen sobre lo acertado de la medida. La cuestión es que, si bien el régimen de Putin considera a la misma ilegal, fue adoptada por 93 Estados parte mientras otros 82 Estados o lo hicieron en contra –24– o se abstuvieron. La contundencia de los 140 Estados parte que declararan previamente la agresión a Ucrania como un atentado a la paz y la seguridad internacionales y una afectación de su integridad territorial, mientras 38 se abstuvieron y 5 votaron en contra –para sumar 43– se ha vuelto sal y agua.

El peso de la cuestión geopolítica, como si estuviésemos en el tiempo previo a la Primera Gran Guerra y hasta concluida la Segunda en 1945, ha sido mayor para la comunidad internacional mientras que la otra, la columna vertebral del orden ahora puesto en crisis manifiesta, el fundado sobre la primacía de la dignidad de la persona humana, viene dividiendo las voluntades.

El viaje moderno y su Derecho internacional medran amenazados de haber llegado a su final. La declinación tridimensional del acto de agresión rusa –que, desde el inicio de la última invasión, la de febrero hasta la fecha de estas apuntes, deja como saldo 1.892 civiles muertos, unos 20.000 soldados caídos y 3,6 millones de refugiados– se reduce, al término, a la primacía de la dimensión real o de potencia por sobre la descriptiva-normativa y la estimativa, la que procura la paz: *“El destino de Ucrania depende de si USA envía apoyo militar... [y] para ser sinceros, el que podamos [sobrevivir] depende de esto”*, ha dicho, claramente, el presidente Zelenski (*Diario Las Américas*, 11-04-2022).





# LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y LA TRANSICION A LA DEMOCRACIA

Jesús María Casal\*

## Introducción

Durante más de dos décadas hemos padecido en Venezuela un proceso de desmantelamiento de la institucionalidad democrática que ha sido llevado a cabo con herramientas diversas. Entre los rasgos destacables del mismo sobresale **(i)** el personalismo político y mesianismo de Hugo Chávez y, entre los medios empleados para apuntalarlo, la utilización de la noción de poder constituyente originario y de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 para acometer una rápida ocupación política de la institucionalidad; **(ii)** la instrumentalización del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), del poder judicial en su conjunto, del Ministerio Público y de la Contraloría General de la República para convertirlos en mecanismos de persecución política, esto es, para sacar de la arena político-electoral a las principales figuras del liderazgo opositor y crear condiciones de intimidación, estigmatización y criminalización contra cualquier crítico del régimen; **(iii)** la ideologización y degradación partidista de la Fuerza Armada Nacional, junto a la militarización de amplios espacios institucionales; **(iv)** el fomento y aprovechamiento de la polarización política y el populismo autoritario (anti pluralismo moral) que desprecia el pensamiento que se aparte de la verdad oficial; **(v)** la vulneración sistemática de la libertad de expresión; **(vi)** la creación de cauces cerrados y clientelares de sometimiento partidista a nivel de las comunidades y el socavamiento de los ámbitos constitucionales de autonomía estatal y municipal; **(vii)** la imposición de un modelo socioeconómico colectivista o estatista y de planificación centralizada y la negación de la libertad económica y de la iniciativa privada; **(viii)** el ventajismo electoral, el fraude y demás prácticas abusivas dirigidas a impedir o dificultar la participación libre del electorado opositor en los comicios nacionales, regionales o locales; **(ix)** la violación de principios fundamentales sobre el carácter alternativo del gobierno y de los límites constitucionales a la reelección presidencial; y **(x)** el abierto desconocimiento de la voluntad y de la soberanía popular, cuando la mayoría de los electores dejó de seguir al cabecilla designado de

---

\* Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Miembro del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para América Latina de la Fundación Konrad Adenauer. Premio Georg Forster de Investigación de la Fundación Alexander von Humboldt (2019).

la llamada revolución y a la correspondiente propuesta política, señaladamente desde diciembre de 2015, con episodios como el cerco gubernativo-judicial contra la Asamblea Nacional entonces electa, la usurpación del poder constituyente del pueblo y el desnudo activismo contra el electorado opositor del Consejo Nacional Electoral. Todo esto ha conducido a la implantación de un régimen francamente autoritario.

Una pieza clave de este dismantelamiento de la democracia y el Estado de Derecho ha sido la Sala Constitucional del TSJ. Todos los medios de socavamiento de la democracia antes mencionados, y otros de similar naturaleza, han sido respaldados y potenciados por las decisiones, las maniobras procesales y la denegación de justicia provenientes de dicha Sala. La devastación institucional del país no puede entenderse sin incluir en el análisis el desempeño de esta Sala. Como he sostenido en varios trabajos, esta ha sido no solo un órgano dócil que ha dejado pasar actos arbitrarios de las instancias políticas, contrarios a la Constitución y por lo general también a los derechos humanos, sino que ha adquirido un cierto vuelo propio en el afán por desmontar la democracia liberal y, por tanto, los controles jurídicos sobre los gobernantes. Ello porque ha mostrado especial creatividad e iniciativa en la apertura de caminos pretendidamente legales para consolidar la hegemonía autoritaria<sup>1</sup>.

Tras estos graves desafueros, poco queda del espíritu animoso que secundó la creación de esta Sala, la cual estuvo antecedida de propuestas procedentes de sectores diversos del mundo forense y académico. Prevalence con razón una enorme desconfianza ante ella, hasta el punto que de un tiempo para acá se estima preferible afrontar por otras vías los actos inconstitucionales del poder público, en lugar de acudir a la Sala Constitucional, dadas las probabilidades de que ello conduzca a una violación aún más grave de las normas o derechos comprometidos. Con miras al presente inmediato y al futuro, han surgido, por un lado, interrogantes sobre la conveniencia de mantener una Sala Constitucional dentro del diseño constitucional<sup>2</sup>, y se ha planteado la pertinencia de una discusión sobre los riesgos de sistemas de control de la constitucionalidad apoyados en tribunales o cortes constitucionales<sup>3</sup> o se han puesto en duda las bondades de un tribunal o corte constitucional en procesos de transición a la democracia. Por otro lado, se ha estimado plausible la creación de una Corte Constitucional ex-

---

<sup>1</sup> Brewer-Carías, Allan, *Crónica sobre la "in" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, EJV, 2007; Casal, Jesús María, "The Constitutional Chamber and the erosion of Democracy in Venezuela", en *Heidelberg Journal of International Law*, 80, 2020, pp. 913 y ss.

<sup>2</sup> Hernández, José Ignacio, "¿Se justifica preservar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia? Apuntes para una reforma de la justicia constitucional", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, 71, 2016-2017, pp. 119 y ss.

<sup>3</sup> Urosa Maggi, Daniela, "El rol de las cortes constitucionales en democracias iliberales: de guardianes de la supremacía constitucional a soporte fundamental del autoritarismo", en *Anuario de Estudios Constitucionales y Parlamentarios*, Caracas, 2021, pp. 39 y ss.

terna al poder judicial, como órgano autónomo e independiente, bajo ciertas condiciones<sup>4</sup>.

Al respecto, en este trabajo se pretende examinar con algún detenimiento el papel que puede jugar la jurisdicción constitucional en el contexto de una transición a la democracia, tema que ya he tenido oportunidad de abordar en sus grandes líneas<sup>5</sup> pero que demanda un tratamiento específico en algunos aspectos. Se quiere analizar dicho rol con base en experiencias fundamentales y estudios del Derecho Comparado sobre esta materia. Son muchos los casos en que tal jurisdicción ha contribuido significativamente a avanzar en procesos de transición a la democracia y luego a la consolidación democrática. Es importante, no obstante, precisar en qué medida, con qué limitaciones y cautelas este aporte se ha dado y podría replicarse en otras coordenadas. Es necesario igualmente esclarecer si desenlaces como el de la Sala Constitucional venezolana o situaciones como las sufridas por otros ordenamientos en los que las cortes constitucionales favorecen una dominación autoritaria debe llevar a abandonar o relativizar la idea generalmente aceptada de que tales cortes son en principio instrumentos valiosos para la defensa de la Constitución, del Estado democrático de Derecho y de los derechos y libertades inherentes al ser humano, también en épocas de transición a la democracia.

## **1. La jurisdicción constitucional y la transición a la democracia**

### **1.1. El establecimiento de tribunales constitucionales en la segunda postguerra europea y su estela**

Los tribunales constitucionales instaurados en algunos países europeos tras culminar la Segunda Guerra Mundial fundaron una nueva etapa y un nuevo modelo de jurisdicción constitucional, casi un nuevo tipo de sistema político, *“la democracia de jurisdicción constitucional”*<sup>6</sup>. Tenían como antecedentes a los Tribunales Constitucionales de Checoslovaquia y de Austria, creados en 1920. Por influencia de estos, sobre todo del último, se

---

<sup>4</sup> Badell Madrid, Rafael, “El Tribunal Constitucional”, en Casal, Jesús María, Sosa Gómez, Cecilia (Coord.), *¿Qué hacer con la Justicia?*, Caracas, ACIENPOL, p. 21.

<sup>5</sup> Casal, Jesús María, “La jurisdicción constitucional y la institucionalidad democrática en Venezuela: balance y desafíos”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 44, 2021, pp.55 y ss.

<sup>6</sup> Cruz Villalón, Pedro, “Discurso pronunciado por el Presidente del Tribunal Constitucional Excmo. Sr. Don Pedro Cruz Villalón con ocasión de la renovación parcial del Tribunal”, en *Memoria del Tribunal Constitucional* 2001, p. 165. Así lo expresó Cruz Villalón: *“Pero volviendo a lo que ahora importa: Mis predecesores, y a la cabeza de ellos Manuel García Pelayo, lo han dicho seguramente con otras palabras, pero la idea es la misma: La nuestra es una democracia de jurisdicción constitucional. Quiero significar con ello que nuestro modelo de jurisdicción constitucional ocupa una posición en el conjunto del sistema que contribuye de modo inmediato a definir nuestro tipo de democracia. En otras palabras: nuestra democracia -como en definitiva nuestro Estado de Derecho- viene marcada por la posición estratégica que, en la misma y por voluntad del constituyente, asume este Tribunal Constitucional”*; *ibídem*, pp. 165-166.

previó en la Constitución española de 1931 un Tribunal de Garantías Constitucionales<sup>7</sup>. Pero esta experiencia de los tribunales constitucionales de entreguerras fue fugaz, ambivalente e incompleta. Representó un primer ensayo de introducción de un control judicial de constitucionalidad de las leyes de cierto alcance en Europa continental, reacia hasta entonces a asumirlo, en virtud de los rasgos propios de muchos de sus sistemas jurídicos, signados por la desconfianza hacia los jueces, la primacía de la ley como fuente del Derecho y la estricta subordinación a ella que estos habrían de observar en la actividad jurisdiccional. Hans Kelsen halló la fórmula para amalgamar la necesidad de garantizar la supremacía normativa de la Constitución con la de respetar ese papel tradicionalmente atribuido a la ley y a los jueces y la concepción dominante sobre la separación de poderes. El propio Kelsen contribuyó directamente a perfilar el Tribunal Constitucional austriaco, mediante su participación en la elaboración de las correspondientes bases normativas y su desempeño como integrante de este órgano.

Ese ensayo quedó inacabado o truncado principalmente por razones políticas ligadas a la penetración y ulterior ocupación nacionalsocialista, en los casos de Austria y Checoslovaquia, y a la inestabilidad política y a la guerra civil en España, en lo concerniente al Tribunal de Garantías Constitucionales. Dejó sin embargo precedentes que fueron tomados en cuenta al replantear el tema de la jurisdicción constitucional después de la Segunda Guerra Mundial. Importa observar que la jurisdicción constitucional de la segunda postguerra surgió con una impronta institucional distinta, específica.

El fundamento de esta diferencia radica en que el nacionalsocialismo, el fascismo y la conflagración mundial que desencadenaron o secundaron dejaron una honda huella en la humanidad y también en las sociedades que generaron y sufrieron tales regímenes. La gravísima vulneración, a gran escala y con afán expansionista, de los principios más elementales de la dignidad del ser humano abrió una inmensa preocupación acerca de la necesidad de poner límites efectivos al poder político, cualquiera que fuere el órgano que lo ejerciera y la fuente jurídica que hubiera sido empleada. El pensamiento heredado sobre la soberanía del parlamento y de la ley y sobre la ley como protectora natural de los derechos había sido dinamitado tal como había sucedido con los territorios devastados. De allí que en Italia y en Alemania se tomara la iniciativa de instaurar un tribunal constitucional, para lo cual se consideraron los antecedentes mencionados y, en el caso alemán, la sombría experiencia de la jurisdicción constitucional durante la República de Weimar. No obstante, en ambos ordenamientos la creación de estos tribunales respondía a un planteamiento en buena medida nuevo. Fue resultado de un acto de coraje acicateado por la tragedia totalitaria. Con acierto se ha

---

<sup>7</sup> Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987.

dicho que la *“introducción de la jurisdicción constitucional en Europa no ha sido producto de una evolución sino de una revolución”*<sup>8</sup>.

Había también una valoración distinta en aspectos conceptuales y funcionales de la jurisdicción constitucional. A diferencia del Tribunal Constitucional austriaco dicha jurisdicción ya no estaría tan anclada a la idea kelseniana del tribunal constitucional como órgano solo formalmente jurisdiccional, que sería funcionalmente legislativo aunque en sentido negativo (legislador negativo)<sup>9</sup>. Por el contrario, se acentuaría cada vez más su carácter materialmente jurisdiccional. Para algunos esto reflejaba la influencia de la *judicial review*. Como ha destacado García de Enterría:

No se acoge el modelo kelseniano del legislador negativo, sino el americano de jurisdicción, el Tribunal Constitucional como verdadera jurisdicción, aunque en la fórmula estructural de la jurisdicción concentrada. La base para ello es la doctrina americana de la supremacía normativa de la Constitución<sup>10</sup>.

Sea o no este el peso que ha de conferirse al sistema estadounidense en el perfilamiento de los tribunales constitucionales de la segunda postguerra, lo cierto es que se gestó una visión jurisdiccional sobre su naturaleza y funciones, que los hechos ulteriores han confirmado.

Bajo estas coordenadas son colocados en alta mar los nuevos tribunales constitucionales, contruidos principalmente con el trasfondo del temor al ejercicio arbitrario del poder político y con el principal mandato de resguardar los derechos inherentes al ser humano de los excesos estatales y de garantizar el respeto a la Constitución. El funcionamiento de estos órganos ha merecido un balance altamente positivo y de ahí que sirvieran de modelo para posteriores procesos de transición a la democracia. Como ha explicado Biagi, en Europa ese modelaje se puso de manifiesto, durante la denominada segunda generación de tribunales constitucionales europeos, en la adopción de este órgano jurisdiccional en España, tras la superación de la dictadura franquista y, luego de la caída de la Unión Soviética, forman-

<sup>8</sup> Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid, CEC, 1997, p. 475.

<sup>9</sup> *“No sucede así con la segunda objeción que se deriva del principio de separación de poderes. Ciertamente que la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto al órgano legislativo constituye una invasión al dominio del legislativo, como se dice habitualmente. Pero el carácter problemático de esta argumentación aparece si se considera que el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aún reciba –por la independencia de sus miembros– la organización de tribunal. Por más que pueda distinguirse, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales. // Ahora bien, anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo”*; Kelsen Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, 2011, p. 275.

<sup>10</sup> García de Enterría, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, 1981, pp. 45-46.

do una tercera generación, en varios Estados de Europa Central y del Este europeo que habían pertenecido al bloque soviético o estuvieron bajo su hegemonía y resolvieron instaurar tribunales constitucionales<sup>11</sup>. El éxito o marcha triunfal de aquellos tribunales impactó también en América Latina y otros continentes, de lo cual son muestra la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, entre otras de una primera oleada latinoamericana, y la Corte Constitucional sudafricana. Estas consideraciones introductorias permiten aludir especialmente al papel que tales tribunales pueden jugar en la transición a la democracia.

### 1.2. Tribunales constitucionales y transición a la democracia

Los tribunales constitucional de Italia, Alemania y España desempeñaron una función primordial en la transición a la democracia vivida por esos países en las circunstancias antes comentadas. Estas experiencias son de especial utilidad en el examen del rol que los tribunales constitucionales o la jurisdicción constitucional bajo otra expresión organizativa pueden jugar en procesos de restauración o establecimiento democrático. Siempre hay que prestar atención a los contextos y hay que evitar extrapolaciones acríticas, pero aspectos fundamentales de la instauración y actuación de estos tribunales son relevantes en cualquier reflexión sobre el presente y futuro de la jurisdicción constitucional en Venezuela.

Se ha aseverado que:

Lo que tiene lugar después de 1945, con el fin de la Segunda Guerra Mundial, es una general recepción dentro y fuera de Europa de ideas e instituciones distintivas de la cultura constitucional americana, entre ellas, y destacadamente, la institución del control de constitucionalidad<sup>12</sup>.

No es que hasta entonces esa institución no hubiera tenido desarrollo en Europa y otras regiones del mundo, sino que, en la experiencia europea decimonónica, se había evitado la introducción del control judicial de constitucionalidad de las leyes y los ensayos del primer tercio del siglo XX fueron abortados por los hechos, sin entrar en otras consideraciones técnicas. De allí que se afirmara que: *“Las perspectivas de futuro de esta institución eran a finales de la década de 1930 más bien sombrías”*<sup>13</sup>. Pero en la segunda post-guerra el control de constitucionalidad fue asumido frontalmente de la mano de los tribunales constitucionales.

La observación que a veces se formula en el sentido de que la creación de tribunales constitucionales no sería recomendable en democracias jóvenes, débiles o no consolidadas, que en sí misma merece reservas, resulta refutada por la propia ruta fundacional de la Europa posterior a 1945, porque

---

<sup>11</sup> Biagi, Francesco. *European Constitutional Courts and Transitions to Democracy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2020, pp. 33 y ss.

<sup>12</sup> Ahumada, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Navarra, Thomson/Civitas, 2005, p. 26.

<sup>13</sup> *Ibídem*, p. 18.

en ninguno de los casos mencionados se había alcanzado propiamente una consolidación democrática y la propia situación de transición llevaba consigo un alto grado de incertidumbre. Algunos caminos democráticos incipientes o en formación se habían visto interrumpidos y no estaba asegurada la democratización. Hoy sería fácil afirmar retrospectivamente que estaban sentadas bases sólidas para la recuperación democrática, pero en realidad había fuerzas que apuntaban en otra dirección y las cosas pudieron haber sido diferentes a como ocurrieron. Tal como ha sido subrayado en relación con Italia y la puesta en funcionamiento de su Tribunal Constitucional en 1956: *“el país experimentó una transición desde una democracia incierta (este era el caso en Italia en 1956) a una democracia madura”*<sup>14</sup>. Más allá de este contexto nacional, se ha puesto de relieve igualmente el alto grado de incertidumbre que rodea los procesos de transición a la democracia y el importante papel entonces jugado por esos tribunales. Esta incertidumbre institucional era predicable asimismo de Alemania y España en sus respectivas circunstancias.

En la Alemania ocupada por potencias aliadas el constitucionalismo democrático se levantaba sobre una modesta Ley Fundamental, que desoyendo el requerimiento de aquellas no quiso llamarse Constitución y que fue aprobada por tímidos o indirectos mecanismos democráticos<sup>15</sup>. La debilidad mayor en este y los otros dos países mencionados era la carga del pasado. La legislación fascista subsistente en Italia representaba, por ejemplo, una peligrosa prolongación del pasado autoritario. Asimismo, este pervivió en buena parte del poder judicial. También en la mentalidad de muchos jueces y otros operadores jurídicos.

Se ha subrayado que en España, antes y después de la entrada en vigor de la Constitución, varios factores apuntalaban la impresión de que existía una *“democracia frágil”*: *“la profunda recesión, la cuestión regional, la violencia terrorista y la continuación del integrismo franquista”*<sup>16</sup>. La reflexión de García de Enterría sobre las esperanzas cifradas en el tribunal constitucional hacía patente el escenario abierto sobre el futuro:

Desde esa perspectiva, podemos afirmar sin reserva que el establecimiento de dicho sistema en la Constitución de 1978 se presenta con una especialísima oportunidad...No es baladí esta posibilidad ni escasa la responsabilidad que el Tribunal va a asumir ante nuestro pueblo. En una parte fundamental, la suerte de nuestra Constitución y la posibilidad del arraigo definitivo de la democracia y de la libertad en nuestro suelo van a estar en sus manos<sup>17</sup>.

La incertidumbre de la ruta hacia la democratización ha estado presente en otros sistemas en que los tribunales constitucionales han proporcionado un aporte relevante en el proceso, como sucedió en Sudáfrica, la Re-

---

<sup>14</sup> Biagi, *op. cit.*, p. 4.

<sup>15</sup> Véase Casal, Jesús María, “Los escenarios de fundación constitucional y la génesis de la Ley Fundamental de 1949”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2019, pp. 829 y ss.

<sup>16</sup> Biagi, *op. cit.*, p. 101.

<sup>17</sup> García de Enterría, *op. cit.*, p. 105.

pública Checa y en parte en México, Guatemala y El Salvador, y como está ocurriendo en Ecuador. En realidad, como ha señalado Rubio Llorente, los tribunales constitucionales hicieron eclosión en contextos de cierta fragilidad institucional. Esta versión europea de la jurisdicción constitucional:

...es una institución propia de las nuevas democracias. Existe en los Estados cuya tradición democrática es más débil y quebradiza, y no, salvo de forma parcial y limitada, en aquellos otros cuya evolución constitucional ha proseguido sin más quiebras graves que las originadas por la guerra<sup>18</sup>.

El auge de la figura de los tribunales constitucionales en otros momentos de la evolución política europea y en otros continentes se relaciona con la impronta histórica de los primeros tribunales constitucionales de la segunda postguerra:

...los Tribunales Constitucionales, esta ha sido la experiencia en Europa, pueden desempeñar un papel fundamental en los procesos políticos de transición. De hecho, en la mayor parte de los casos, el prestigio y la importancia de la institución para el futuro se juega en sus primeros y decisivos años de funcionamiento que, habitualmente, son también los de asentamiento de un régimen constitucional<sup>19</sup>.

Conviene abordar algunas facetas de la actuación de tribunales constitucionales en las circunstancias señaladas, así como la forma en que favorecieron los respectivos procesos de transición a la democracia.

### **1.2.1. Tribunales constitucionales y etapas de la transición**

Se admite que la jurisdicción constitucional ha desempeñado a menudo funciones relevantes para la transición a la democracia. Como ha sostenido Vergottini, *"La introducción de mecanismos de control de la constitucionalidad representa una de las etapas clave que caracterizan el cambio de un régimen en la transición desde una forma de gobierno autoritaria hacia una democrática"*<sup>20</sup> y, en relación con tales contextos, ha aludido al *"rol esencial jugado por las cortes constitucionales para la afirmación de los valores clásicos del constitucionalismo"*<sup>21</sup>. Vergottini escribe en el marco de los casos analizados por Biagi en el trabajo precitado y estas aseveraciones han de leerse bajo ese prisma. Experiencias recientes demuestran que el reforzamiento de los mecanismos de la jurisdicción constitucional puede obedecer a una tendencia de signo contrario, pero esto no resta solidez a las conclusiones referidas a la labor de tales tribunales en la Europa de la segunda postguerra y en otras transiciones a la democracia. Importa, no obstante, precisar cómo se inscribe la actuación de la jurisdicción constitucional en estos procesos.

---

<sup>18</sup> Rubio Llorente, "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", *op. cit.*, p. 544.

<sup>19</sup> Ahumada, Marian, *op. cit.*, p. 42.

<sup>20</sup> Vergottini de, Giuseppe, Prólogo, en Biagi, *op. cit.*, p. XIII.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. XVI.



Las transiciones a la democracia deben ser estudiadas justamente como procesos y la intervención de los tribunales constitucionales en aquellos ha de ser examinada bajo una perspectiva temporal. Las transiciones pueden desencadenarse por factores diversos y seguir distintas líneas de desarrollo, siendo frecuente la distinción entre las que obedecen a una *ruptura* y las que siguen el camino de la *reforma* o la vía combinada de la *ruptforma*<sup>22</sup>. En cualquiera de estos escenarios el análisis no puede circunscribirse al momento de la caída o desplazamiento del gobierno autoritario o a los acontecimientos más significativos del movimiento reformista de un sistema a otro, sino que ha de prevalecer una visión de conjunto que distinga entre las fases que oscilan entre los hechos desencadenantes del declive de un régimen y la consolidación del nuevo sistema. El grado de la incidencia provechosa de la jurisdicción sobre los procesos de transición a la democracia puede variar según la fase que se esté evaluando. Luego se retomará esta idea al considerar un trabajo de Ginsburg sobre esta temática.

Ahora interesa aludir a la distinción que puede formularse desde la óptica de la transición constitucional. Para algunos autores la adopción de una nueva Constitución, representativa de la era democrática iniciada o restaurada, marcaría la culminación de la transición. Frente a ello, Biagi plantea la necesidad de diferenciar entre la transición formal y la transición sustancial. La primera comprendería justamente el establecimiento de una regulación constitucional cónsona con el sistema naciente, mientras que la segunda consiste en la implementación o aplicación de los principios propios de la democracia constitucional instaurada, que abre las puertas a la consolidación democrática. No se trata de fases forzosamente sucesivas, pues puede haber solapamiento o entrecruzamientos entre ellas. Para este autor, en un estudio que toma como referencia principal los casos de Italia, España y la República Checa, en esos países los tribunales constitucionales cumplieron su función más importante en lo que respecta al éxito de la transición sustancial, siendo un denominador común su aporte para la salvaguarda de la fuerza normativa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales<sup>23</sup>.

Es útil la distinción entre la transición formal y la sustancial. Es preciso, sin embargo, apuntar que desde la perspectiva de las transiciones políticas la aprobación de una nueva Constitución es un aspecto contingente, pues son conocidas las situaciones de cambio político profundo sin reemplazo constitucional. Además, las fases de la transición en lo político pueden cabalgar sobre las de índole formal o sustancial en sentido constitucional, anticipándose a ellas o sucediéndolas. Así, a veces la adopción de un marco constitucional, basado en pactos entre élites o dirigentes y no en procedimientos constituyentes abiertos, es solo un primer paso del esfuerzo transicional, que demanda un segundo momento de generación constitucional, y el tribunal constitucional puede verse llamado a intentar compensar juris-

---

<sup>22</sup> Olivar, José Alberto y Martínez Meucci, Miguel Ángel (Coord.), *Transiciones políticas en América Latina. Desafíos y experiencias*, Caracas, UNIMET, 2020, pp. 34 y ss.

<sup>23</sup> Biagi, *op. cit.*, pp. 12 y ss.

prudencialmente ese déficit, no siempre con éxito<sup>24</sup>. Asimismo, hay experiencias, como la de Sudáfrica, en las que el tribunal constitucional fue instaurado al comienzo de la fase de preparación del diseño constitucional definitivo (Constitución provisional de 1993), como garante de la observancia, en la regulación constitucional final (que sería la Constitución de 1996), de los acuerdos alcanzados y de los principios entonces establecidos<sup>25</sup>. Aquí el papel más relevante de la jurisdicción constitucional fue ejercido en la fase de formación de la Constitución, no tanto en el periodo ulterior de implementación de los principios constitucionales.

Por tanto, al evaluar la contribución de la jurisdicción constitucional a un proceso de transición a la democracia ha de tenerse en cuenta la fase en que se ha producido su actuación. Como se verá, algunos datos empíricos ayudan a prever en qué fases su intervención puede ser más provechosa.

### 1.2.2. Judicatura ordinaria y tribunales constitucionales

Merecen especial atención las relaciones que en algunos contextos se han creado entre el naciente tribunal constitucional y la judicatura ordinaria, en periodos de transición a la democracia. Uno de los grandes problemas que debieron encarar sistemas como el italiano, el alemán y el español fue el de la continuidad de un poder judicial formado en buena medida durante el régimen autoritario defenestrado o que, procedente en parte de una fase democrática anterior, supo adaptarse al cambio de poder y permaneció en ejercicio de sus funciones.

En Italia una de las dificultades de la fase inicial de la transición fue que el parlamento no emprendió prontamente la reforma o reemplazo de leyes y órganos provenientes del orden fascista. Con las primeras elecciones parlamentarias posteriores a la adopción de la Constitución, se produjo un “congelamiento de la Constitución”<sup>26</sup>, un “bloqueo de la transición sustancial”, situación denunciada entre otros por Calamandrei<sup>27</sup>. Esto implicó la pervivencia de instituciones y leyes implantadas en el ciclo fascista. A este bloqueo contribuyó la demora en la aprobación de la legislación sobre el tribunal constitucional y en la designación de sus primeros integrantes. La Constitución promulgada en 1948 estableció en sus disposiciones transitorias que hasta la instalación del tribunal constitucional el control de constitucionalidad se ejercería en la forma y con los límites vigentes antes de la entrada en vigor de la Constitución. Esto supuso que rigió en ese lapso un sistema difuso de revisión de la constitucionalidad, entre 1948 y 1956, en el cual la Suprema Corte de Casación y las Cortes de Apelación tenían protagonismo. Los jueces de carrera de mayor edad, y mayor recorrido durante la fase

---

<sup>24</sup> Véase Arato, Andrew, “Post Sovereign Constitution-making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?”, en *South African Journal on Human Rights*, 26, 2010, pp. 19 y ss.

<sup>25</sup> Biagi, *op. cit.*, pp. 29-30.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 46 y ss.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 45 y ss.

autoritaria, propendieron a conservar estas normas, con argumentos como el del carácter programático de las disposiciones constitucionales invocadas como parámetro de control. Fue una fase caracterizada, según Cappelletti y Cohen, por *“la fuerte resistencia de quienes difícilmente podían adaptarse a una nueva concepción de la ley y la justicia”*<sup>28</sup>. El desmontaje jurisprudencial de una parte importante de esa legislación se inició con la puesta en funcionamiento del tribunal constitucional en 1956, desde su sentencia inaugural.

A partir de allí comenzó a generarse una interacción colaborativa, en aras de la vivificación de la Constitución, entre los jueces de instancia o primer grado y el tribunal constitucional, ya que los primeros eran proclives a elevar cuestiones de inconstitucionalidad respecto de regulaciones originadas en el régimen fascista, y el segundo las recibía con criterios de favorabilidad en el acceso, para entrar en los temas de fondo e ir derribando, con decisiones anulatorias o interpretativas, el marco normativo autoritario. Sin esta participación de los jueces de menor grado, la jurisdicción constitucional no hubiera podido avanzar en esta dirección, ya que las altas cortes rehuían el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad y tendían a aplicar la legislación de aquel origen, bajo postulados como el mencionado de la naturaleza programática de muchas disposiciones constitucionales, incluyendo a varias relativas a derechos fundamentales. El sistema italiano no prevé un recurso como el amparo y casi no conoce de acciones directas de inconstitucionalidad, menos aún en la primera fase de andadura del tribunal constitucional.

En Alemania ocurrió algo similar en lo que atañe a la continuidad en el poder judicial. Hubo permanencia de muchos jueces en sus posiciones y algunos de estos ascendieron al Tribunal Supremo Federal y otras altas cortes. Más aún, fue motivo de denuncia en años posteriores la vinculación con el nacionalsocialismo de jueces que lograron ascender a altas cortes. Importa aclarar que los aliados impusieron procedimientos de desnazificación, pero su eficacia fue relativa y gradualmente esta tarea fue entregada a las propias autoridades alemanas. Esto, junto a medidas de amnistía o reinserción y una política de mantenimiento del funcionariado federal, favoreció la continuidad de los servidores públicos. Ello pudo impactar en la investigación de delitos perpetrados por jueces durante el nacionalsocialismo. El tratamiento del pasado nacionalsocialista en Alemania estuvo caracterizado por la significación del Derecho penal y de la persecución penal, pero no hubo muchas averiguaciones y procesos por prevaricato o extralimitaciones cometidas por los jueces en el cumplimiento de la tarea jurisdiccional. Aquí hay un contraste con lo que sucedería después, cuando se derrumbó la dictadura socialista de la República Democrática Alemana (RDA) y este Estado se integró a la República Federal de Alemania (RFA). Esta vez los procedimientos por prevaricato estuvieron entre los más numerosos, lo cual ha dado lugar a la observación de que en esta ocasión los órganos de justicia de la RFA evaluaban la actuación de otros jueces, de otro poder judicial, el

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 51.

de la (extinta) RDA, mientras que después de 1945 el poder judicial debía en parte juzgarse a sí mismo<sup>29</sup>. Se estima que hubo en términos generales lenidad de la justicia alemana respecto de los crímenes del poder judicial nacionalsocialista<sup>30</sup>, lo cual puede explicarse en parte por esa continuidad.

Esta realidad esboza el contexto en el cual el Tribunal Constitucional Federal debía definir su posición institucional. Los jueces elegidos para integrar por primera vez este tribunal fueron una clara expresión de renovación jurídica y de compromiso democrático. No tenían raíces con el pasado nacionalsocialista; algunos eran exiliados que retornaron para la reinstitucionalización de su país o habían sido opositores del régimen nazi. Resulta interesante esta relación sobre los primeros jueces del tribunal: cuatro debieron emigrar durante el régimen nazi; ocho habían sido removidos de sus cargos públicos con base en las leyes nacionalsocialistas; tres habían sufrido impedimentos para el ejercicio de su profesión con base en esas mismas leyes; uno, el primer Presidente del Tribunal, debió retirarse de la vida pública desde 1933 y refugiarse en el llamado exilio interior. El resto procedía del ejercicio de la abogacía, labores académicas, actividad en empresas privadas o la judicatura. La valoración general sobre los primeros miembros del tribunal apunta a que reflejaban el espíritu nuevo de firme adhesión al sistema democrático-representativo instaurado. Se ha subrayado que el Parlamento Federal y el Consejo Federal consideraron de manera específica ese compromiso democrático al momento de hacer la escogencia de tales primeros jueces, junto con la apreciación de sus cualidades personales para el ejercicio de la tarea judicial<sup>31</sup>.

Consciente de su misión, el Tribunal Constitucional Federal asumió desde el inicio de su funcionamiento el papel de fundador de un nuevo orden jurídico-constitucional, de un orden de valores apegado a los derechos fundamentales del ser humano. Sobre todo, cimentado en la dignidad humana cuya garantía prescribe categóricamente la Ley Fundamental. La sentencia dictada en el caso *Lüth* y otras posteriores marcaron ese rumbo y obligaron a todos los jueces a tener en cuenta esa dignidad y esos derechos como derecho directamente aplicable. La desconfianza en la política, el vacío moral y el desconcierto que dominaba en los primeros años de la postguerra delineaban las condiciones en las cuales ese Tribunal apostó por una actitud fundacional, antes que meramente arbitral, de la mano de la Ley Fundamental y buscando desde sus primeras decisiones reafirmar la ruptura con el ciclo anterior<sup>32</sup>. No es objeto de este trabajo analizar las bondades o los riesgos que pudieran asociarse a la conceptualización de los derechos fun-

---

<sup>29</sup> Romeike, Sanya, *La justicia transicional en Alemania después de 1945 y después de 1989*, en <https://bit.ly/3OvW89X>, pp. 8 y ss.

<sup>30</sup> Prantl, Heribert, Hin-Richter, *Süddeutsche Zeitung*, 11-06-2021; *Wie die Justiz in der Nachkriegszeit NS-Richter freisprach - Meinung - SZ.de*.

<sup>31</sup> Ley, Richard, "Die Erstbesetzung des Bundesverfassungsgerichtes", en *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 13, 1982, pp. 521 y ss.

<sup>32</sup> Boulanger, Christian, "Role Theory, Democratization and Comparative Constitutionalism: Constitutional Courts as 'Guardians', 'Umpires' and 'Founders'", en *Law and Society Annual Meeting*, 2015, pp. 11 y ss.

damentales como un orden o sistema de valores. Lo relevante es que ello condujo a proyectar la fuerza normativa de la Constitución y en particular de los derechos fundamentales, que ya no quedarían subordinados al ámbito de las leyes, como había sucedido en la República de Weimar, sino que serían parámetro de la validez de aquellas. Además, las decisiones de los jueces ordinarios que no estuvieran en concordancia con la protección constitucional de los derechos podían ser cuestionadas ante ese tribunal por medio del amparo constitucional. Luego le correspondería a esta jurisdicción constitucional contener tentativas inconstitucionales del gobierno federal, lo cual contribuyó a resguardar los equilibrios constitucionales. Lo cierto es que con apoyo en esa interpretación axiológica de normas constitucionales y mediante la resolución de controversias de singular trascendencia, así como gracias a la definición de su propio rol institucional, dicho tribunal jugó un papel esencial para la instauración y consolidación de la democracia en Alemania y reforzó la vía judicial de protección de los derechos fundamentales<sup>33</sup>.

En España la judicatura franquista perduró, en gran medida, tras la caída del régimen dictatorial y durante la transición y también aquí, como en Italia, el tribunal constitucional debió impulsar los nuevos postulados jurídicos plasmados en la naciente Constitución. En esos momentos de incertidumbre, en que los actores de muchos órganos del Estado conservaban raíces con el régimen anterior, aquel debía velar por el respeto al orden constitucional y democrático. Le tocó igualmente enfrentarse, aunque con menor intensidad, a la invocación por el Tribunal Supremo del carácter programático de ciertas normas constitucionales así como a la legislación preconstitucional, con el matiz de que en el caso español en la temprana transición se dictaron disposiciones destinadas a reformar regulaciones del franquismo abiertamente antidemocráticas y negadoras de la proyección de libertades asociativas en el ámbito social y de la participación democrática en espacios públicos mediante manifestaciones. Aquellas no siempre colmaban, sin embargo, las exigencias constitucionales<sup>34</sup>. Era en todo caso motivo de especial preocupación la actitud que asumirían los jueces y las prácticas interpretativas heredadas.

El control del tribunal constitucional estaba llamado a proyectarse no solo sobre el legislador sino también sobre los jueces. La introducción del recurso de amparo ante el tribunal constitucional obedeció en parte al temor que existía respecto de la mentalidad preconstitucional de la judicatura ordinaria<sup>35</sup>. Después de casi cuarenta años de una dictadura que supo someter a los jueces y utilizar al aparato judicial, era desde luego justificada esa reserva. Conviene reproducir esta relación sobre los primeros nombramientos efectuados en este Tribunal y sobre su significado institucional:

---

<sup>33</sup> Kneip, Sascha, "Verfassungsgerichte im Prozess der Demokratisierung – Der Einfluss des Bundesverfassungsgerichts auf Konsolidierung und Qualität der bundesdeutschen Demokratie", en Wrase/Boulanger, *Die Politik des Verfassungsrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2013, pp. 137 y ss.

<sup>34</sup> Biagi, *op. cit.*, pp. 97 y ss.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 120.

Por consenso fueron designados los doce primeros magistrados del Tribunal entre juristas de reconocido prestigio, con fuerte predominio de profesores universitarios. Tal era el caso de Gloria Begué Cantón, Manuel Díez de Velasco Vallejo, Francisco Rubio Llorente o Francisco Tomás y Valiente. Fue un equipo de alto nivel técnico, cuya presidencia recayó en Manuel García Pelayo, catedrático de Filosofía y Teoría del Estado, preso en los campos de concentración franquistas y exiliado desde 1951 hasta 1980, fecha en que regresó para hacerse cargo de la Presidencia del Tribunal Constitucional. Y dentro del grupo procedente de la carrera judicial, destacaba la presencia de Plácido Fernández Viagas, reconocido activista de Justicia Democrática quien fuera expedientado en numerosas ocasiones por su rebeldía durante los últimos años del franquismo y la transición. El esmero con que las fuerzas políticas eligieron a los protagonistas encargados de liderar la transición de la justicia española (la mayoría ajenos a la propia estructura del Poder Judicial) da cuenta del objetivo perseguido de renovar el Poder Judicial desde afuera, por medio de un *outsider* que fiscalizara una institución que entró en el sistema democrático sin apenas depuración<sup>36</sup>.

Ciertamente, fueron pocas las medidas de depuración o renovación adoptadas en el Poder Judicial. Entre estas destacan, algunos años después de la aprobación de la Constitución, la jubilación anticipada de una parte de los jueces y la apertura de vías simplificadas de acceso directo al poder judicial, incluso a altas posiciones, sin pasar por las vías tradicionales de concurso de oposición. Esto ayudó a la democratización de la mentalidad de la judicatura, pero solo parcial y gradualmente, siendo esencial el papel que debía jugar y que desempeñó el tribunal constitucional como ariete principal del proceso.

### **1.2.3. Contribuciones jurisprudenciales al proceso de democratización**

En los casos comentados los aportes de los tribunales constitucionales a la transición a la democracia fueron variados y notables. En Italia sobresale el desmontaje de la legislación fascista, que implicaba vitalizar una Constitución que había sido congelada en los primeros años de vigencia formal de la Constitución de 1948. La dinámica que se generó entre los jueces de primera instancia y el tribunal constitucional fue primordial para lograrlo. El control sobre leyes originadas en el periodo autoritario permitió a dicho tribunal ganar autoridad ante las demás instituciones constitucionales y la sociedad, lo cual facilitaría el desempeño de su función jurisdiccional respecto de los poderes que le eran contemporáneos. Nótese que derribar o reinterpretar la legislación fascista no era solo interpelar al pasado. Era también un control indirecto de la mora en que había incurrido el parlamento en lo que concierne a la adaptación de la legislación al nuevo marco constitucional, así como de la resistencia de la Corte Suprema de Casación a reconocer la fuerza normativa de disposiciones constitucionales referidas a derechos fundamentales. Todo esto se hizo con avances graduales y moderación. La jurisdicción constitucional italiana se ha caracterizado desde

---

<sup>36</sup> Benito, Ana, "Poder judicial, responsabilidad legal y transición a la democracia en España", en *Foro Internacional*, 195, 2009, p. 177.

entonces por adquirir fortaleza desde la medida, la discreción, no la pasividad<sup>37</sup>.

En Alemania el Tribunal Constitucional Federal ha jugado un rol decisivo en la transición y consolidación democrática. Estudios de base empírica realizados respecto de la actuación de este tribunal en sus primeros diez años de funcionamiento lo confirman. Esto se ha planteado desde una perspectiva más general sobre el papel favorable que pueden desempeñar los tribunales constitucionales en democracias jóvenes, como lo era la alemana en 1949. En el caso alemán, estas han sido las principales dimensiones de su contribución a la democratización: el fortalecimiento del Estado de Derecho, en sus diversos componentes; la defensa de libertades individuales así como el ejercicio del control sobre los poderes públicos, y la protección de las posibilidades de participación democrática. Se estima que su desempeño ha coadyuvado igualmente a elevar la calidad de la democracia<sup>38</sup>.

Al igual que en Italia, la jurisdicción constitucional alemana dio pasos destinados a ganar autoridad. Lo hizo por medio de su jurisprudencia, especialmente de la referida a derechos fundamentales, la cual puede ser inscrita en la categoría de los “nuevos comienzos”, expuesta por Ackerman al estudiar los escenarios de fundación constitucional y el papel que puede jugar la jurisdicción constitucional en cada uno<sup>39</sup>. En el contexto de los nuevos comienzos, como el de Alemania en 1949, la jurisdicción constitucional tiende a asumir un rol “redentor”, destinado a superar una situación oprobiosa, lo que implica procurar que los compromisos adquiridos en la naciente Constitución no sean simple retórica sino que se proyecten en el plano jurídico-social. En el caso de la Ley Fundamental ello significaba una clara ruptura con el pasado nacionalsocialista, lo cual se reflejaría en las sentencias que prontamente hicieron valer los derechos fundamentales como pilares del ordenamiento jurídico. En el caso *Lüth* además, ello suponía, por las peculiaridades de la controversia suscitada, dejar a salvo la libertad de expresión ejercida por el señor *Lüth* cuando llamó a un boicot contra la presentación, en el marco de una actividad cultural alemana, de una pieza fílmica cuyo director había producido y conducido una película de propaganda nacionalsocialista difundida durante el régimen nazi. De esta forma, al reconocimiento del efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el orden jurídico y de la facultad del tribunal constitucional para revisar, al resolver recursos de amparo, si los jueces ordinarios habían tenido en cuenta los derechos fundamentales eventualmente involucrados, se sumaba esta otra concreta manifestación de ruptura. Este papel redentor de la jurisdicción constitucional también ha sido calificado como fundacional, como antes se dijo<sup>40</sup>. En estos escenarios el Tribunal Constitucional se considera obligado a par-

---

<sup>37</sup> Bogdandy von, Armin y Davide Paris, “La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional Federal alemán”, en *Revista Derecho del Estado*, 43, mayo-agosto de 2019, pp. 5 y ss.

<sup>38</sup> Kneip, Sascha, *op. cit.*, pp. 137 y ss.

<sup>39</sup> Ackerman, Bruce, “The rise of world constitutionalism”, en *Virginia Law Review*, 83, 1997, pp. 771 y ss.

<sup>40</sup> Boulanger, “Role Theory...”, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

ticipar de manera relevante en el levantamiento de la nueva institucionalidad y en el afianzamiento de los principios del sistema democrático emergente.

Otro ejemplo de este compromiso democrático-constitucional se encuentra en su sentencia referida a la creación de una sociedad de propiedad estatal sobre la Televisión o Radiodifusión Alemana, denominada en medios políticos la televisión de Adenauer, con la cual el Tribunal Constitucional Federal coronaba casi una década desde su puesta en funcionamiento. En esta decisión se declaró inconstitucional dicha creación, porque la Federación no podía asumir la prestación de la televisión o radiodifusión pública ni tener una posición determinante en ella, ya que ello debía permanecer en manos de los Estados federados (*Länder*), como ocurría entonces, bajo parámetros que garantizaran la distancia o libertad del medio respecto del Estado. Se señalaron los principios destinados a asegurar la libertad y pluralismo que deberían ser tenidos en cuenta en este ámbito. El trasfondo del conflicto resuelto por la jurisdicción constitucional fueron las críticas a lo que se consideraba un intento del Canciller federal de formar una televisión estatal como instrumento de difusión de determinadas posiciones políticas. La sensibilidad ante el tema guardaba relación con el pasado, pues durante el nazismo fueron centralizadas las emisoras de radio de los *Länder*, conjuntamente con una política de completa estatización de la actividad, y se estableció una extensa red de emisoras subordinadas al gobierno federal y dependientes del ministerio de propaganda<sup>41</sup>.

El tribunal constitucional había reafirmado también su autoridad mediante una memoria que elaboró y envió a las demás autoridades constitucionales a mediados de 1952, en la cual hacía valer su estatus como órgano constitucional federal que estaba a la par que el Presidente Federal, el Gobierno Federal, el Parlamento Federal y el Consejo Federal. Hasta ese momento dicho tribunal era tratado en distintos aspectos como cualquier otro órgano jurisdiccional, sin que se reconociera el estatus de órgano constitucional que en su criterio le correspondía, en su carácter de “máximo guardián de la Constitución”. Lo requerido por el tribunal tenía diversas implicaciones; suponía conferirle independencia respecto del Ministerio de Justicia Federal, en los aspectos presupuestarios y administrativos en los que dicho ministerio tenía incidencia sobre el funcionamiento de los tribunales federales. La Ley Fundamental no contemplaba expresamente lo sostenido por el tribunal constitucional, pero esto era una interpretación plausible de la misma, abonada por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal. La memoria suscitó controversia, pero este salió victorioso en su empeño por afirmar su posición constitucional<sup>42</sup>. Lo más importante para el robustecimiento de esta autoridad ha sido, no obstante, la confianza de la ciudadanía, que se ha granjeado precisamente por su firme actitud de defensa de los derechos fundamentales y del orden democrático, basada en su independencia, equilibrio y conciencia de su misión.

---

<sup>41</sup> Véase DW, “Objetiva y crítica: radiodifusión pública en Alemania”, en <https://bit.ly/4225xZY>; también <https://bit.ly/42bw2fK>

<sup>42</sup> Bogdandy von, Armin y Paris, Davide, *op. cit.*, p. 7.



En España la función cumplida por la jurisdicción constitucional en la transición y en la consolidación democrática fue capital. La inestabilidad del cambio en desarrollo lo puso de manifiesto el intento de golpe de Estado del 23-02-1981. Casi un mes antes el tribunal constitucional había dictado su primera sentencia, el 26-01-1981. Ello explica que Tomás y Valiente haya apuntado que: "*La jurisprudencia del Tribunal fue aceptada como síntoma y refuerzo de la buena salud del sistema constitucional amenazado un mal día de infausto recuerdo*"<sup>43</sup>. Pero no fue esta la única señal de la fragilidad de la ruta constitucional ni fue la postura de las fuerzas armadas y su relación con la nueva institucionalidad civil el único tema objeto de preocupación. El problema de las nacionalidades, de la organización territorial del Estado en general, de la violencia terrorista, de la situación económica, entre otros, sacudía a la nave democrática<sup>44</sup>.

El tribunal constitucional, como ya se dijo, comenzó a ejercer control de constitucionalidad sobre leyes o decretos-leyes preconstitucionales en materias como el derecho de reunión y manifestación, el derecho a la huelga, y el régimen local. Debíó ocuparse también de recursos interpuestos contra leyes posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, como la Ley Orgánica sobre el Estatuto de Centros Escolares, con lo cual sentó criterios sobre la libertad de enseñanza y de cátedra y la neutralidad ideológica en instituciones educativas públicas. Fue relevante también su jurisprudencia sobre libertad de expresión, el debido proceso y la presunción de inocencia. En ocasiones tuvo que reafirmar la operatividad jurídica inmediata de los derechos fundamentales, al menos de su contenido básico, a falta de ley de desarrollo, como sucedió respecto de la objeción de conciencia al servicio militar. Sus esfuerzos referidos a la protección de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo fueron calificados como la labor "*más noble y la más grata*"<sup>45</sup> que debió prestar.

El reparto competencial entre el Estado central y las Comunidades Autónomas fue otro asunto en el que la jurisdicción constitucional fue puesta a prueba y logró construir autoridad en esta fase inicial. En este último ámbito era notorio el desafío que debía arrostrar el tribunal, pues la Constitución no cerraba la regulación sobre la distribución político-territorial del poder, sino que abría un amplio espacio para la definición ulterior por medio de los Estatutos de Autonomía<sup>46</sup>. Predominaba la indeterminación constitucional y la ausencia de modelos comparados fácilmente aprovechables. El Estado de las Autonomías tenía que ser perfilado con participación de muchos actores institucionales, siendo el tribunal constitucional uno de ellos. La sentencia dictada en 1983<sup>47</sup> en relación con el proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, de 1982, fue crucial para delimitar la esfera

---

<sup>43</sup> Tomás y Valiente, Francisco, "La Constitución y el Tribunal Constitucional", en Rodríguez-Piñero, Miguel y otros, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, CEC, 1995, p. 17.

<sup>44</sup> Biagi, *op. cit.*, pp. 87 y ss.

<sup>45</sup> Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, p. 21.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 24 y ss.

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto.

de actuación del legislador y de la jurisdicción constitucional en esta materia, y esta dejó a salvo sus funciones de interpretación constitucional y evitó una invasión de aquel en las facultades propias del poder constituyente.

Cuando se cumplieron veinte años de la tarea jurisprudencial del tribunal constitucional, se hizo un balance que afirmaba rotundamente las bondades de esta jurisdicción constitucional para la democracia constitucional en España. Se han distinguido dos fases: la primera, que se extiende desde 1981 hasta finales de la década de los ochenta, y la segunda que arranca con los años noventa. La primera se distinguiría porque el tribunal: "*centra sus esfuerzos en asentar los principios y valores constitucionales*"<sup>48</sup>; en especial, se dedica a la protección y reivindicación de la fuerza jurídica de los derechos fundamentales y a cumplir una labor arbitral entre los poderes del Estado, muy particularmente en materia autonómica. Es entonces cuando se dictan sentencias sobre los temas antes aludidos, claves para el despliegue de los postulados del nuevo orden constitucional y democrático. Mientras que en la segunda fase, ya consolidada la transición, y una vez que la jurisdicción ordinaria ha asumido "*su condición de garante natural de los derechos fundamentales*", dicho tribunal desempeña su función de "*intérprete supremo de la Constitución*"<sup>49</sup>.

### **1.3. Tribunales constitucionales en contextos autoritarios o de ruptura política y los escenarios de fracaso, retracción o captura de la jurisdicción constitucional**

#### **1.3.1. Tribunales constitucionales y sistemas autoritarios**

En los últimos años se ha intensificado el estudio del papel que pueden jugar altas cortes y tribunales constitucionales en regímenes autoritarios<sup>50</sup>. Por mucho tiempo la materia no se consideraba merecedora de un análisis detenido, ya que se pensaba que tales tribunales no podían hacer algo distinto a replicar en el orden político las fuerzas y tendencias ya presentes en el sistema de dominación. En otras palabras, al carecer de efectos propios en la dinámica institucional, no tendría mucho sentido examinar separadamente su actuación. Sin embargo, estudios apoyados en aproximaciones politológicas han puesto de manifiesto que la situación suele ser diferente. Al igual que las Constituciones, los tribunales constitucionales desempeñan funciones particulares y a veces inesperadas en sistemas actual o tendencialmente autoritarios. Esos tribunales y en general las altas cortes suelen ser instrumentos efectivos en manos del gobernante autoritario o del que

<sup>48</sup> Aguiar de Luque, Luis y Pérez Tremps, Pablo, *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*, Valencia, tirant lo blanch, 2002, p. 19.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>50</sup> Con base en el interesante estudio de Moustafa, Tamir y Ginsburg, Tom, *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, 2008; véase Landau, David y Dixon, Rosalind, "Abusive judicial review: courts against democracy", en *UC Davis Law Review*, 53, 2020, pp. 1313 y ss.; Urosa Maggi, Daniela, *op. cit.*, pp. 39 y ss.; Casal, Jesús María, "The Constitutional Chamber...", *op. cit.*, pp. 913 y ss.

propende a serlo, como herramienta útil a fin de lograr: el ejercicio de control social; la legitimación con barniz jurídico de algunas decisiones, para apuntalar políticas oficiales o favorecer los intereses de quien detenta el poder; el arreglo de conflictos al interior de la coalición dominante; la adopción por los jueces de medidas que la clase política por motivos de conveniencia prefiere delegar a la jurisdicción; o la creación de esferas de interacción sujetas a cierta juridicidad, en aras de alcanzar objetivos económicos<sup>51</sup>. Ejemplos de ello son las sentencias dictadas por tribunales constitucionales o altas cortes en países latinoamericanos para facilitar la reelección indefinida de los respectivos Jefes de Estado en sus cargos. Sin embargo, en algunas ocasiones dichos tribunales generan cierta contención, cierto encauzamiento institucional, nunca la del Estado democrático de Derecho pero sí una que no puede ser ignorada. Fue el caso del tribunal constitucional durante la dictadura de Pinochet, especialmente con motivo de la preparación de la convocatoria del plebiscito de 1988, previsto en la Constitución de la dictadura, frente al cual aquel procuró dejar a salvo determinadas garantías de participación.

El uso de instituciones de la democracia constitucional para apuntalar procesos populistas y autoritarios de dominación se ha extendido en las últimas décadas. Las llamadas democracias iliberales se han venido replicando en diversos contextos y las fuerzas autoritarias que las impulsan se aprovechan de las formas de la democracia y del Estado de Derecho para socavarlos desde adentro. Los tribunales constitucionales han sido sometidos también a esta peligrosa dinámica y muchos han terminado siendo actores de la dominación autoritaria. Ello se explica en parte porque aquellos han sido víctimas de su propio éxito. La experiencia altamente positiva de la jurisdicción constitucional después de la Segunda Guerra Mundial, en las dos primeras oleadas antes esbozadas, condujo a que la introducción de un tribunal constitucional dentro de una institucionalidad democrática naciente o recuperada se valorara como signo de compromiso con la democracia y el Estado de Derecho. Así ocurrió con los países de Europa Central y del Este. No siempre la implantación de estos tribunales ha estado acompañada del resultado democratizador esperado. Por otro lado, varios regímenes autoritarios han recurrido a la figura de los tribunales constitucionales para afianzarse ¿Qué conclusión cabe extraer de estos fenómenos en lo concerniente al probable rol de los tribunales constitucionales en transiciones a la democracia?

La respuesta requiere una diferenciación de las situaciones en las que un tribunal constitucional puede ser instaurado o puede actuar. No basta con apuntar que en varios países con regímenes autoritarios o iliberales hay o ha habido tribunales constitucionales. Recuérdese que la mayoría de los Estados en el mundo pertenece a las categorías de los regímenes o híbridos o autoritarios<sup>52</sup>, por lo que no es extraño que haya tribunales constitucionales

<sup>51</sup> Moustafa, Tamir y Ginsburg, Tom, *op. cit.*, pp. 1 y ss.

<sup>52</sup> Véase el índice de la Democracia del 2021, en <https://bit.ly/3q3Aa3U>; véase también Ginsburg, Tom, y Simpser, Alberto, *Constitutions in authoritarian regimes*, Cambridge University Press, 2014.

les en muchos sistemas no propiamente democráticos, sobre todo en virtud de la tendencia señalada a destruir la institucionalidad desde adentro o con barniz seudodemocrático. La inclinación a camuflar bajo ropajes constitucionales la erosión de los medios de contención del poder público, y a la vez a acelerarla gracias a la utilización de la Constitución y del poder constituyente, se ha acentuado, como también la de mantener convocatorias electorales como fachada, aún en regímenes autoritarios<sup>53</sup>. Desde la óptica de este trabajo la clave radica en determinar si esta evolución desfavorable pone en entredicho la idea de que los tribunales o salas constitucionales pueden contribuir al desarrollo de procesos de transición a la democracia, como ya vimos ha sucedido en varios ordenamientos. Estimo que hay fundamentos suficientes para contestar negativamente.

La existencia de un tribunal constitucional dentro de un sistema autoritario y su instrumentalización política en beneficio de los gobernantes puede obedecer a causas muy diversas que deben ser precisadas antes de poder extraer una conclusión respecto del interrogante planteado. Que en un régimen predominantemente autoritario de nuestro tiempo se procure incorporar al diseño constitucional un tribunal constitucional parece algo natural, por las razones indicadas, como también es previsible que este, capturado políticamente, secunde las medidas e intereses oficiales. Más problemáticos a la luz de nuestro objeto de análisis son los casos en que un tribunal o sala constitucional preexistente apalanca, desde una fase previa de democracia o de hibridez del sistema político, la dominación autoritaria. El caso venezolano ilustra esto en parte, pero es distinto al de los escenarios de transición a la democracia. La Sala Constitucional fue creada desde el inicio de este ciclo político, en el que el sistema se ha hecho cada vez más autoritario, con el punto de partida de una democracia debilitada y pronto de un régimen híbrido. Cabría afirmar que el desempeño de esta Sala, así como el de sus homólogos en Nicaragua y Bolivia, pone de manifiesto la influencia de salas o tribunales constitucionales en la degeneración de un sistema desde una hibridez inicial hacia un autoritarismo más o menos abierto.

Sin embargo, al hacer una valoración de conjunto, en perspectiva comparativa, sobre la actuación de los tribunales constitucionales el resultado es favorable. Téngase en cuenta que, cuando el autócrata electivo utiliza la Constitución, la democracia y las altas cortes, incluyendo a las cortes constitucionales, para enraizar su hegemonía, las está desnaturalizando o tergiversando. La Sala Constitucional venezolana, por ejemplo, está muy lejos de ser una jurisdicción constitucional, pues ni siquiera es jurisdicción, al carecer de independencia y ser un protagonista militante del desmantelamiento del Estado democrático de Derecho. Algo similar ocurre con las denominadas democracias iliberales que se han valido de tribunales constitucionales capturados, las cuales no son en rigor democracias. Sería erróneo plantear

---

<sup>53</sup> Véase, entre otros, D. Landau, "Abusive Constitutionalism", en *UC Davis Law Review* 47, 2013, pp. 189 y ss.; Landau, David y Dixon, Rosalind, *op. cit.*, pp 1313 y ss.; Szmolka, Inmaculada, "Los regímenes políticos híbridos: democracias y autoritarismos con adjetivos. su conceptualización, categorización y operacionalización dentro de la tipología de regímenes políticos", en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 147, 2010, pp. 103 y ss.

que debe eliminarse la democracia porque hay regímenes que se valen de sus formas y mecanismos para destruirla y oprimir al ciudadano. Lo que procede es analizar estos procesos de socavamiento y adulteración para definir el modo de evidenciarlos, contenerlos y prevenirlos a futuro. Una reflexión semejante es igualmente pertinente respecto de la jurisdicción constitucional, como veremos.

No pensemos, por otro lado, que una alta corte judicial ordinaria, al estilo de la antigua Corte Suprema de Justicia venezolana, que haya sido capturada y se encuentre comprometida de manera militante con una dominación autoritaria, no estaría en capacidad de asestar golpes certeros contra la democracia. Tal vez no serían cuantitativamente de igual severidad a los provenientes de una sala o tribunal constitucional, pero la diferencia sería más cuantitativa que cualitativa. Recuérdese que la Corte Suprema de Justicia venezolana, sin haber sido capturada, mediante sus sentencias del 19-01 y la del 14-10-1999, abrió las puertas a la dictadura constituyente y a sus derivaciones.

Conviene observar, por otra parte, que de alguna manera los tribunales constitucionales mantienen en alto su honor y su vinculación con la defensa de la democracia y los derechos humanos cuando son bloqueados, neutralizados o suprimidos por gobernantes con ambiciones autoritarias. También allí demuestran que su misión institucional está clara y por eso el gobernante con vocación autoritaria se empeña en subyugarlos. Esa fue la experiencia del ensayo precursor de la jurisdicción constitucional en Austria en el periodo de entreguerras. El propio Kelsen fue víctima de ese menoscabo funcional del Tribunal Constitucional austriaco, que desembocaría luego en su virtual paralización, bajo el asedio del nacionalsocialismo<sup>54</sup>. Algo parecido sucede con las operaciones de captura política de estos órganos, difícilmente ocultables y que ponen de relieve la naturaleza del régimen instaurado o emergente.

En Hungría y Polonia los respectivos tribunales constitucionales fueron neutralizados y asaltados políticamente por los actuales regímenes populistas, de manera ostensible<sup>55</sup>, despertando alarmas a nivel de las instituciones europeas por la seria amenaza al Estado de Derecho que ello representaba. La incomodidad que supone un tribunal constitucional consciente de su papel para un gobernante no democrático es tan grande que estos combates se están dando y dejan a salvo, cuando aquel no se doblega sino es derribado o capturado, su compromiso democrático. Ejemplo reciente de ello ha sido la ocupación política de la Sala de lo Constitucional en El Salvador. Con acierto afirmó Cappelletti que: *"ningún régimen dictatorial y opresivo ha aceptado alguna vez un sistema efectivo, no meramente nominal, de justicia*

---

<sup>54</sup> Cruz Villalón, Pedro, *La formación...*, op. cit., pp. 262 y ss.

<sup>55</sup> Véase W. Sadurski, *Constitutional crisis in Poland*, en: Graber, Mark, Levinson, Sanford y Tushnet, Mark (eds.), *Constitutional democracy in crisis?*, Oxford University Press, 2018, pp. 257 y ss.; Scheppele, Kim, "Autocratic Legalism", en *The University of Chicago Law Review*, 85, 2018, pp. 545 y ss.

constitucional”<sup>56</sup>, entendiéndose aquí que la efectividad está referida a la función propia de la jurisdicción constitucional (de la libertad). Lo que tal vez no llegó a ver Cappelletti fue la frecuencia con la que esa jurisdicción está siendo utilizada por gobiernos autoritarios de manera efectiva para socavar la democracia, pero, cuando ocurre, es a costa de la esencia misma de tal jurisdicción. Tanto es así que, al quedar en evidencia en sistemas híbridos la operación de captura política, y suele ser pronto, el tribunal constitucional (adulterado) pierde aceleradamente la confiabilidad, legitimidad o autoridad que le hubiera permitido cumplir su papel en un ciclo anterior.

En un contexto de recuperación democrática, un tribunal o sala constitucional puede prestar una contribución relevante a la democratización. Si se está pensando en la conveniencia de sustituir tribunales o salas constitucionales, que actúen en sistemas mixtos de justicia constitucional, por un sistema difuso de control de la constitucionalidad, habría que hacer dos advertencias. La primera es que esta cuestión no debe plantearse de manera abstracta. En materia institucional es imprescindible atender al contexto, con todas sus dimensiones. El establecimiento de un sistema difuso de control en ordenamientos en los que los jueces raramente lo han ejercido, porque han estado habituados al impulso procedente de altas cortes o por otros factores, podría traducirse muy probablemente en una parálisis o en una tímida actividad de la justicia constitucional, en lo que al control de constitucionalidad respecta, precisamente en los momentos en que su funcionamiento puede ser más necesario para la recuperación o consolidación democrática. Al minimizar la jurisdicción constitucional, para que no haga daño en el momento tendencial o marcadamente autoritario, la debilitamos también para que brinde sus aportes en la fase de democratización. El asunto de fondo es, en todo caso, promover diseños institucionales que coadyuven a evitar que esa situación proclive al autoritarismo se suscite. Luego volveremos sobre el caso venezolano, donde hay otros aspectos que deben ser evaluados.

En cualquier examen comparativo que reflexione sobre las bondades o peligros de los tribunales constitucionales han de tenerse presentes, además, las experiencias en las que estos han contribuido a preservar o afianzar un orden democrático, como lo ilustran la actuación de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en 1993, que salvó la estructura democrática del atentado golpista del Presidente de la República<sup>57</sup>, o la de la Corte Constitucional colombiana y la Sala Constitucional de Costa Rica en favor de la consolidación democrática.

Lo aquí afirmado no implica que se sea partidario de crear un tribunal constitucional o de mantener la actual regulación constitucional sobre la jurisdicción constitucional en Venezuela; solo sostengo que el hundimiento de algunos tribunales constitucionales, su captura o la instrumentalización

---

<sup>56</sup> Cappelletti, Mauro, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: Studi di diritto giudiziario comparato*, Bolonia, il Mulino, 1994, p. 69.

<sup>57</sup> Lösing, Norbert, “El guardián de la Constitución en tiempos de crisis”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2000, p. 146.

política de esta figura no desvirtúan las consideraciones formuladas en las primeras partes de este trabajo sobre el papel relevante que pueden desempeñar y han cumplido en procesos de transición a la democracia. La mejor jurisdicción constitucional no es necesariamente la más fuerte desde el punto de vista de la amplitud de sus competencias, sino la que posea las atribuciones, estatus y capacidad de acción que, según la realidad y circunstancias de cada país, sean suficientes para lograr una protección efectiva de la Constitución, los derechos y la democracia.

### **1.3.2. Tribunales constitucionales y situaciones de ruptura política**

Un planteamiento que ha surgido en relación con la actuación de tribunales constitucionales frente a coyunturas institucionales singulares es el de la limitada capacidad de respuesta que tendrían las cortes constitucionales en situaciones de ruptura política. Brown y Waller han llevado a cabo una investigación a partir de algunas experiencias concretas, como las de Hungría, Rusia, Turquía, Sudáfrica y Egipto, y estiman que las cortes constitucionales no suelen jugar un rol importante en contextos de ruptura política y que difícilmente pueden hacerlo. En los casos especiales en que ciertas cortes intervencionistas o activistas habrían operado de manera relevante en tales momentos, a mediano plazo estas se repliegan o son capturadas<sup>58</sup>.

Importa aclarar que tales autores no pretenden examinar específicamente el rol de las cortes constitucionales en procesos de transición a la democracia ni en las transiciones en general, sino circunscriben su estudio a las situaciones de ruptura, esto es, de colapso o transformación súbita de un régimen u otras formas de quiebre que se caracterizan por el cuestionamiento profundo a las estructuras de gobierno en vigor y al marco jurídico respectivo, lo que llevaría normalmente aparejado un vacío constitucional, una fase en mayor o menor grado extra-constitucional y cargada de incertidumbres. Su objeto de análisis es, pues, el de un tipo y un momento de una posible transición política. No focalizan su indagación en las transiciones a la democracia, sino consideran las transiciones políticas como concepto general o neutral, y evalúan el rol desempeñado por tribunales constitucionales en estos contextos. Estiman que aquellos suelen replegarse en tales circunstancias de incertidumbre ligada a una ruptura, pero que en ocasiones emergen ciertos tribunales intervencionistas, dadas determinadas condiciones, ligadas a la centralidad institucional en la organización de la jurisdicción constitucional, la fuerte personalidad y liderazgo de determinadas figuras dentro de las respectivas cortes y la división prevalente entre las ramas electas del Estado. En atención a los casos que analizan, concluyen que cuando, de manera excepcional, los tribunales constitucionales en tales coyunturas son intervencionistas no suelen ser exitosos a mediano o largo

---

<sup>58</sup> Brown, Nathan and Waller, Julian, "Constitutional courts and political uncertainty: Constitutional ruptures and the rule of judges", *International Journal of Constitutional Law*, 2016, Vol. 14 N° 4, pp. 817 y ss.

plazo o no pueden sostener ese comportamiento en las fases inmediatamente posteriores.

Al respecto, conviene observar que este interesante trabajo reúne experiencias bastante heterogéneas, cuyo tratamiento requiere, desde la óptica de la transición a la democracia, algunas puntualizaciones. Por ejemplo, en Turquía el tribunal constitucional procuró desde el 2002 contener el avance electoral de movimientos islámicos, en defensa del orden político tradicional laicista garantizado por los militares. Pasó de ser un órgano sujeto al sector militar, como guardianes del sistema imperante y de la secularización de la vida pública que imponía, a quedar sometido, tras ser capturado por fuerzas políticas emergentes, al movimiento islámico que hoy rige ese país<sup>59</sup>. Es decir, no se trataba de una intervención de la jurisdicción constitucional en una transición política a la democracia ni desde la democracia. En Rusia hubo una lucha de poder en la que el tribunal constitucional tomó partido abierta y políticamente a favor de las fuerzas enfrentadas al Presidente Yeltsin<sup>60</sup>. En Egipto la dinámica fue ambivalente y la Suprema Corte Constitucional supo moverse con habilidad según las oscilantes circunstancias<sup>61</sup>, sin que se posicionara realmente como un guardián de la democracia. Desde la perspectiva del presente estudio los casos de Sudáfrica y Hungría merecen ser abordados separadamente.

En Hungría, tras las negociaciones que apuntalaron la transición a la democracia, el tribunal constitucional asumió un notorio activismo desde 1990, bajo el impulso de su Presidente, Sólyom, quien con apoyo en lo que denominaba la Constitución invisible quiso imprimir a los preceptos de la Constitución una significación cónsona con el pensamiento occidental sobre la democracia y el Estado de Derecho, tomando como referencia el acervo constitucional europeo. Ese activismo le llevó a tener conflictos recurrentes con los poderes políticos, en temas principales de la agenda política, y ello generó una respuesta de la clase política, al culminar el periodo de Sólyom en el tribunal, consistente en la captura política y debilitamiento de la jurisdicción constitucional<sup>62</sup>.

En Sudáfrica se reconoce el papel destacado jugado por el tribunal constitucional durante la transición a la democracia, lo cual estuvo asociado en la experiencia sudafricana a la función que se atribuyó al tribunal constitucional de ser garante del respeto a los acuerdos alcanzados y a los principios democráticos y los derechos humanos que los iluminaron, bajo una

---

<sup>59</sup> Shambayati, Hootan, "The Guardian of the Regime: The Turkish Constitutional Court in Comparative Perspective", en Arjomand, Said (Ed.), *Constitutional Politics in the Middle East*, Oñati, International Institute for the Sociology of Law, 2007, pp. 99 y ss.

<sup>60</sup> Trochev, Alexei. *Judging Russia: Constitutional Court in Russian Politics 1990-2006*. New York, Cambridge University Press, 2008.

<sup>61</sup> Brown, Nathan y Waller, Julian, *op. cit.*, pp. 839 y ss.

<sup>62</sup> Halmaj, G., "The Making of 'Illiberal Constitutionalism' with or without a New Constitution The Case of Hungary and Poland", en Landau, D./Lerner H. (eds.), *Comparative Constitution Making*, Cheltenham, Elgar, 2019, pp. 302 y ss.; Sólyom L., "Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary", en Bogdandy, A./Sonnevend, P. (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford, Hart, 2015, pp. 5 y ss.



perspectiva que enfatizaba la consideración de la posición de la minoría y la correlativa contención de la mayoría. Ese tribunal fue creado en la Constitución interina de 1993, en la primera etapa de la transición, y es innegable el éxito de su desempeño como garante durante el proceso de elaboración de la Constitución, aprobada finalmente por el tribunal en 1996. No obstante, los autores citados observan que dicho tribunal perdió prontamente ese talante intervencionista, en la fase posterior. Los cambios producidos en el sistema institucional, que pasó a presentarse más cohesionado en torno a un eje, una vez que el partido mayoritario, el Congreso Nacional Africano, comenzó a dominar la vida política, así como las dudas que surgieron sobre el sesgo partidista de algunas designaciones efectuadas en el Tribunal, restaron fuelle a la jurisdicción constitucional. Al haber cumplido su tarea fundamental de asegurar una transición pacífica, respetuosa de los acuerdos, en un escenario de gobierno dividido, y al suscitarse los cambios apuntados, el tribunal constitucional perdió *"su habilidad para actuar como un jugador político de primer orden"*<sup>63</sup>. No pudo mantenerse por más tiempo en su posición de *"actor político poderoso"*<sup>64</sup>. El Tribunal siguió siendo activo *"en la defensa de derechos individuales y de protecciones sociales"*<sup>65</sup> pero empezó a eludir los asuntos de impacto político.

Los hallazgos del estudio de Brown y Waller no apuntan en la dirección de estimar inconveniente la creación o conservación de un tribunal constitucional, ni es el objetivo de los autores despejar alguna incógnita al respecto. Su punto focal es otro. Y las conclusiones a que arriban sobre las experiencias examinadas son útiles sobre todo en lo concerniente a entender las dificultades que pueden tener las cortes constitucionales en ciertas circunstancias y algunos de los factores que explicarían su excepcional intervención activa en tales momentos, como también el posible repliegue ulterior de su protagonismo. Esto no quiere decir que su papel no haya sido relevante y positivo. Muestra de ello es el caso sudafricano, con un balance más favorable en la fase inicial de la superación del régimen del *apartheid* y una retracción posterior, que no desvirtúa sus logros para la transición a la democracia. Lo hecho por este Tribunal más bien confirma lo certero de la decisión de haberlo introducido, y el que haya dejado de ser *"un jugador político de primer orden"*, como llegó a serlo, no significa que reme contra la democracia y los derechos humanos. Un tribunal constitucional no necesita ser siempre *"un jugador político de primer orden"* para que se justifique su creación y mantenimiento. Es suficiente con que cumpla su papel de control del poder con base en la Constitución y los derechos humanos, sin perjuicio de las oscilaciones que puedan ocurrir. Tampoco tiene que seguir el mismo itinerario recorrido por las cortes constitucionales en las experiencias consideradas por estos autores, agotando sus fuerzas en la etapa inicial en virtud de un marcado protagonismo, ni las circunstancias que deberá enfrentar tienen que ser iguales, como lo demuestra el éxito de la jurisdicción constitucional de la segunda postguerra europea y el de varios tribunales

---

<sup>63</sup> Brown, Nathan y Waller, Julian, *op. cit.*, p. 830.

<sup>64</sup> *Ibíd.*, p. 831.

<sup>65</sup> *Ibíd.*, p. 832.

constitucionales latinoamericanos. También, por cierto, el de la Corte Constitucional sudafricana, según lo antes explicado.

Esto no significa que no haya lecciones que extraer del citado estudio. Así, el naufragio del activismo un tanto descontextualizado histórica y políticamente de la jurisdicción constitucional en Hungría evidencia la importancia de la prudencia y de la visión estratégica de las cortes constitucionales, y de toda jurisdicción constitucional, para que puedan cumplir sus funciones y perdurar sin ser capturadas políticamente.

Un trabajo relevante, que merece igualmente un comentario desde la perspectiva de las transiciones a la democracia y el papel de la jurisdicción constitucional, es el de Ginsburg. El autor distingue cuatro roles que pueden jugar los tribunales constitucionales u otras cortes en esos contextos: **(i)** a veces las cortes operan como actores del pasado, protegiendo los intereses del gobierno autoritario en situaciones en que se prevé su salida del poder pero de manera gradual, bajo la premisa de que aquel conserve el poder para ordenar la transición; **(ii)** en ocasiones las cortes actúan como agentes del futuro, contribuyendo a la transformación del proceso político y acicateando la consolidación de la democracia; **(iii)** en raras oportunidades, las cortes desencadenan la transición como tal, provocando la movilización política o ciudadana y volcando al régimen hacia la transformación; y **(iv)** las cortes pueden ser simplemente agentes marginales, que ni facilitan, ni impiden la transición. Ejemplo de lo primero fue el rol asignado a las cortes, incluyendo al tribunal constitucional, con arreglo a la Constitución turca redactada por los militares en 1982; de lo segundo, la labor del tribunal constitucional italiano después de la Segunda Guerra Mundial; de lo tercero, la decisión de la Corte Suprema de Ucrania que ordenó, en 2004, repetir las elecciones fraudulentas en las que había sido declarado ganador el gobernante autoritario, impulsando la Revolución Naranja; una muestra de lo último se encuentra, en parte, en el tribunal constitucional ruso después de su restablecimiento en 1995<sup>66</sup>.

La jurisdicción constitucional, con tribunales constitucionales o sin ellos, según las tradiciones, realidades y sistemas, puede hallarse en cualquiera de estas situaciones. No es necesario que aquellos hayan precipitado la ruptura o la transición ni que sean siempre activistas o intervencionistas para que se justifique su introducción o conservación en el sistema constitucional. Basta con que pueda esperarse razonablemente que harán contribuciones relevantes para la democratización. De hecho, estas se producen generalmente en la fase de la transición posterior al quiebre de sistema, que luego culmina en la consolidación democrática.

---

<sup>66</sup> Ginsburg, Tom, "Courts and New Democracies: Recent Works", en *Public Law and Legal Theory Working Papers*, 388, 2012, pp. 2 y ss.

## **2. ¿Qué hacer con la jurisdicción constitucional en Venezuela?**

### **2.1. El diseño institucional de la jurisdicción constitucional**

Es indudable que la reflexión sobre el destino de la Sala Constitucional y el diseño apropiado de la jurisdicción constitucional en Venezuela resulta pertinente. Numerosos estudios se han referido al rol jugado por la Sala Constitucional en el desmantelamiento de la democracia y del Estado de Derecho. Después de tantos años de graves desafueros cometidos por dicha Sala, existe consenso en que deben introducirse reformas en la jurisdicción constitucional pero hay visiones diversas sobre la dirección concreta que aquellas deberían seguir.

Se entrecruzan en este debate muchos aspectos. Importa a mi juicio diferenciar entre premisas conceptuales preexistentes o coetáneos que fueron aprovechadas por la Sala Constitucional para desplegar su autoritarismo judicial y otros fundamentos específicos que fueron forjados por ella. Como justificación teórica, la Sala Constitucional fue instaurada principalmente para fortalecer el control de constitucionalidad de las leyes y el sistema de justicia constitucional, al establecerse una instancia jurisdiccional dedicada de manera especial a cumplir atribuciones relevantes de garantía constitucional y al preverse mecanismos de articulación entre la instancia última de la justicia constitucional y los jueces ordinarios, en lo concerniente al ejercicio por estos del control difuso de la constitucionalidad y de las competencias en materia de amparo constitucional. Por otra parte, ciertas ideas dominantes en el país al momento de la creación de la Sala Constitucional apuntaban a una jurisdicción constitucional muy ambiciosa desde el punto de vista competencial y poco dispuesta a someterse al marco constitucional explícito y mucho menos legislativo sobre sus atribuciones y su actuación procesal. Junto a esto concurrió la progresiva intensificación de la corriente autoritaria que motorizaba la jurisprudencia iliberal y antidemocrática de este órgano.

La Sala se colocó rápidamente por encima de las demás, sin duda en lo funcional, por más que dejara a salvo la igual jerarquía formal entre todas las Salas de un único TSJ. Expandió sobremanera sus facultades de revisión de sentencias y de declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa. Desvirtuó el sentido del efecto vinculante de las interpretaciones constitucionales emanadas de la jurisprudencia de esa Sala, previsto en el artículo 335 de la Constitución, para convertirlo en la potestad de imponer en abstracto interpretaciones de la Constitución y para cercenar el campo legítimo de acción del juez ordinario en la interpretación constitucional. Mucho más habría que mencionar como parte de la voracidad competencial de la Sala Constitucional y a los aspectos procesales enunciados han de sumarse sus líneas jurisprudenciales sustantivas claramente autoritarias.

Lo que ha hecho la Sala Constitucional en todo este ciclo de dominación no puede explicarse considerando solamente premisas teóricas sobre

la universalidad del control judicial de constitucionalidad o sobre la necesaria amplitud de los poderes de la Sala Constitucional, sino que es indispensable tener en cuenta el arsenal procesal y sustantivo específicamente autoritario desarrollado por dicha Sala<sup>67</sup>. Nuestra Sala Constitucional no puede ser vista simplemente como un ejemplo descollante de la tendencia a la expansión global del poder judicial o de la jurisdicción constitucional, o de hiperconstitucionalización del ordenamiento jurídico. Estos paradigmas no hubieran dado lugar, por sí solos, al protagonismo autoritario que hemos padecido, sino que facilitaron la realización de esa degeneración deliberada de la institucionalidad democrática, con sus sustentos procesales y materiales propios<sup>68</sup>. Este ha sido uno de los daños ocasionados por el proceso antidemocrático en marcha: que muchas instituciones resultan desquiciadas, desligadas del propósito constitucional al que deberían responder, para insertarse en otra lógica, dado el afán de actores del régimen de camuflarse bajo el ropaje democrático-constitucional a fin de cimentar la hegemonía personal e ideológica.

Todo esto ha de aquilatarse al efectuar un balance y propuestas para el futuro de la jurisdicción constitucional en Venezuela. Los enfoques autoritarios que hasta ahora han prevalecido deben ser evidentemente excluidos y las erróneas premisas competenciales y procesales corregidas o abandonadas, con las reformas normativas correspondientes, sin que ello implique necesariamente el rechazo a la existencia de una sala o tribunal constitucional.

No es insólito que se haya planteado la conveniencia de la supresión de la Sala Constitucional y de volver al sistema anterior, previsto en la Constitución de 1961, con posibles modificaciones. Este *paso atrás* sería, de acuerdo con las tesis que lo propugnan, no un retroceso sino una rectificación. Pero también se ha retomado, como antes se apuntó, la idea, ya presente al momento de elaborarse la Constitución de 1999, de crear un tribunal Constitucional, es decir, de dar un *paso adelante*, acompañado igualmente de correcciones. Algunos podrían proponer que continúe en funcionamiento una Sala Constitucional, pero con modificaciones en su régimen competencial y procesal.

Desde luego, dada la necesidad de una transición a la democracia en Venezuela, que quien escribe asume como indispensable, cualquiera de esos planteamientos tendría que sustentarse en un cambio sustancial respecto de la misión o papel institucional de la jurisdicción constitucional, que pasaría, de mantenerse la Sala Constitucional, por una renovación en su composición, así como, en su caso, por una adecuada integración del posi-

---

<sup>67</sup> Véase Brewer-Carías, Allan, *Dictadura Judicial y Perversión del Estado de Derecho*, Caracas, EJV, 2016; Casal, Jesús María, *Asamblea Nacional: conquista democrática vs. demolición autoritaria. Elementos de la argumentación y práctica judicial autoritaria de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, Caracas, UCAB, 2017; Urosa Maggi, Daniela, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

<sup>68</sup> Casal, Jesús María, "La jurisdicción constitucional y la reconstrucción de la institucionalidad democrática", en Casal, Jesús María y Sosa Gómez, Cecilia (Coord.), *op. cit.*, pp. 23 y ss.

ble Tribunal Constitucional o de una Corte Suprema de Justicia que estuviera encargada de ejercer atribuciones de la jurisdicción constitucional. Las designaciones correspondientes tendrían que resguardar la independencia judicial, desconocida en el actual ciclo populista-autoritario, y basarse en las cualificaciones personales y profesionales.

La decisión sobre el diseño institucional de la jurisdicción constitucional estará en gran medida condicionada por los términos en que se produzca la transición política. Si esta es fruto de acuerdos políticos, como los que han pretendido lograrse en el proceso de diálogo y negociación de México, el tema de la Sala Constitucional y del poder judicial en general debería discutirse, en atención a lo dispuesto en el Memorando respectivo. En tal escenario, probablemente tendría preferencia la alternativa de mantener, con reformas de carácter legislativo, a una Sala Constitucional renovada. Ello en una primera fase, que podría culminar con una revisión más amplia de índole constitucional, en la cual serían consideradas las otras propuestas apuntadas.

Ya en 2005, después de hacer un balance de la actuación de la Sala Constitucional en esos primeros años, tuve oportunidad de referirme a la posibilidad de crear un Tribunal o Corte Constitucional<sup>69</sup>, dada la evolución que había tenido la jurisprudencia de dicha Sala. Al haberse erigido esta en instancia superior revisora de toda clase de decisiones de las otras Salas y haberse distorsionado el esquema constitucional de relaciones entre ellas, incluyendo las de la Sala Constitucional con la Sala Plena, es razonable pensar, tal como entonces sostuve, en poner orden mediante la instauración de un Tribunal Constitucional, con competencias puntuales y bien delimitadas, según el principio de enumeración en la atribución de competencias reconocido en la jurisdicción constitucional europea<sup>70</sup>. Esta es solo una opción para la discusión y un asunto secundario en comparación con la identidad institucional de la justicia y jurisdicción constitucional. En todo caso, estimo que una posible reforma de la jurisdicción constitucional debería mantener el sistema mixto o híbrido de justicia constitucional que ha caracterizado nuestra evolución constitucional, particularmente desde la transición a la

---

<sup>69</sup> "Esto conduce a replantear, como uno de los desafíos de nuestra justicia constitucional, el diseño institucional de la jurisdicción constitucional. Una vuelta al pasado, es decir, al modelo del control concentrado de la constitucionalidad en manos de un órgano no especializado como la Sala Plena, cuyos integrantes estén agobiados por los numerosos asuntos que deben atender sus respectivas Salas, habría que descartarla de plano. Pero tampoco sería plausible el mantenimiento de la actual regulación, por lo que cabe pensar en la posibilidad de instaurar franca y definitivamente un Tribunal o Corte Constitucional en Venezuela, superando así la ambigua situación en que nos encontramos, en la que una Sala del Tribunal Supremo de Justicia está claramente por encima de las demás, pese a tener todas teóricamente la misma jerarquía. Vista la dinámica jurisprudencial desarrollada hasta el presente, parece difícil volver al esquema de las Salas Constitucionales respetuosas del status jurídico de las demás, y resulta a la vez conveniente proponer un diseño institucional que ofrezca claridad y coherencia"; Casal, Jesús María, "Los actuales desafíos de la justicia constitucional en Venezuela", en XXX Jornadas J. M. Domínguez Escovar. Estado de Derecho, administración de justicia y derechos humanos, Barquisimeto, IEJEL, 2015, pp. 287 y ss.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 311.

democracia, con el largo intervalo dictatorial de 1948-1958<sup>71</sup>, aunque la vertiente difusa del modelo, hasta ahora adormecida o mutilada, debería robustecerse. Es importante, no obstante, conservar una alta instancia jurisdiccional especializada de jurisdicción constitucional. Un retorno sin ajustes al régimen de control existente durante la vigencia de la Constitución de 1961 y de las normas complementarias previstas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia sería altamente inconveniente. Estas afirmaciones han de leerse junto a las otras que entonces expuse y que ahora reitero. En particular, es preciso subrayar que la discusión sobre el diseño institucional de la jurisdicción constitucional carece de sentido si no se inscribe en el horizonte de la misión propia de esa jurisdicción en una democracia constitucional, como factor de contención y control del poder político, de garantía de la separación de poderes y de los derechos humanos.

## **2.2. Pautas fundamentales para la reconstrucción de la jurisdicción constitucional**

Sin perjuicio de algunas recomendaciones que ostentan singular relevancia para la fase de transición a la democracia, que seguidamente serán esbozadas, paso a enunciar someramente algunos planteamientos que he considerado capitales en relación con la renovación conceptual y funcional de la jurisdicción constitucional.

### **2.2.1. Una jurisdicción constitucional para la libertad**

Reafirmando ideas antes formuladas, es preciso insistir en que la jurisdicción constitucional tiene que asumir que su identidad se contrae a la defensa de la separación de poderes, de los pesos y contrapesos institucionales, de las oportunidades de participación democrática y de los derechos y libertades fundamentales. Conviene reiterar que: *“el ethos o finalidad primordial de esta jurisdicción se encuentra...principalmente en la preservación de espacios de libertad que permitan el desarrollo de las potencialidades humanas, la actuación de las minorías y la fluidez del proceso democrático”*<sup>72</sup>. En relación con este último cometido resulta pertinente aclarar que no comparto una visión puramente procedimental sobre la función de la jurisdicción constitucional y el control de constitucionalidad de las leyes. Este control comprende igualmente aspectos sustantivos, referidos al contenido de los derechos fundamentales. No obstante, la perspectiva de la democracia procedimental ha de incluirse en el análisis de la constitucionalidad de las leyes, también en relación con el tratamiento de esos temas sustantivos.

En el marco del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para América Latina

---

<sup>71</sup> Sabemos que, en teoría, el origen del sistema mixto en Venezuela se remonta al siglo XIX, pero interesa aquí hacer énfasis en el inicio de la transición a la democracia, por hallarse desde entonces algunas manifestaciones, aunque tímidas, del funcionamiento de una justicia constitucional.

<sup>72</sup> Casal, Jesús María, “Los actuales...”, *op. cit.*, p. 323.

de la Fundación Konrad Adenauer estos temas se han discutido desde su creación, en el 2009, y entonces insistí en que era preciso robustecer en la región el tratamiento científico de las funciones institucionales de la jurisdicción constitucional, según lo expuesto en trabajos previos de perspectiva comparada o referidos a la situación constitucional venezolana. El propósito de este planteamiento es propugnar una comprensión de la jurisdicción constitucional que la perfile cada vez con más vigor como una jurisdicción constitucional de la libertad, como un conjunto orgánico y procesal destinado a resguardar la separación de poderes, el pluralismo político y social, la autonomía individual y los derechos fundamentales en general. De este modo, se sale al paso de corrientes que puedan preconizar una jurisdicción constitucional pretendidamente neutral, sin identidad funcional específica, o de aquellas puestas al servicio de una ideología meta-constitucional o de una dominación personal o autoritaria<sup>73</sup>. La jurisdicción constitucional no está pensada simplemente para garantizar la supremacía de las normas constitucionales, sino específicamente a fin de resguardar aquello que es indispensable para que la esencia de una Constitución, la Constitución como tal, sea preservada: el constitucionalismo, con su prístina plasmación en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1798, junto a los aportes provenientes de los ulteriores procesos de democratización.

Esta impronta funcional de la jurisdicción constitucional comparada es en buena medida tributaria de la instauración de los tribunales constitucionales europeos en la segunda posguerra, como reacción ante la incapacidad de los ordenamientos constitucionales de defenderse frente al avance autoritario o totalitario del fascismo o el nacionalsocialismo. Un aspecto capital de esta génesis se encuentra en la observación de los procesos de perversión de la institucionalidad, de socavamiento interno, que habían tenido lugar en Alemania e Italia, frente a los cuales los tribunales constitucionales eran ahora concebidos como máximos garantes de los pilares fundamentales de un orden democrático-constitucional y, por tanto, de los derechos inherentes al ser humano. Surgieron, pues, no como una pieza más de la ingeniería constitucional, sino con la misión específica de evitar la concentración y absolutización del poder del Estado y de mantener saludables los resortes o contrapesos orgánico-funcionales. Igualmente, para amparar los espacios públicos de debate y competencia democráticos y los de libertad individual y social.

### **2.2.2. Una jurisdicción constitucional sometida al Estado de Derecho**

La Sala Constitucional catapultó su ambición de poderes apoyada en tesis extendidas al tiempo de su creación, que en su afán por superar el formalismo jurídico terminaron en parte apuntalando la desformalización o despositivización del orden procesal. Desde esa colina desplegó la Sala Constitucional sus alas para expandir sus atribuciones a expensas de la

---

<sup>73</sup> Casal, Jesús María, "La jurisdicción constitucional y la recuperación...", *op. cit.*, pp. 25 y ss.

regulación constitucional y de principios procesales fundamentales. Lo hizo, importa repetirlo, no para proteger derechos humanos en casos concretos en que la sujeción a la literalidad de las normas hubiera imposibilitado su garantía, sino generalmente al margen de toda necesidad de tutela de derechos en una situación específica, señal esta inconfundible de su temprano autoritarismo judicial<sup>74</sup>.

La nueva jurisdicción constitucional tiene que cimentarse en el Estado de Derecho, que debe hacer valer mientras da ejemplo sobre su observancia. Hay que abandonar el postulado de un poder genérico o residual de garantía de la Constitución al cual puede apelar la Sala Constitucional cada vez que lo estime necesario, con prescindencia de las disposiciones constitucionales o legales relativas a sus competencias. En su lugar ha de colocarse el principio de enumeración de las atribuciones<sup>75</sup> o, en otras palabras, de sujeción a los medios de impugnación<sup>76</sup>. Debe respetarse la normativa procesal y las garantías del debido proceso.

### **2.2.3. Una jurisdicción constitucional respetuosa de la separación de poderes y de la democracia**

La Sala Constitucional ha desajustado la distribución constitucional del poder y ha vulnerado principios democráticos, pues ha rebasado los límites que debe observar en sus relaciones con el legislador. Esto ha ocurrido sobre todo en virtud del desarrollo de la que ha denominado jurisdicción normativa, que en realidad ha sido más bien una írrita legislación judicial. También ha sucedido a causa de la expansión indebida de sus facultades en materia de inconstitucionalidad por omisión legislativa. Desde enero de 2016, además, dicha Sala emprendió una agresión frontal mediante sentencias contra las potestades legislativas de la Asamblea Nacional. No es posible entrar ahora en el análisis de todos estos desafueros jurisprudenciales, por lo que debo hacer una remisión a trabajos previos<sup>77</sup>.

La Sala, Tribunal Constitucional o instancia equivalente debe ejercer una tarea de control jurídico-constitucional, que deje a salvo los campos legítimos de apreciación y decisión que corresponden al legislador. Ha de dar preferencia a las dinámicas y soluciones dialógicas ante la inconstitucionalidad, no a las alternativas unilaterales o anulatorias. No debe ser legislador positivo, porque nunca puede ser legislador y porque no le toca reemplazar al parlamento o congreso en la adopción de la elección política sobre el asunto en discusión. Tampoco debe ser un simple legislador negativo, porque la tesis kelseniana sobre el tribunal constitucional como legislador

---

<sup>74</sup> Casal, Jesús María, "The Constitutional...", *op. cit.*, pp. 913 y ss.

<sup>75</sup> Casal, Jesús María, "Los actuales...", *op. cit.*, p. 311.

<sup>76</sup> Badell Madrid, Rafael, *Derecho Procesal Constitucional*, Caracas, ACIENPOL, 2020, pp. 215 y ss.

<sup>77</sup> Casal, Jesús María, *Asamblea Nacional...*, *op. cit.*, pp. 23 y ss.; Hernández G., José I., "El asedio a la Asamblea Nacional", en Brewer-Carías, *Dictadura...*, *op. cit.*, pp. 51 y ss.



negativo está completamente superada<sup>78</sup>, en especial porque la tarea de estos tribunales, o de altas cortes que ejercen el control de constitucionalidad de las leyes, se ha decantado como una verdadera jurisdicción, no solo en lo formal sino también materialmente, en contra de lo pensado por Kelsen, lo cual les ha llevado a apuntalar mediante sus sentencias fórmulas de construcción del Derecho a través de sentencias interpretativas. El dilema que creaba el modelo kelseniano, de obligar al juez a escoger entre la anulación de la ley o la desestimación del recurso, ha sido afortunadamente abandonado<sup>79</sup>. Por otra parte, en ciertas situaciones la jurisdicción constitucional debe aportar criterios que permitan suplir provisionalmente una omisión legislativa, con base en la Constitución y sin rebasar los límites que esta traza, como lo demuestra la jurisprudencia constitucional comparada y la venezolana en materia de amparo, durante la vigencia de la Constitución de 1961.

#### **2.2.4. Vitalización de la vertiente difusa de nuestro sistema de justicia constitucional**

Una tarea pendiente para la consolidación de nuestro sistema mixto de justicia constitucional consiste en dar operatividad al control difuso de la constitucionalidad. En la práctica esta modalidad de control ha sido escasamente empleada, incluso durante la vigencia de la Constitución de 1961. La Sala Constitucional ha comprimido además, arbitrariamente, su ámbito de aplicación por los jueces ordinarios. Esto aunado al marco institucional de ausencia de independencia judicial, que dificulta severamente que los jueces osen ejercer ese control *motu proprio*, como prevé la Constitución. Esta situación debe cambiar, para hacer que nuestro sistema sea realmente mixto y, más aún, que en buena medida la labor de garantía de la integridad de la Constitución recaiga en los jueces y procesos ordinarios (art. 334 de la Constitución), con una instancia central jurisdiccional de impulso y coordinación. La experiencia comparada más reciente ilustra los riesgos de una justicia constitucional completamente centralizada, los cuales apuntan en una doble dirección: el de hacerla más visible como actor que debe ser neutralizado por el gobernante potencialmente autoritario; y el de hacer más fácil el proceso de ocupación política de la jurisdicción constitucional<sup>80</sup>. Por otro lado, desde el punto de vista del funcionamiento del sistema de justicia constitucional, existe evidencia concluyente según la cual este puede alcanzar un óptimo desempeño cuando se genera una colaboración constante entre los jueces ordinarios y la instancia de control constitucional concentrado. Un tribunal o sala constitucional está condenado al fracaso si pretende abarcarlo todo y tener siempre el protagonismo del desarrollo jurisprudencial de la Constitución. Es indispensable promover dinámicas de diálogo jurisdiccional y de construcción plural de la interpretación constitucional.

---

<sup>78</sup> Casal, Jesús María, *Constitución y Justicia Constitucional*, Caracas, UCAB, 2004, pp. 107 y ss.

<sup>79</sup> Rubio Llorente, "La jurisdicción constitucional como...", *op. cit.*, pp. 483 y ss.

<sup>80</sup> Casal, Jesús María, "La jurisdicción constitucional y la institucionalidad...", *op. cit.*, p. 58.

En el sistema venezolano, como en muchos latinoamericanos, la dimensión difusa del control de la constitucionalidad de las leyes está enlazada con la competencia descentralizada en materia de amparo constitucional. Esta debe ser igualmente propugnada.

### **2.2.5. La jurisdicción constitucional y su contexto institucional**

Un aspecto clave en el debate sobre el papel institucional de la jurisdicción constitucional es que a menudo se incurre en el error de exigirle lo que ella por sí sola no puede lograr. Así, a veces se espera que la existencia de un tribunal o sala constitucional impida el desmantelamiento de la institucionalidad democrática y la instauración de una dominación autoritaria. La verdad es que difícilmente el poder judicial o jurisdiccional puede representar, por sí solo, una barrera infranqueable para un proceso autoritario en desarrollo. A menudo es capaz de contenerlo u obstaculizarlo, sobre todo en las primeras etapas de su manifestación, pero no de oponer una prolongada resistencia insuperable. No obstante, la jurisdicción constitucional, también con tribunales o cortes constitucionales, ha sabido librar luchas para cumplir sus funciones aun en esos contextos, lo cual le ha costado su propia supervivencia como factor independiente de control.

Lo importante es entender que la jurisdicción constitucional, bajo cualquier diseño organizativo, solo puede ejercer cabalmente sus funciones si se dan determinadas condiciones institucionales. Ella no puede ser el único actor responsable de garantizar los equilibrios y contrapesos entre los poderes, mientras estos se hallan alineados para llevar adelante una dominación iliberal y antidemocrática. Inevitablemente la jurisdicción constitucional va a ser una expresión de la salud o degeneración, de la fortaleza o debilidad del Estado democrático de Derecho. Puede haber desfases temporales, que hayan permitido conservar a una jurisdicción constitucional relativamente apegada a los postulados de esa forma política, en tanto que el resto del sistema se envilece aceleradamente. En estas circunstancias la jurisdicción constitucional podría detener por un tiempo el avance autoritario. Para evitar que la jurisdicción constitucional actúe en solitario en la defensa del orden constitucional y democrático hay que efectuar un diseño y delimitación de los poderes del Estado que favorezca de manera general y habitual los pesos y contrapesos, los equilibrios políticos, el pluralismo, el control del poder público y el respeto de la autonomía individual y social. A esto se suman temas de cultura política y de construcción de ciudadanía. Ninguna ingeniería constitucional es apta para descartar por completo un proceso de hegemonía autoritaria, pero esta visión de conjunto del sistema político es esencial al pensar en el rol de la jurisdicción constitucional en la democracia.

### 3. Claves de la jurisdicción constitucional de la democratización

Para concluir este trabajo, presentaré algunas orientaciones sobre los pasos que pueden darse a fin de apuntalar la democratización.

#### 3.1. Desmontar criterios procesales y sustantivos inconstitucionales y desplegar nuevos postulados interpretativos

La jurisdicción constitucional renovada puede impulsar la corrección de los criterios indebidamente establecidos por la Sala Constitucional a lo largo de estos años, e incluso declarar, dadas ciertas condiciones, la nulidad o inexistencia de decisiones arbitrarias adoptadas. Mientras se produce la depuración del poder judicial del régimen autoritario y su regeneración bajo los parámetros de un Estado de Derecho, esa jurisdicción puede adelantar tramos importantes de la tarea democratizadora.

Tal como he tenido oportunidad de señalar, en lo procesal habría que desechar: **(i)** el acortamiento de las competencias de los jueces ordinarios en materia de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, al haber sido limitadas al examen de la contradicción explícita o literal entre disposiciones legales y preceptos constitucionales; **(ii)** la expansión indebida de la facultad de la Sala Constitucional de revisar las sentencias de otros tribunales de la República contemplada en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución; **(iii)** la ausencia de plazo alguno para su ejercicio y la prescindencia del contradictorio en el trámite respectivo; **(iv)** la tergiversación del sentido y alcance del efecto vinculante de las interpretaciones de la Constitución establecidas por dicha Sala, para reconducirlo a la dinámica de los precedentes y de la construcción plural de la jurisprudencia; **(v)** el avocamiento de causas en trámite en otros órganos judiciales, ordenado por la Sala Constitucional, o por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia en el ámbito material correspondiente, por lesivo del derecho al juez natural; **(vi)** la solicitud directa de interpretación constitucional, como mecanismo usado para reescribir la Constitución o dirimir subrepticamente controversias subjetivas bajo el manto del carácter abstracto del asunto; **(vii)** y, en suma, **(viii)** la potestad que esa Sala se ha atribuido para admitir toda clase de pretensiones relacionadas con la pretendida garantía de la Constitución, sin sometimientos a pautas legislativas ni procedimentales<sup>81</sup>. Ello entre

---

<sup>81</sup> Casal, Jesús María, "La jurisdicción constitucional y la institucionalidad...", *op. cit.*, pp. 76. En relación con algunas manifestaciones del agigantamiento competencial de la Sala Constitucional y los problemas que comporta *vid.* Herrera Orellana, Luis Alfonso, "El 'recurso de interpretación' de la Constitución: reflexiones críticas desde la argumentación jurídica y la teoría del discurso", *Revista de Derecho Público*, Caracas, N° 113, 2008, pp. 7 y ss.; Haro, José Vicente, "La interpretación de la Constitución y la sentencia 1077 de la Sala Constitucional", *Revista de Derecho Constitucional*, Caracas, N° 2, 2000, pp. 455 y 456; y Villegas Salazar, Marianella, "Comentarios sobre el recurso de interpretación constitucional en la jurisprudencia de la Sala Constitucional", *Revista de Derecho Público*, Caracas, N° 84, 2000, pp. 417 y ss.

otros criterios gravemente inconstitucionales de la jurisprudencia de esa Sala.

En los aspectos sustantivos, habrá que desmontar las siguientes interpretaciones de la Constitución, que se mencionan a título puramente enunciativo: **(i)** la inversión del propósito del artículo 23 de la Constitución para eximir a la Sala Constitucional y al Estado venezolano de cualquier control internacional en materia de derechos humanos y declarar inejecutables sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; **(ii)** la desnaturalización del concepto de delitos de lesa humanidad; **(iii)** la mutilación del artículo 42 de la Constitución para viabilizar inhabilitaciones políticas que no se fundan en una sentencia penal condenatoria; **(iv)** el cercenamiento del derecho a la libre manifestación, al haberlo supeditado a la solicitud y emisión de una autorización previa; **(v)** la conversión por sentencia de la Sala Constitucional en juez penal, infringiendo el principio de la legalidad, el derecho al juez natural y el debido proceso; **(vi)** el ensanchamiento de la noción de flagrancia para justificar privaciones policiales ilegítimas de la libertad; **(vii)** el desconocimiento de la libertad de asociación y del derecho a la libre participación política que supone fijar jurisprudencialmente requisitos internos de organización a las asociaciones sociales que aspiren actuar por medio de cauces institucionales de protagonismo ciudadano; **(viii)** la habilitación al Consejo Nacional Electoral, al margen de la Constitución, para regular el derecho político a cumplir la iniciativa popular de los referendos, como exigencia indispensable para la operatividad de ese derecho, lo cual sería aprovechado, con aquiescencia de la Sala Constitucional, para fijar barreras casi infranqueables; **(ix)** la admisión de supuestos de censura judicial y, en general, la imposición de condicionantes previos al ejercicio del derecho de libertad de expresión y de pautas obligatorias, judicialmente reclamables, sobre la línea editorial o el equilibrio informativo de los medios de comunicación; **(x)** la devaluación de la libertad económica y demás derechos fundamentales al plano de un punto de vista que concurre en una ponderación abierta de bienes jurídicos y la relativización de la reserva legal en esa y otras materias; **(xi)** la afirmación de la prevalencia apriorística de los derechos calificados como colectivos sobre los derechos individuales; **(xii)** el uso de la categoría del Estado social para prescribir como constitucionalmente necesarios componentes o concepciones propias de la ideología socialista; **(xiii)** el empleo de la idea del Estado de Derecho y de Justicia para socavar el primero; **(xiv)** la negación de los riesgos que la reelección indefinida supone para la institucionalidad democrática en nuestro sistema presidencial; **(xv)** la aceptación de los decretos leyes orgánicos y de leyes habilitantes en toda clase de materias y de índole indeterminada; **(xvi)** la construcción de la doctrina aberrante del supuesto desacato de la Asamblea Nacional como causa general invalidante de su actuación; **(xvii)** la centralización de competencias constitucionales exclusivas de los Estados y la convalidación de elementos del Estado comunal; **(xviii)** la supresión de la atribución constitucional de la Asamblea Nacional de aprobar o improbar (con eficacia jurídica no solo política) la declaración de los estados de excepción y de su prórroga; **(xix)** y el otorgamiento al Presidente de la República de la facultad de instalar una asamblea nacional constituyente, previa

formulación por él mismo de las reglas de elección de sus integrantes, sin que el pueblo se hubiera pronunciado al respecto en referendo<sup>82</sup>, entre otros pronunciamientos arbitrarios<sup>83</sup>.

Simultáneamente, habría que sacar a la luz las nuevas orientaciones interpretativas, sustentadas en las pautas fundamentales antes expuestas. La jurisdicción constitucional debería acicatear desde el comienzo una actuación de todo el sistema de justicia constitucional en aras del logro de los propósitos de la transición a la democracia. La puesta en funcionamiento de un verdadero sistema mixto de justicia constitucional, cuyas bases se hallen en la actividad de la judicatura ordinaria, ha de ser un objetivo prioritario.

### 3.2. Algunas estrategias y herramientas útiles para la democratización

Son muchos los instrumentos jurisdiccionales que podrían implementarse desde una jurisdicción constitucional renovada a fin de facilitar la implementación de las orientaciones procesales y sustantivas antes apuntadas. Al respecto conviene considerar los tipos de fallos que podrían emplearse, las modalidades del discurso y los mecanismos judiciales aplicables. Además, es preciso tener en cuenta el marco jurídico internacional-constitucional que puede apalancar la transición a la democracia. Asimismo, han de introducirse apreciaciones de carácter estratégico y de análisis del contexto transicional que los jueces constitucionales no deben ignorar.

En primer lugar, ha de tenerse presente que las sentencias que se emitan en la fase de transición a la democracia poseerán con frecuencia un carácter aleccionador o pedagógico. Este ha sido un rasgo distintivo de la jurisprudencia constitucional en procesos de transición a la democracia arriba examinados<sup>84</sup>. La jurisdicción constitucional no debe conformarse con la resolución de una controversia concreta, sin duda el aspecto esencial de la tarea jurisdiccional, sino que la forma en que aquella es dirimida y las razones que al hacerlo se aduzcan deben llevar y hacer visible la impronta de la recta administración de la justicia y de la apertura de espacios democráticos para el disenso, la participación ciudadana y la inclusión de los di-

---

<sup>82</sup> *Vid.*, entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional N° 1942 del 15-07-2003; N° 1939 del 18-12-2008; N° 1547 del 17-10-2001; N° 1712 del 12-09-2001; N° 1265 del 05-08-2008; N° 276 del 24-04-2014; N° 245 del 09-04-2014; N° 263 del 10-04-2014; N° 2580 del 11-12-2001; N° 656 del 30-06-2000; N° 2073 del 04-08-2003; N° 1013 del 12-06-2001; N° 1049 del 23-07-2009; N° 1613 del 17-08-2004; N° 1309 del 19-07-2001; N° 1488 del 28-08-2006; N° 1716 del 18-09-2001; N° 3 del 14-01-2016; N° 808 del 02-09-2016; N° 565 del 15-04-2008; N° 269 del 21-04-2016; N° 355 del 16-05-2017; N° 7 del 11-02-2016; N° 378 del 31-05-2017.

<sup>83</sup> En relación con las respectivas decisiones de la Sala Constitucional y los temas que abordan *vid.*, entre otros, Brewer-Carías, Allan, *Dictadura...*, *op. cit.*; pp. 107 y ss.; Casal, Jesús María, "Los actuales...", *op. cit.*, pp. 316 y ss.; Sánchez Falcón, Enrique, *Estado comunal y Estado federal en Venezuela: ¿son constitucionalmente conciliables ambas formas de Estado?*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2017; Canova González, Antonio y Herrera Orellana, Luis Alfonso, *¿Expropiaciones o Vías de hecho? (La degradación continuada del derecho fundamental de propiedad en la Venezuela actual)*, Caracas, FUNEDA/UCAB, 2009.

<sup>84</sup> Aguiar de Luque, Luis y Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, pp. 18 y ss.

versos actores políticos y sociales. En particular, tales decisiones han de llevar el sello de la garantía de los derechos inherentes a la persona, como fundamento de legitimación filosófico-política de la autoridad estatal. La libertad y la dignidad del ser humano trazan límites al ejercicio del poder público que la jurisdicción constitucional debe enfatizar, especialmente cuando se ha vivido un proceso de sujeción arbitraria de sus derechos básicos a los intereses gubernamentales y de negación de su autonomía individual, en virtud de la estatización o regulación abusiva de muchas esferas de la actividad económica, del manejo clientelar de programas sociales y de la imposición de una ideología. La experiencia comparada antes esbozada enseña que los tribunales constitucionales pueden motorizar un replanteamiento conceptual que coloque a la persona, sus derechos y su libertad en el centro del sistema constitucional<sup>85</sup>. No en el sentido de que tales tribunales o los jueces constitucionales pretendan hacer valer jurisprudencialmente sus propias convicciones o las visiones políticas predominantes tras el cambio de régimen. Se trata más bien de segar con los instrumentos de la jurisdicción constitucional la maraña de criterios autoritarios y de postulados ideológicos que se apoderaron del espacio público de deliberación racional para suprimir el pluralismo y que sometieron al ser humano a una creciente vulnerabilidad en la titularidad y goce de derechos civiles, políticos, económicos y socioculturales, a fin de subyugarlo y de despojarlo de la fuerza cívica necesaria para arrostrar excesos gubernamentales.

De allí que sea importante preguntarse acerca de la clase de sentencias que sería aconsejable emplear en esa etapa. En consonancia con lo afirmado, el discurso constitucional, que tiende a diferenciarse del que es habitual en los procesos ordinarios<sup>86</sup>, ha de ser construido teniendo en cuenta el auditorio de la sociedad democrática al que también deben estar dirigidos los pronunciamientos de la jurisdicción constitucional. Preservando el rigor de la argumentación jurídica, componente indispensable de la legitimidad de su obrar<sup>87</sup>, la jurisdicción constitucional ha de abrir el lenguaje para acceder a un público más amplio que el de los expertos constitucionalistas, de manera que se pongan de relieve, cuando corresponda, los principios democráticos y del Estado de Derecho que sustentan las decisiones adoptadas, así como la significación de los derechos humanos protegidos. Esta contribución a la promoción de una cultura de la democracia constitucional es primordial para una sólida democratización. Lo dicho presupone que el proceso constitucional esté igualmente permeado por las voces diversas del pluralismo político, social y cultural. La celebración de audiencias públicas, las oportunidades para la presentación de *amicus curiae*, e incluso la disposición a incorporar al proceso las opiniones de expertos referidas a las bases

---

<sup>85</sup> Häberle, Peter, "Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft", en Isensee, Josef, Kirchhof, Paul, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller, 2004, T. II, pp. 323 y ss.

<sup>86</sup> Ferreres Comella, Víctor, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven, Yale University Press, 2009, pp. 36 y ss.

<sup>87</sup> Möllers, Christoph, "Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts", en Jestaedt, M. y otros, *Das entgrenzte Gericht*, Berlín, Suhrkamp, 2011, pp. 281 y ss.

fácticas o empíricas de la medida controvertida son recomendables a los fines indicados.

La jurisdicción constitucional deberá no solo asumir un talante y un comportamiento diferente respecto de los asuntos que sean sometidos a su conocimiento en la etapa de recuperación institucional, sino que está obligada a enfrentar rémoras o paradigmas del pasado autoritario. Así como lo hizo la Corte Constitucional italiana en su etapa inaugural respecto de leyes del fascismo, lo cual le ayudó a obtener autoridad, la jurisdicción constitucional venezolana ha de derribar los pilares del derecho antidemocrático que rigió durante varios años, lo cual se proyecta sobre la legislación, los decretos leyes y los pronunciamientos judiciales. En relación con estos últimos, un mecanismo que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional colombiana, en circunstancias de normalidad, y que sería de provecho para la transición venezolana es la declaración de la nulidad de sentencias proferidas por la propia Corte. Bajo causales muy estrictas, sumamente excepcionales, esta se considera facultada para declarar la nulidad de sus decisiones de revisión de las tutelas dictadas por los tribunales, pese a que normativamente se prevé que contra las sentencias de la Corte Constitucional no procede recurso alguno. Aunque esta última es todavía la regla general, jurisprudencialmente ha sido creado el “incidente extraordinario de nulidad”<sup>88</sup> que es posible plantear ante la propia Corte, dentro del breve plazo y demás condiciones de forma y de fondo establecidas. Cierta analogía con este mecanismo guarda la decisión de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de determinar la ausencia de efecto jurisprudencial vinculante o de precedente de lo dispuesto en una sentencia abiertamente inconstitucional previamente emitida por ella misma, la cual sin embargo no fue anulada<sup>89</sup>. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional peruano ha admitido en determinados supuestos la posibilidad de declarar la nulidad de sus propias decisiones<sup>90</sup>.

*Mutatis mutandis* cabría acudir a una solución procesal similar en Venezuela<sup>91</sup>, en relación con sentencias de la Sala Constitucional que hayan socavado, adulterado o demolido, todo ello ha sucedido, elementos esenciales de la institucionalidad democrática<sup>92</sup> y cuya eventual pervivencia en el orden democrático-constitucional por emerger debe ser explícita y razonadamente rechazada, en la forma discursiva antes señalada. Pienso en decisiones como las referidas en el apartado anterior. Las causales versarían sobre vicios muy graves en que haya incurrido la Sala Constitucional en las sentencias correspondientes, al haber sido estas piezas principales del des-

---

<sup>88</sup> Vid. un resumen de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana al respecto en su sentencia SU116/18, del 08-11-2018.

<sup>89</sup> Sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 18-10-2006, expediente 2395-2006.

<sup>90</sup> Espinosa-Saldaña, Eloy, “El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propias decisiones”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional, Cosa Juzgada Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, N° 9, 2016, pp. 23 y ss.

<sup>91</sup> Casal, Jesús María, “La jurisdicción constitucional y la institucionalidad...”, *op. cit.*, p. 81.

<sup>92</sup> Reflejados en el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.

mantelamiento de ese marco democrático, incluyendo las graves violaciones a derechos humanos. El contenido de tales decisiones autoritarias y su origen en actuaciones que no merecen el calificativo de jurisdiccionales, como tampoco la instancia de la cual emanan, aconsejarían hablar en estos casos de una acción o incidente de declaración de inexistencia de la sentencia. Por otra parte, la Sala Constitucional podría servirse en una fase inicial, con garantías del debido proceso, de la facultad de revisión de sentencias, cuando se trata de situaciones también graves y excepcionales vinculadas con decisiones firmes de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia o de tribunales ordinarios.

En este contexto de regeneración jurisprudencial puede ser también plausible propugnar un reconocimiento y desarrollo de los precedentes que reivindiquen el estándar más alto de garantía de derechos fijado por la jurisprudencia constitucional, bajo una lectura dinámica de la misma, como se ha aceptado en algunos sistemas<sup>93</sup>, de modo que sea posible remontarse incluso a criterios de la antigua Corte Suprema de Justicia, cuando tengan esa condición o contribuyan a la formación del estándar, con el fin de subrayar la perspectiva de acumulación histórica en el forjamiento de la democracia, sin perjuicio de que sobre esas bases se edifiquen otras interpretaciones o elaboraciones conceptuales.

Finalmente, una institución llamada a adquirir una significación estelar en la reconstrucción democrática es el control de convencionalidad y, en general, la apertura a la protección internacional de los derechos humanos. El sistema interamericano ha jugado un papel notable en procesos de restablecimiento democrático, ya que la observancia de las decisiones ya dictadas por los órganos internacionales correspondientes y pendientes de aplicación implica de entrada un reacomodo institucional que, junto a los distintos medios de reparación de las violaciones a derechos humanos perpetradas, marca la evolución ulterior de los acontecimientos<sup>94</sup>. En el caso venezolano, como en otros países de la región, la degeneración autoritaria se ha traducido en la resistencia a cualquier modalidad eficaz de control o limitación del poder gubernamental, lo cual condujo prontamente a la desatención o inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y luego a la ruptura con el sistema y a la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La recuperación de la democracia debe llevar al inmediato cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana o de las decisiones de la Corte Interamericana que han sido ignoradas, al igual que de los informes u observaciones de otros organismos internacionales competentes en materia de derechos humanos, y la jurisdicción constitucional puede ganar autoridad comprometiéndose

---

<sup>93</sup> Es la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, recogida entre otras en la sentencia 0015/2018-S4, del 23-02-2018. Lamentablemente este órgano se ha apartado de su misión constitucional y ha terminado invocando los derechos humanos para socavar el Estado democrático de Derecho.

<sup>94</sup> Respecto de la experiencia peruana tras la caída de Fujimori *vid.* García Belaunde, Domingo y Eguiguren Praeli, Francisco, "La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005", *Estudios constitucionales*, Santiago, Vol. 6, N° 2, 2008, pp. 371 y ss.



desde el principio con la plena reinserción de Venezuela en el sistema interamericano. No es este el lugar para analizar los caminos que han de seguirse para lograr esa reinserción, sin perjuicio de que esta puede ser favorecida por una jurisdicción constitucional renovada<sup>95</sup>. Lo que se quiere subrayar es que la jurisdicción constitucional ha de empeñarse en el pronto y pleno cumplimiento de decisiones hasta ahora soslayadas y ha de robustecer su propia posición institucional en la garantía de los derechos humanos impulsando o exigiendo las reformas indispensables en el ámbito de la carrera judicial e involucrándose en la implementación de sentencia de la Corte Interamericana en este y en los demás asuntos referidos a Venezuela que han sido abordados por la jurisprudencia interamericana. Su participación en el control de convencionalidad y en el diálogo jurisdiccional es también otra tarea altamente promisoría.

La consideración del contexto transicional será ineludible para la nueva jurisdicción constitucional. La velocidad o intensidad y el modo de la adopción de los cambios jurisprudenciales esbozados dependerá en alguna medida del arreglo institucional concomitante, de las relaciones de poder existentes. Es indispensable desde luego que la recomposición de la Sala Constitucional, si esta subsiste, y las demás transformaciones políticas, tengan la profundidad suficiente para que pueda hablarse de una transición a la democracia y no de un movimiento dentro del mismo sistema de dominación. Dada esta condición, puede haber soluciones de distinto alcance democratizador. Todo esto ha de tenerse en cuenta, para evitar caer en los errores cometidos por la jurisdicción constitucional en algunos de los procesos antes examinados. Ello seguramente influiría en las formas de adjudicación, que podrían ser a menudo integradoras o transaccionales, hasta donde el mandato democratizador lo permita.

---

<sup>95</sup> Que estaría llamada a declarar la inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la de la Carta de la Organización de Estados Americanos, sin perjuicio de los pasos que deban darse en el ámbito internacional para dejar sin efecto los actos correspondientes, como una nueva ratificación de esta Convención, con eficacia hacia el pasado, como la ya aprobada por la Asamblea Nacional electa en 2015.



# LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN VENEZUELA: INSTRUMENTO POLÍTICO PARA LA EDIFICACIÓN DEL AUTORITARISMO (1999-2021)

Laura Louza Scognamiglio\* y Flavia Pesci Feltri<sup>Δ</sup>

## Introducción

El informe anual *Libertad en el mundo 2022* de la organización estadounidense Freedom House, alerta sobre la grave amenaza que acecha a la libertad en el planeta debido a que “*los regímenes autoritarios se han vuelto cada vez más efectivos en la cooptación o elusión de las normas e instituciones destinadas a apoyar las libertades básicas*”, así como en evitar “*los controles sobre el abuso de poder y las violaciones a los derechos humanos*”.

Tal alarmante afirmación se deriva de las conclusiones a las que llegó esa organización al medir el grado de democracia y libertad política en el mundo durante el año 2021, cuyo resultado es aterrador:

...un total de 60 países sufrieron caídas durante el año pasado, mientras que solo 25 mejoraron. Actualmente, alrededor del 38 por ciento de la población mundial vive en países no libres, la proporción más alta desde 1997. Solo alrededor del 20 por ciento vive ahora en países libres<sup>1</sup>.

Venezuela, como se ha venido denunciando desde hace más de 20 años, ha estado en un proceso progresivo de retroceso de su democracia y del Estado de derecho a tal punto que, en la actualidad, el poder se ejerce de forma autoritaria bajo las directrices de un partido único que se rige por una

---

\* Abogada (UCAB), especialista en Derecho Administrativo (Universidad de París II), magister en derecho, economía y políticas públicas (Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid). Fue profesora de introducción al derecho y derecho administrativo (UNIMET) y de sociología jurídica (UCV). Fundadora y codirectora de Acceso a la justicia. Exgerente entre 1996 y 2004 de los proyectos de reforma judicial en Venezuela, financiados por el Banco Mundial. Exconsultora entre 2006 y 2010 del BID y del Banco Mundial en reforma judicial.

<sup>Δ</sup> Abogada (UCV), especialista en derecho constitucional y ciencia política (Centro de Estudios Constitucionales de Madrid) y en derechos humanos (Universidad Complutense, donde obtuvo la suficiencia investigadora de los cursos de doctorado en Derecho Administrativo). Fue docente de la UNIMAR y es actual profesora de Derecho Administrativo (UCV). Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV). Vocal del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA).

<sup>1</sup> <https://shorturl.at/lmyAJ>

ideología que se ha autodenominado el “Socialismo del siglo XXI”<sup>2</sup>, también conocido como “chavismo”<sup>3</sup>.

Es por tal razón que –aunque extremadamente alarmantes–, no nos resultan incongruentes ni dudosos los resultados presentados por Freedom House en su informe 2022, cuyas conclusiones arrojan que Venezuela se encuentra dentro del 38 % de las naciones del mundo cuyo régimen político no es libre; o dicho de otra manera, de los 100 países objeto de estudio, Venezuela está ubicada entre los primeros 14<sup>4</sup>.

En el presente trabajo se pretende hacer énfasis en cómo la falta de independencia del juez constitucional, que ha generado progresivamente la ausencia de controles objetivos e imparciales sobre el ejercicio del poder, ha sido determinante para la configuración de un Estado autocrático.

En este sentido, también ha sido clave la desincorporación de Venezuela del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde tuvo un rol fundamental el juez constitucional.

A los efectos de explicar cómo se edificó y consolidó el autoritarismo en Venezuela, ante todo haremos alusión a qué es una democracia ilimitada y cómo se gestó en el caso venezolano; luego nos referiremos a la involución del Estado de derecho y la instalación progresiva del autoritarismo en Venezuela, en dos períodos: (i) uno que comprende los primeros 13 años del gobierno chavista (1999-2012), lapso en el que Hugo Chávez fue presidente del país, ejerciendo ese cargo de manera continua hasta su fallecimiento, y durante el cual la democracia constitucional que regía desde 1961 se fue transformando en una democracia ilimitada; (ii) el otro periodo comprende los años 2013 a 2021, en los que asume la presidencia Nicolás Maduro quien, siguiendo las políticas de su predecesor, así como las directrices del “socialismo bolivariano”<sup>5</sup>, instaura definitivamente –y con la colaboración de todos los poderes públicos–, un gobierno claramente autoritario.

---

<sup>2</sup> Se trata de un Estado socialista, centralizado, policial, militarista con una doctrina oficial bolivariana, una ideología de pensamiento y partido único y un sistema económico de capitalismo de Estado. Cfr. Brewer-Carías, Allan: “Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista”, en *Comentarios sobre el alcance y sentido del anteproyecto de reforma constitucional 2007*, EJV, Caracas, 2007. La propuesta de reforma de la Constitución deja atrás el Estado liberal, el individuo, y creaba una sociedad donde la ideología bolivariana es la que rige, predomina lo colectivo sobre lo individual, así como un gobierno en que el partido está sometido al Poder Popular, que es representado por los consejos comunales adscritos al Presidente. Cfr. Dávila Fernández, Pedro: *Consejos Comunales*, Panapo, Caracas, 2008.

<sup>3</sup> El nombre proviene precisamente del expresidente de la República, Hugo Chávez Frías, quien empezó a gobernar en 1999. A Chávez lo sucedió Nicolás Maduro, quien junto con los que lo acompañaban desde sus inicios, como Diosdado Cabello, ha gobernado el país desde 2013 hasta el presente, y su periodo presidencial vence en 2024. En suma, el chavismo tiene en el poder casi 23 años.

<sup>4</sup> <https://shorturl.at/amrsC>

<sup>5</sup> El “Libro Rojo” del partido de gobierno publicado en junio del 2010, explica qué es el socialismo bolivariano o el socialismo del siglo XXI, en los siguientes términos: “*El Partido...se apoyará en los aportes del socialismo científico y en los del marxismo en tanto a la filosofía de la praxis, herramienta para el análisis crítico de la realidad y guía para la acción evolutiva*”.

Importa aclarar que no pretendemos relatar cada uno de los eventos que dieron lugar al proceso de desvanecimiento de la democracia y Estado de derecho en Venezuela, sino que nos limitaremos a exponer algunos de los hitos esenciales que permitieron eliminar cualquier vestigio de autonomía e independencia de la justicia constitucional para impedir el control del ejercicio del poder. Paralelamente, haremos referencia a algunas de las decisiones de la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) que permitieron el tránsito del Estado de derecho al autocrático.

## 1. Prolegómenos sobre la democracia ilimitada y el caso venezolano

Sobre todo en las últimas décadas, y con posterioridad al surgimiento del Estado constitucional, se ha venido desarrollando en el mundo una manera de ejercer el poder político cuya característica principal es la instauración de una autocracia a través de mecanismos democráticos como las elecciones, las cuales permiten llegar al poder con un alto liderazgo populista que se manifiesta en discursos enardecidos y extremistas que encarnan los problemas y miedos esenciales de una sociedad en concreto, y en los que se prometen cambios radicales, normalmente dirigidos a desestabilizar la democracia constitucional, y en muchas ocasiones el statu quo.

Esta vía alterna de imponer un gobierno autoritario ha sido llamada “democracia ilimitada”, “democracia de masas” o “autocracia electoral”<sup>6</sup>, que se caracteriza por ser un régimen híbrido (sistema político que reúne características democráticas y autoritarias), que logra concretarse obteniendo el control progresivo de la estructura estatal y el debilitamiento de las instituciones democráticas para ejercer el poder sin límites en contra de los derechos fundamentales de las personas, principalmente respecto de aquellas que no lo apoyan y sobre todo, de quienes lo adversan.

Apenas este tipo de modelo de régimen llega al poder comienza a tomar medidas (expresadas en leyes o decretos), violando la propia constitución, que están dirigidas a difuminar los límites del ejercicio del poder; debilitar los principios de separación de poderes y legalidad; desintegrar los controles internos y externos dentro de la organización estatal, para sentar las

---

*naria. El Socialismo Bolivariano responderá a la praxis creadora, al libre ejercicio de la voluntad y los anhelos del pueblo venezolano. El Partido asume por tanto la necesidad de forjar instrumentos en los cuales converja y se haga a sí mismo el pensamiento revolucionario universal como vanguardia de una era de inmensos desafíos y grandes victorias” (p. 39).*

<sup>6</sup> “Autocracia electoral, término acuñado durante los últimos años para describir regímenes en donde un partido dominante o una coalición impera sobre los demás actores”. Corrales, Daniel y Michel Penfold: *Un dragón en el trópico*. La hora del norte, 2012, p. 12. Véase también sobre estos temas Applebaum, Anne: *El ocaso de la democracia. La seducción del autoritarismo*, Editorial Debate, 2019. Cassese, Sabino: *La Democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, 2017. Louza, Laura: “La estrecha relación entre independencia judicial, estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y la democracia. Venezuela como caso de estudio”, en *Acta Sociológica* n° 72, UNAM, 2017, México, pp. 95-127. Sartori, Giovanni: *Democrazia: cosa è*, BUR, 2006. Sheldder, Andreas: “Elecciones sin democracia. El menú de la manipulación electoral”, en *Estudios Políticos*, N° 24, Medellín, 2004, pp. 137-156.

bases de un Estado unipartidista que se justifica a sí mismo enarbolando "valores superiores"<sup>7</sup> con miras a debilitar primero, y eliminar después, el orden existente.

Esta manera de hacerse con el poder para establecer algo tan antiguo como la tiranía, produce un conjunto de consecuencias que atentan precisamente contra el sentido y la esencia de la democracia y el Estado constitucional, que se desarrolló durante el siglo pasado, pues su dinámica política se reduce a lo que decide el gobierno, el partido o la Asamblea por virtud de "intereses fuertes y ocultos" que predominan, y no en función de lo que realmente quiere o piensa la mayoría<sup>8</sup>.

Bajo esa idea, el derecho deja de ser un instrumento fundamental para contener el poder del Estado, como ocurre en el Estado de derecho, sino que se transforma es un medio para imponer la voluntad del gobierno o de la Asamblea sobre el pueblo, según, respectivamente, si se trata de un sistema presidencialista o parlamentario, con lo cual, se reduce la característica liberal de la democracia, es decir, se van limitando los derechos civiles y políticos de los ciudadanos y, aunque se hagan elecciones, se van perdiendo paulatinamente las garantías y las condiciones que permiten elegir realmente entre varias alternativas: se produce el fenómeno de que se puede votar, pero sin elegir entre distintas opciones reales<sup>9</sup>.

Así, aquellas formas de gobierno en las que solamente hay elecciones y "toleran cierto grado de pluralismo y competencia multipartidista", pero que paralelamente "quebrantan las normas democráticas mínimas de manera grave y sistemática" son "más bien gobiernos autoritarios"<sup>10</sup>.

La real democracia o democracia constitucional, la que está prevista en las constituciones modernas es, en efecto, aquella en la que quienes ejercen el poder llegan a él a través de elecciones libres, justas y competitivas.

Para ello, es indispensable que los funcionarios se sometan al imperio de la constitución y la ley; garanticen el control recíproco de los poderes mediante la concreción del principio de separación de poderes; rindan cuentas y actúen sobre la base del respeto y protección de los derechos humanos de todas las personas, lo cual impone de manera invariable la existencia de un sistema de justicia independiente que proteja y garantice las libertades individuales y, en última instancia, preserve la dignidad de cada quien. Es esto lo que se entiende por democracia liberal o constitucional y no de otra forma<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Sin importar de qué ideología se trate, pues, tanto la extrema derecha y la extrema izquierda terminan convirtiéndose en lo mismo, gobiernos contrarios a la libertad y a los derechos humanos.

<sup>8</sup> Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 17.

<sup>9</sup> Cfr. Louza, Laura: *La estrecha relación...* Ob. cit.

<sup>10</sup> Schellder, Andreas: *Elecciones sin democracia...* Ob. cit.

<sup>11</sup> La presencia de gobiernos que excluyan estas premisas, aun cuando sus funcionarios hayan sido escogidos en comicios electorales, son regímenes autoritarios electorales que

De ahí que para que haya una verdadera democracia constitucional no es suficiente que se cumplan los procedimientos formales previstos para la elección de los gobernantes por parte de las mayorías, sino que, además, las decisiones que tomen los representantes de esa mayoría deben salvaguardar, como lo ha expresado Ferrajoli:

...la disponibilidad no sólo de los derechos políticos y del método democrático en la formación de las decisiones, sino del entero conjunto de los derechos fundamentales y de los otros principios constitucionales, como la división de los poderes, la independencia de la jurisdicción —tanto ordinaria como constitucional— y las varias figuras de incompatibilidad dirigidas a impedir excesos de poder y conflictos de intereses<sup>12</sup>.

Una de las piezas esenciales dentro de un Estado constitucional —que se concibe precisamente para frenar la arbitrariedad del poder y el riesgo siempre presente de la instauración de un régimen autoritario— es que el poder judicial sea independiente, es decir, *“sustraído a cualquier vínculo con los poderes de la mayoría”*, de forma que exija que se apliquen los principios del Estado de derecho por encima del gobierno o del grupo mayoritario en la Asamblea<sup>13</sup>.

En este ámbito es evidente que, en especial, el juez constitucional juega un papel fundamental, porque es el llamado a interpretar la constitución y los derechos fundamentales recogidos en ella, lo que lo convierte en un elemento esencial para el equilibrio y control del poder mediante el derecho.

Pero además de la justicia constitucional, también los organismos internacionales de protección de derechos humanos tienen un rol esencial y puede ser muy efectiva su labor para frenar el poder y tratar de proteger el Estado de derecho, ejerciendo el control del poder, esencialmente cuando se trata de jueces que ejercen su jurisdicción en países con democracias ilimitadas y que, en vez de garantizar los derechos fundamentales del ejercicio arbitrario del poder, están sometidos a su directriz.

En las páginas sucesivas, vamos a describir cómo la justicia constitucional en Venezuela, y en concreto, la SC del TSJ, ha jugado un papel protagónico en la destrucción del Estado de derecho y la democracia constitucional mediante su total subordinación al poder ejecutivo para darle paso a una democracia ilimitada, que progresivamente —incluso gracias a la activa intervención del juez constitucional—, se transformó en una autocracia<sup>14</sup>.

---

*“ni practican la democracia ni recurren regularmente a la represión abierta. Organizan elecciones periódicas y de este modo tratan de conseguir, cuando menos, cierta apariencia de legitimidad democrática, con la esperanza de satisfacer tanto a los actores externos como a los internos. Al mismo tiempo, ponen las elecciones bajo estrictos controles autoritarios con el fin de consolidar su permanencia en el poder. Su sueño es cosechar los frutos de la legitimidad electoral sin correr los riesgos de la incertidumbre democrática”.* Scheldder, Andreas: *Elecciones sin democracia...* Ob. cit., p. 139.

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi: “Sobre la definición de ‘democracia’. Una discusión con Ángel Bovero”, en *Revista Isonomía*, N° 19, 2003, México, p. 4.

<sup>13</sup> Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías...* Ob. cit., p. 27.

<sup>14</sup> “*El de Chávez es quizá el régimen híbrido más evidente y pronunciado que haya emergido en América Latina, al menos a partir del gobierno de Albero Fujimori en Perú durante los años*

Efectivamente, a partir de 1999, Venezuela –habiendo tenido una de las democracias más estables y duraderas de América Latina (1958-1998)–, empezó a perderla a través de un proceso de transformación institucional que se fue desarrollando a lo largo de diversas etapas, fácilmente identificables.

Las causas que dieron origen a este proceso de cambio, aunque no podemos tratarlas en este espacio<sup>15</sup>, se deben fundamentalmente a que, desde mediados de los ochenta, el sistema político venezolano se hizo inestable, debido a la generalizada percepción de corrupción y derroche que los venezolanos tenían de sus gobernantes.

Ello trajo como consecuencia que, durante la década de los noventa, se adoptaran importantes medidas e iniciativas institucionales; sin embargo, producto de lo tardío en la toma de esas decisiones, no fueron satisfechas las pretensiones de la sociedad, generándose una sólida y hasta cierto punto justificada corriente de opinión –promovida por intelectuales, políticos, juristas, medios de comunicación, empresarios y grupos de ciudadanos que no habían podido acceder al poder–, de que era indispensable erradicar las distorsiones que se habían instalado en la era democrática, para lo cual se debía empezar de cero, es decir, refundar la República.

La situación descrita, dio lugar a la elección masiva del candidato a la presidencia, del teniente coronel Hugo Chávez Frías a finales de 1998, quien –después de dos fallidos golpes de Estado–<sup>16</sup>, prometía un gran cambio en el estado de las cosas con un discurso incendiario y populista<sup>17</sup>.

A lo largo de 1999, el nuevo presidente electo llevó adelante un proceso de profundas transformaciones en el ámbito institucional y político, que dio lugar a la conformación de una Asamblea Nacional Constituyente (ANC) y a la aprobación de una nueva constitución, la cual introdujo cambios sustanciales, entre otros, en la organización del sistema judicial.

---

*noventa –o incluso antes. La característica clave de los regímenes híbridos es la utilización de mecanismos legales e ilegales para erosionar los contrapesos al poder ejecutivo. A menudo los mismos gobernantes de estos regímenes, en forma franca y desvergonzada, rechazan el concepto del 'gobierno limitado'. Sostienen que los problemas heredados de gobiernos anteriores son tan inmensos, que su tarea como gobernantes, antes de negociar con uno u otro grupo de interés o perder el tiempo en busca de consenso, es el de apoderarse de los poderes establecidos para actuar a favor de algún interés general, tal como la seguridad nacional y la redistribución del ingreso". Corrales, Daniel y Michel Penfold: Un dragón en el trópico... Ob. cit., p. 202.*

<sup>15</sup> Para profundizar sobre estas causas recomendamos la lectura, entre otros, de Corrales, Daniel y Michel Penfold: *Un dragón en el trópico...* Ob. cit. AAVV. *Autocracias del siglo XXI: Caso Venezuela*, Editorial Dahbar, 2020. Bautista de Alemán, Paola: *El fin de las democracias pactadas. Venezuela, España y Chile*, Editorial Dahbar, 2021.

<sup>16</sup> Ambos ejecutados en el mismo año de 1992 contra el presidente constitucional Carlos Andrés Pérez: el 4 de febrero y el 27 de noviembre, liderados por el comandante Hugo Chávez y sus seguidores.

<sup>17</sup> Entre otros, leer a Hurtado Grooscors, Héctor: "Una mirada al discurso populista de Hugo Chávez: tensiones entre la ruptura y la tradición", en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 66, 2015, pp. 38-61, <https://shorturl.at/jHPRT>



La aspiración del constituyente venezolano de 1999 era la de constituir una democracia participativa y un Estado democrático, donde la justicia fuera uno de sus valores fundamentales (artículo 2 de la constitución), y el poder judicial, un órgano independiente y fuerte.

No obstante, Venezuela en 2021, según la organización internacional *World Justice Project*<sup>18</sup>, ocupaba el último lugar en el índice de Estado de derecho, así como su justicia penal, mientras que la civil se ubicaba en el penúltimo puesto de 139 países evaluados, incluso peor que Haití, que es penúltimo en la región antes que Venezuela. Según esta evaluación, el Estado de derecho venezolano se encontraba al mismo nivel de países africanos o asiáticos en situaciones precarias o con gobiernos autoritarios<sup>19</sup>.

En cambio, en la época anterior al chavismo el país se ubicaba en niveles intermedios respecto a estos indicadores en la región. Para ese momento, la organización *World Justice Project* no existía, pero al respecto es muy ilustrativo el índice del Banco Mundial en cuanto al Estado de derecho en Venezuela se refiere, que antes del chavismo tenía un puntaje de -0,8/2,5, y en 2020<sup>20</sup> recibió un de -2,5, siendo el puntaje más bajo del ranking<sup>21</sup>.

## **2. Instauración de la democracia ilimitada mediante la desintegración de la justicia constitucional y del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (1999-2012)**

Más arriba mencionábamos que para que las democracias no se conviertan en “ilimitadas” es condición ineludible que exista un poder judicial y un sistema de justicia constitucional fuerte, autónomo e independiente para que ejerza los controles debidos al poder, en función de la protección de los derechos fundamentales de las personas y de la rendición de cuentas.

En el mismo sentido, es indispensable para lograr frenar el poder que el poder judicial tenga el apoyo de los organismos internacionales de protección de derechos humanos, pues ello le va a facilitar ejercer su rol de vigilancia de manera más efectiva sobre los poderes públicos de un Estado, sobre todo cuando su régimen político está en vías de convertirse o se transforma en una democracia ilimitada.

Son justamente estos dos elementos los que fueron vulnerados en el primer periodo del chavismo, especialmente en sus primeros años, con el fin de debilitar y luego anular el control interno e internacional sobre el poder público. De esta manera, la voluntad política de los nuevos dirigentes fue desde el inicio muy clara: crear una justicia constitucional a su medida conformada por jueces dependientes y sumisos, que fueran simplemente instrumentos políticos; y luego, excluir el país del sistema interamericano de

---

<sup>18</sup> Vid. <https://shorturl.at/bnOX0>

<sup>19</sup> Vid. <https://shorturl.at/dpEM3>

<sup>20</sup> No hay indicadores después de 2020 para la fecha de consulta de esta página.

<sup>21</sup> Vid. <https://shorturl.at/gKOW1>

derechos humanos, que al ser más cercano que el de Naciones Unidas era más efectivo. A continuación, se explica cómo esto ocurrió.

En agosto de 1999 se instaló la ANC, que aun habiendo sido electa únicamente para crear una nueva constitución, asumió competencias que no le correspondían y aprobó, a través del "Decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público"<sup>22</sup>, la reorganización del poder judicial prescribiendo que el sistema de justicia estaba en emergencia y que era ineludible su reorganización.

A tal efecto, creó la *Comisión de Emergencia Judicial* a la que le atribuyó competencias de mucha importancia, entre ellas evaluar el desempeño de los jueces e incluso de los magistrados de la que hasta entonces se denominaba la Corte Suprema de Justicia. Este proceso trajo como consecuencia la inmediata eliminación de la estabilidad de los jueces, el inicio de juicios de investigación contra más de 300 jueces y la renuncia o jubilación de muchos otros<sup>23</sup>.

El 15-12-1999, una nueva constitución fue aprobada por la población mediante referéndum popular, en medio de una gravísima catástrofe natural denominada la *tragedia de Vargas* en la que hubo centenares de miles de muertos y sobre los que todavía a la fecha de hoy no se tienen las cifras exactas<sup>24</sup>.

No obstante que la labor de la ANC había concluido con la aprobación de la constitución, ella se mantuvo en funcionamiento con la anuencia de la nueva SC del TSJ<sup>25</sup>. Coexistieron así dos regímenes constitucionales paralelos: uno el de la constitución recién aprobada; y, otro, el dictado por la ANC a través del régimen de transición del poder público que no había estado previsto en la constitución, y que, por tanto, no había sido aprobado mediante referéndum popular<sup>26</sup>, bajo el cual se procedió a nombrar a los primeros magistrados del TSJ sin seguir lo prescrito en la nueva carta fundamental como se verá a continuación. Asimismo, se hará referencia a los procedimientos de designación de magistrados que sucesivamente se verificaron, y luego al proceso de exclusión del país del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en particular en este primer periodo del chavismo del fuero de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CortelDH).

---

<sup>22</sup> Publicado en Gaceta Oficial N° 36.772 del 25-08-1999, reimpresso el 08-09-1999 en Gaceta Oficial N° 36.782.

<sup>23</sup> Cfr. Louza, Laura: *La estrecha relación...*, Ob. cit., pp. 100 y ss.

<sup>24</sup> <https://shorturl.at/binQ9>

<sup>25</sup> Sentencia de la SC N° 4 del 26-01-2000 (Caso: Eduardo García).

<sup>26</sup> De hecho, la Constitución de 1999 fue publicada por primera vez en la Gaceta Oficial 36.860 de 30-12-1999, sin embargo, la propia ANC ordenó una nueva publicación casi tres meses después, el 24-03-2000 (Gaceta Oficial N° 5.423 extraordinaria), junto con la Exposición de Motivos que no había sido incluida en la primera publicación y que fue redactada con posterioridad.

## **2.1. Nombramientos de los magistrados del TSJ y, por tanto, del juez constitucional mediante procedimientos contrarios a la Constitución**

La nueva constitución prevé que los magistrados del TSJ sean escogidos en el marco de un procedimiento que permita seleccionar candidatos objetivos, imparciales, concedores del derecho y éticamente probos.

Según el artículo 263 de la constitución, para optar al cargo de magistrado se requiere ser venezolano por nacimiento, y no poseer otra nacionalidad, jurista de reconocida competencia, persona de notoria honorabilidad, mayor de treinta años y no haber sido condenado por sentencia definitivamente firme a pena de presidio o prisión superior a tres años por delitos cometidos en el desempeño de sus funciones públicas o con ocasión de ésta.

Adicionalmente, para ser magistrado es necesario haber sido juez superior en la especialidad correspondiente a la sala para la cual se postula, con un mínimo de quince años en el ejercicio de la carrera judicial y de reconocido prestigio; haber ejercido la profesión de abogado por un mínimo de quince años y tener postgrado, o haber prestado sus servicios en la docencia o en instituciones públicas o privadas, en materia jurídica, por más de quince años (art. 263 CRBV). Estos requisitos son alternativos y establecen un mínimo requerido para llegar a ese cargo, de manera que si alguno de los postulados al cargo de magistrado cumpliera con esas condiciones de forma conjunta o en mayor medida debería ser preferido<sup>27</sup>.

Según los artículos 264 y 270 de la constitución y 10 de la Ley Orgánica del Poder Ciudadano (LOPC), el nombramiento del juez constitucional es realizado por dos órganos estatales, es decir, por la AN, con base en una lista, producto de una previa selección de dos órganos del Estado: la primera la hace el poder judicial, bajo la asesoría del Comité de Postulaciones Judiciales, integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad civil y la segunda la hace el poder ciudadano sobre la base de la lista recibida del Comité, para posteriormente remitirla a la Asamblea para la designación definitiva. Los magistrados son elegidos por un período único de doce años.

De lo anterior queda claro que la constitución de 1999 pretende un alto grado de honorabilidad, instrucción y experiencia de los candidatos a ser magistrados, así como garantizar la mayor independencia posible, pues el nombramiento del juez constitucional del máximo tribunal es sobre la base de un procedimiento en que participan dos órganos diferentes del Estado, y además, en él está involucrada la sociedad civil, ya que la primera selección

---

<sup>27</sup> Posteriormente, la LOTSJ en su artículo 7 complementó estos requisitos estableciendo, entre otros, que para ser magistrado del TSJ, el aspirante debía *“Renunciar a cualquier militancia político partidista, y no tener vínculo, hasta el cuarto grado de consanguinidad o el tercer grado de afinidad, con los Magistrados o Magistradas del TSJ, con el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo de la República, los Ministros del Ejecutivo Nacional, el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República”*.

le corresponde al Comité de Postulaciones Judiciales, que está integrado por ella y los ciudadanos pueden hacer objeciones sobre los preseleccionados tanto ante el Comité como ante el poder ciudadano (artículo 10 LOPC).

Sin embargo, desde que se instaló la ANC (agosto 1999) y se aprobó la constitución venezolana en diciembre de ese mismo año –que marca el inicio formal de la era chavista–, hasta el momento en que se redacta el presente trabajo, el procedimiento para nombrar a los magistrados del TSJ, y por tanto, al juez constitucional, *nació muerto*, pues las propias instituciones recién creadas deformaron, modificaron y violaron la constitución para ir construyendo las bases de un régimen político autoritario a través de una “justicia constitucional” que metódicamente ha sostenido al poder en su ejercicio arbitrario y ha justificado sus desviaciones bajo las instrucciones del ejecutivo.

El estudio de las normas legales, emanadas a partir de la instauración de la primera ANC, así como con posterioridad a la entrada en vigencia de la constitución, muestra que, en el transcurso de las distintas etapas referidas, el procedimiento fue modificado respecto de los magistrados principales y suplentes, incluidos los de la SC, en *cuatro oportunidades* por normas jurídicas contrarias a la constitución. De hecho, el procedimiento constitucional para el nombramiento de los magistrados del TSJ nunca se cumplió en el primer periodo bajo estudio (y tampoco en el segundo, como se verá más adelante).

El *primer nombramiento de magistrados principales* se produjo, cuando la ANC designó al margen de la nueva constitución, el 22-12-1999 sobre la base del “Decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público” a veinte magistrados principales del Tribunal Supremo de Justicia<sup>28</sup>, aunque no a sus suplentes. Este decreto fue objeto de varias acciones de inconstitucionalidad ante la propia SC, conformada por los magistrados recién elegidos, y todos fueron declarados improcedentes bajo el argumento de que se trataba de un acto constituyente exento de control judicial<sup>29</sup>.

De acuerdo al “Régimen de Transición del Poder Público”, la ANC disolvió el Congreso (parlamento según la Constitución vigente de 1961) y creó la Comisión Nacional Legislativa (“Congresillo”), que debía encargarse del poder legislativo hasta que fueran electos y tomaran posesión los diputados del nuevo parlamento.

El régimen de transición le otorgó a dicha comisión (conformada por 23 personas, entre ellas el hermano de Hugo Chávez, el presidente de la República para ese momento), nombrar a las autoridades y funcionarios, cuya designación correspondía a la Asamblea Nacional (AN) según la constitución recién aprobada. Entre las autoridades que debía nombrar la Comisión Legislativa, según el decreto de la ANC, se encontraban los magistrados

---

<sup>28</sup> Artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto mediante el cual se dicta el Régimen de Transición del Poder Público de fecha 22-12-1999 (G.O. N° 36.920 del 28-03-2000).

<sup>29</sup> Vid. Sentencia N° 4 del 26-01-2000, caso Eduardo García.

suplentes del TSJ. Así el Congresillo, los designó, también en contra de la constitución, mediante acuerdo del 28-03-2000<sup>30</sup>.

El *segundo cambio de procedimiento* contrario a la constitución, fue el previsto en la "Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia" en noviembre de 2000<sup>31</sup>, con base al cual la nueva AN nombró a algunos magistrados y ratificó a otros que habían sido designados provisionalmente un año antes, mediante el acuerdo parlamentario de fecha 02-12-2000<sup>32</sup>, el cual ratificó a tres de los magistrados de la SC, que habían sido escogidos provisionalmente un año antes, designó a los cuatros faltantes y a los suplentes, entre los cuales ratificó a uno de ellos.

El acuerdo de la Asamblea fue aprobado por el voto de la mayoría absoluta de los parlamentarios conforme a lo establecido en la nueva ley sobre la materia. Aunque la constitución en ese sentido no establece el quorum requerido para nombrar a los magistrados, los expertos consideraban que debía hacerse con la votación de las 2/3 partes, atendiendo al principio de paralelismo de las formas, sobre la base de que la remoción, según el artículo 264 constitucional, debe hacerse con esa mayoría calificada para su aprobación<sup>33</sup>.

El Comité de Evaluación de Postulaciones, que equivalía de conformidad con la nueva ley al Comité de Postulaciones Judiciales, previsto en la constitución, fue el encargado de seleccionar a los magistrados a ser ratificados o designados, pero el mismo estuvo conformado por 15 diputados, excluyendo así la participación de la sociedad civil.

En el 2004, la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia<sup>34</sup> (LOTSJ) previó *la tercera modificación* del procedimiento constitucional en los siguientes aspectos:

a. En relación con la conformación del Comité de Postulaciones Judiciales, estableció que sería integrado por 6 miembros de la sociedad civil, pero continuó teniendo en su seno a 5 parlamentarios<sup>35</sup>. Esta participación de la sociedad civil no fue tal, porque sus integrantes no fueron elegidos por ella, sino por el parlamento, convirtiéndose en una comisión parlamentaria ampliada; siendo además que su presidente debía ser nombrado por la misma AN.

---

<sup>30</sup> Gaceta Oficial N° 36.927 del 06-04-2000.

<sup>31</sup> Artículos 1, 3 y 4 de la Ley Especial para la Ratificación o Designación de los Funcionarios y Funcionarias del Poder Ciudadano y Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia (Gaceta Oficial N° 37.077 del 14-11-2000).

<sup>32</sup> Gaceta Oficial N° 37.105 del 22-12-2000.

<sup>33</sup> Cfr. Brewer-Carías, Allan, R.: *Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, EJV, Caracas, 2007; Chavero Gazdik, Rafael: *La Justicia revolucionaria. Una década de reestructuración (involución) Judicial en Venezuela*, Editorial Aequitas, Caracas, 2011.

<sup>34</sup> Gaceta Oficial N° 37.942 del 20-05-2004.

<sup>35</sup> Artículos 13 y 14 de la LOTSJ.

b. La nueva ley aumentó el número de magistrados de 20 a 32. *Human Rights Watch* denunció que ese incremento fue solo para que el chavismo terminara de copar el TSJ<sup>36</sup>. En diciembre de 2004, la AN juramentó de conformidad con la nueva LOTSJ, a 17 nuevos magistrados principales y 32 suplentes del TSJ.

c. La LOTSJ del 2004 modificó el periodo de los magistrados suplentes al reducirlo a 2 años, siendo que, según la constitución, debían ser nombrados por idéntico periodo que los magistrados principales.

d. Finalmente, el texto de la ley comienza exigiendo una mayoría calificada de 2/3 partes de la AN para el nombramiento de los magistrados, para luego permitir que, de no lograrse, la designación se hiciera por mayoría simple<sup>37</sup>. Esta era la mayoría con la que contaba el oficialismo en el parlamento en ese momento y fue la que terminó designando a los nuevos magistrados del TSJ por 12 años.

El cuarto cambio del procedimiento de nombramiento de magistrados del TSJ, entre ellos, los de la SC, se produjo con la LOTSJ del año 2010 que mantuvo, como la anterior, el nombramiento de magistrados por mayoría simple; así como la integración inconstitucional del Comité de Postulaciones Judiciales (5 diputados y 6 miembros de la sociedad civil), aunque acentuando su carácter de apéndice de la AN, por lo siguiente: (i) Se le definió como el “órgano asesor de la Asamblea Nacional” (y no del poder judicial, como lo hace la constitución); (ii) Al establecer que “su sede estará en la Asamblea Nacional” y “sus gastos correrán a cargo de ese mismo órgano”.

De tal manera, como en la ley anterior, los “representantes” de la sociedad civil no son tales, por ser seleccionados por la propia AN. Finalmente, en cuanto al periodo de los magistrados suplentes se aumentó a 6 años y se estableció que su elección se haría por el voto de la mayoría absoluta de la AN<sup>38</sup>.

Adicionalmente, la nueva LOTSJ después de entrar en vigencia en julio de 2010, fue reimpresa por “error material” en agosto, y nuevamente, el 1º de octubre, por otro supuesto error material. Esta reimpresión se hizo en realidad para modificar el artículo 70, según el cual el plazo para una convocatoria de los interesados “no será menor de 30 días continuos”. La reimpresión estableció que dicho plazo “no será mayor de 30 días continuos”. Lo que se pretendió fue hacer la preselección de los candidatos a magistrados en menor tiempo, para evitar que concluyera el período de la AN saliente (controlada totalmente por el chavismo sin oposición)<sup>39</sup>, y así, impedir que el procedimiento de selección de los magistrados estuviera en manos de una

---

<sup>36</sup> Vid. <https://shorturl.at/eh167>

<sup>37</sup> Artículos 8 y 9 de la LOTSJ.

<sup>38</sup> Artículos 38, 45, y 64 de la LOTSJ (Gaceta Oficial N° 5.991 Extraordinario del 29-07-2010, reimpresa por error material en la Gaceta Oficial N° 39.483 del 09-08-2010).

<sup>39</sup> Ya que la oposición por los innumerables vicios electorales denunciados y el copiamiento del órgano electoral no se quiso presentar a las elecciones parlamentarias del periodo, 2005-2010. Vid. <https://shorturl.at/OQX13>

nueva AN, que ya había sido elegida y donde había un porcentaje importante de oposición, aunque la mayoría todavía estaba en manos del chavismo<sup>40</sup>.

Tal y como pone en evidencia lo descrito hasta ahora, durante los primeros once años del régimen político, creado y dirigido por Hugo Chávez, este logró uno de sus objetivos esenciales para enraizarse en el poder, extender su proyecto indefinidamente y crear las bases para la instalación de un autoritarismo, y lo hizo materializando un paso esencial: designar a magistrados del TSJ parcializados, dependientes del partido de gobierno, carentes de cualquier autonomía, es decir, cooptando la justicia constitucional para que la misma se convirtiera en el brazo ejecutor de los designios del poder.

## 2.2. Exclusión inicial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en Venezuela

Ya para el 2005 el juez constitucional representaba los intereses del gobierno, conformándose una justicia constitucional débil y parcial. De ahí que no deba sorprender que, desde muy temprano, la SC del TSJ dictara decisiones dirigidas a suprimir otro de los frenos que han estar presentes para evitar las democracias ilimitadas o, si las mismas se presentan, ponerles coto.

Así, a través de un conjunto de sentencias, la SC consolidó razonamientos que desconocieron, en un primera fase, las decisiones de la CortelDH para que luego se produjera en septiembre de 2012, con el respaldo de todos los poderes públicos del país, la notificación de la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en la que el Estado venezolano solicitó, en contra de la Constitución de 1999 *“el cese de sus efectos internacionales y de la competencia de sus órganos para el país, tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*<sup>41</sup>.

Sin embargo, como aclaró la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al denunciar el Estado venezolano la Convención Americana de Derechos Humanos se retiró de la jurisdicción de la CortelDH, pero no de la CIDH<sup>42</sup>. La salida de la CortelDH se hizo efectiva al año de la denuncia de la CADH, es decir el 12-09-2013.

Esto es contrario a lo establecido en el artículo 19 constitucional<sup>43</sup>, que prevé la protección de los derechos humanos y sus garantías, cuando exige

<sup>40</sup> Artículo 70 y 73 de la LOTSJ del 2010 (corrección de los artículos 6, 9, 13, 70 y 73).

<sup>41</sup> Carta de denuncia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de Venezuela ante la OEA. En <https://shorturl.at/xCETU>

<sup>42</sup> <https://shorturl.at/eBERV>

<sup>43</sup> Artículo 19 constitucional: *“El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen”*.

que el Estado está en la obligación de asegurar a toda persona, de acuerdo a los principios de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y el ejercicio de los derechos humanos de acuerdo a lo previsto en la constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.

Así, como se ha explicado en otro ensayo<sup>44</sup>, la constitución venezolana incorpora el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) a su propio texto. Y lo hace de dos maneras: una, de forma implícita, cuando en su artículo 22 dispone que:

La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Y explícitamente, cuando el artículo 23<sup>45</sup> otorga a los tratados sobre derechos humanos jerarquía constitucional, es decir, se les da el mismo rango que la constitución y prevalecen sobre el orden interno, siempre que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las constitucionales y legales. En otras palabras, los tratados internacionales sobre derechos humanos son de aplicación inmediata y directa por parte de los tribunales y los poderes públicos venezolanos, incluyendo naturalmente el propio TSJ.

Por último, el artículo 31 de la constitución<sup>46</sup> consagra el derecho de petición de los ciudadanos de solicitar ante los organismos internacionales la protección de sus derechos humanos. Esta previsión constitucional implica un avance importantísimo en esta materia, pues reconoce la protección del derecho de petición y los procedimientos internacionales que tutelan los derechos humanos, adquiriendo así rango constitucional y hasta supraconstitucional.

De lo anterior se concluye que para el constituyente era indispensable incorporar en la carta magna el DIDH al tratarse de un sistema esencial para

---

<sup>44</sup> Cfr. Pesci Feltri, Flavia: "El concepto de soberanía: obstáculo para la protección internacional de los derechos humanos", en *Libro homenaje al Dr. Pedro Nikken*, Tomo I, ACIENPOL y EJV, 2021. Consultar también el ensayo de la profesora Nikken, Claudia: "Principio de garantía de los derechos humanos", en *Desafíos actuales para la defensa de los principios fundamentales del Derecho público en la reconstrucción del Estado venezolano. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución*, EJV, Caracas, 2020, pp. 279-306.

<sup>45</sup> Artículo 23 constitucional: "Los tratados, pactos y convenciones relativos a los derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional, y prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

<sup>46</sup> Artículo 31 constitucional: "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 de los órganos internacionales previstos en este artículo".



garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas ante las eventuales arbitrariedades del poder. No obstante, la SC del TSJ muy tempranamente (2000) actuó para sustraerle a los venezolanos la protección internacional de sus derechos fundamentales<sup>47</sup>.

Así, bajo la idea superada del concepto de soberanía, según el cual el Estado venezolano es titular de un poder superior sobre el que es imposible imponer cualquier otro, la SC expresó que no podía reconocer la jurisdicción internacional de la CortelDH cuando, de acuerdo a su propia (y conveniente) interpretación, el contenido de la misma fuera contraria a la carta magna.

Tal razonamiento le permitió desaplicar, y por tanto, negar el DIDH derogando la propia constitución que, como explicamos, no duda en exigir del Estado venezolano la obligación de indemnizar íntegramente a las víctimas de violación de sus derechos humanos y prevé el derecho de todo individuo de acudir a los órganos internacionales, previstos en los tratados internacionales suscritos por Venezuela, y cuya naturaleza y fin son los de garantizar el ejercicio de los derechos humanos y demandar de los poderes públicos que actúen en consecuencia.

Pero no solo la SC resolvió la desaplicación del DIDH declarando inejecutables las sentencias emanadas de la CortelDH, sino que ella misma en el año 2008, solicitó al Ejecutivo nacional que denunciara la CADH, porque sus órganos pretendían usurpar las funciones de la sala, cuando la CortelDH dictaminó que el TSJ debía restituir a sus cargos a tres magistrados que habían sido destituidos sin respetar sus derechos humanos<sup>48</sup>.

Las referidas decisiones<sup>49</sup> sepultaron el desarrollo que sobre la protección de los derechos humanos se gestó y consolidó durante el siglo pasado, lo cual allanó aún más el camino para la instauración de un gobierno autocrático<sup>50</sup>.

Lo anterior fue posible debido precisamente a que el sistema de justicia constitucional fue intervenido políticamente desde el inicio de la era chavista, lo que permitió la actuación ilimitada por parte del gobierno con la anuencia del TSJ que justificaba "jurídicamente" las actuaciones contrarias al Estado constitucional.

Así fue denunciado por múltiples organismos nacionales e internacionales en el transcurso de esos años. Por ejemplo, la propia CIDH emitió un

---

<sup>47</sup> Sentencia N° 386/2000 (Faitha Naihmens y Ben Ami Fihman o Revista Exceso).

<sup>48</sup> Sentencia SC del TSJ Expediente N° 08-1572. En <https://shorturl.at/owjJ3>

<sup>49</sup> Son varias las sentencias dictadas por la SC del TSJ que han tenido el fin de desconstitucionalizar el sistema de protección internacional de los derechos humanos: Sentencia N° 386/2000 (Faitha Naihmens y Ben Ami Fihman o Revista Exceso); N° 1.013/2001 (Elías Santana y Asociación Civil Queremos elegir); N° 1942/2003 (Rafael Chavero Gazdic); N° 1411/2004 (Ley del Ejercicio del Periodismo); N° 1461/2006 (Pedro Colmenares Gómez o El Caracazo); N° 796/2010 (Asociación Civil Súmate); N° 745/2010 (Asociación Civil Espacio Público).

<sup>50</sup> Flavia Pesci Feltri, "Venezuela: El desmantelamiento progresivo del Estado de derecho a partir de la instauración del régimen chavista", en *Revista de Derecho Público* N° 157-158, 2019.

informe especial publicado en el 2010 e intitulado *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela* en el que muestra la grave situación de Venezuela en cuanto a su Estado de derecho e independencia judicial. No dudamos que este informe fue el detonante de la ira chavista y así a partir de su publicación, el gobierno empezó a querer deslastrarse del control interamericano de protección de los derechos humanos.

Particularmente interesante, entre los informes de esos años, es la explicación que da la Internacional Socialista en el 2010, cuando expuso no solo cómo el presidente venezolano utilizó el derecho para “legalizar” su actuación, sino que también definió el sistema de gobierno vigente, denominándolo “democradura” y estableciendo sus rasgos característicos:

Otro hecho notable consiste en la coincidencia de las declaraciones de los diferentes actores sociales escuchados por la Misión: los temibles instrumentos de un mecanismo autoritario de nuevo tipo, de una *democradura* (gobierno de origen democrático con un ejercicio real autoritario) moderna, fueron descritos de manera recurrente y convergente a lo largo de las reuniones y entrevistas llevadas a cabo por los miembros de la Misión. Expresiones tales como: “rutina autoritaria”, “criminalización de la contestación”, “constitucionalismo revolucionario”, “inseguridad e impunidad”, “terror y corrupción”, reaparecen frecuentemente en las exposiciones. Dentro del fraccionamiento sistemático de las estructuras administrativas y sociales, el poder tolera ciertos espacios de libertad, reducidos en su número y extensión y, sobre todo, limitados a sectores que no tocan al gran público, las masas populares y las capas más pobres de la sociedad. Así, la prensa escrita, dirigida esencialmente a los intelectuales y a una parte limitada de la clase media, muestra una libertad de expresión asombrosa, a pesar de estar estrechamente vigilada y siempre bajo la amenaza de un agotamiento de las existencias de papel, al arrogarse el gobierno el control de la distribución (además de toda una otra serie de productos y servicios estratégicos, como el petróleo, la electricidad, la siderurgia, la construcción, la agroindustria, las telecomunicaciones y el sector bancario). Si las actividades de la sociedad civil y de la oposición política no son prohibidas categóricamente ellas están controladas y limitadas, particularmente debido a un tipo de autocensura que se instala bajo la amenaza permanente de ataques verbales del Presidente y de los representantes del poder, y física por parte de grupos paramilitares, algunos de ellos manifiestamente a las órdenes del poder, otros que sobrepasan al Presidente “por su izquierda” y escapan de su control inmediato. La violencia de la cual son víctimas con regularidad la Universidad Central de Venezuela y otras universidades que intentan preservar la misión de formación profesional de alto nivel y el espíritu crítico de las generaciones jóvenes es, a este respecto, representativa del clima de inseguridad y de temor que reina en el país. Como lo señala un manual de formación de trabajadores, publicado por un sindicato oficialista: “la violencia es el medio de implementación de las sociedades modernas (según Marx)”. Violencia, amenaza, intimidación, inseguridad, incertidumbre, inestabilidad de las leyes y de los procedimientos, constituyen el marco de la sociedad actual. Esto no solamente tiene consecuencias sobre la vida privada de la gente y sobre la vida ciudadana y política, sino también sobre la actividad económica nacional. (Resaltado nuestro)<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> 20 al 23-01-2010, pp. 4 y 5, en <https://shorturl.at/eLXY7>

### 2.3. La consolidación del autoritarismo en Venezuela (2013-2021)

Durante este periodo fueron varios los gravísimos hechos que dieron lugar al establecimiento definitivo de un autoritarismo en Venezuela: desde el fallecimiento de Hugo Chávez, la elección presidencial de su sucesor, las innumerables protestas a nivel nacional brutalmente reprimidas; hasta el nombramiento intempestivo en diciembre de 2015 de los magistrados del TSJ y el definitivo golpe de estado contra la democracia y el Estado de derecho, cuando la SC con un gran número de decisiones vació de contenido las competencias de la AN electa en diciembre de 2015, por cuanto la misma estaba conformada en sus dos tercera partes por la oposición.

Después de la prolongada enfermedad del presidente Hugo Chávez, –que inició a mediados de 2011, se mantuvo en secreto para evitar que se activara el procedimiento previsto en el artículo 233 de la constitución que regula los supuestos de faltas temporales y absolutas del Presidente–, y el anuncio formal de su fallecimiento (05-03-2013), se convocó a un nuevo proceso electoral a espaldas de la constitución.

Efectivamente, por aplicación de lo establecido en el artículo 233 constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo –Nicolás Maduro Moros– debía encargarse de la presidencia de la República y, dentro de los 30 días siguientes, el Consejo Nacional Electoral tenía que asegurar la realización de una nueva elección presidencial, para el periodo 2013-2019. Así ocurrió, solo que, en desconocimiento de la prohibición expresa del artículo 229 de la constitución<sup>52</sup>, que impide explícitamente que se postule como candidato a la presidencia el Vicepresidente Ejecutivo.

El problema fue resuelto por la SC, mediante sentencia del 08-03-2013<sup>53</sup>, en la cual declaró que Maduro "*cesa en el ejercicio de su cargo como vicepresidente y pasa a ser el presidente encargado*"<sup>54</sup>. Maduro no podía ser candidato por expresa prohibición constitucional. Lo fue por una interpretación de la Sala Constitucional. Las elecciones se realizaron el 14-04-2013. El desenlace fue la victoria del partido de Gobierno y su candidato Maduro, pero con unos resultados muy parejos<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Artículo 229 constitucional: "*No podrá ser elegido Presidente o Presidenta de la República quien esté de ejercicio del cargo de Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Ministro o Ministra, Gobernador o Gobernadora y Alcalde o Alcaldesa, en el día de su postulación o en cualquier momento entre esta fecha y la de la elección*".

<sup>53</sup> Sentencia de la SC/TSJ N° 141 del 08-03-2013. en <https://shorturl.at/mGV89>

<sup>54</sup> <https://shorturl.at/iCGNZ>

<sup>55</sup> Nicolás Maduro obtuvo el 50.61% de los votos (7.587.579) mientras que su contrincante, Henrique Capriles Radonski, el 49.12 % (7.363.980). <https://shorturl.at/aMPRW> Estas elecciones fueron impugnadas debido a que la oposición había verificado en el proceso de votación al menos 3.500 aparentes irregularidades lo que generaba muchas dudas en torno a los resultados; el Poder Electoral se negó a hacer las auditorías propuestas pero hizo otras en las que determinó que el margen de error era mínimo y que no afectaba los resultados. La Sala Constitucional se avocó al conocimiento de los diversos recursos contencioso-electorales, cuyo juicio y resolución correspondía a la Sala Electoral, para irlos desechando

El año siguiente (2014) se caracterizó por las protestas masivas que paralizaron el país durante cinco meses (febrero-julio), causadas por el alto nivel de inflación, desabastecimiento de alimentos y medicinas; la represión de las protestas estudiantiles; la violencia institucionalizada y la impunidad; el descontento de por lo menos la mitad de la población en torno a las elecciones presidenciales; y el manejo oscuro que se le había dado a la enfermedad y fallecimiento de Chávez.

El gobierno contrarrestó las protestas con un uso de la fuerza desproporcionada. Órganos militares y policiales junto con grupos armados protegidos por aquellos, arremetieron violentamente contra los manifestantes, lo que implicó la violación grave y sistemática de los derechos humanos, tal y como fue denunciado por las ONG venezolanas e internacionales<sup>56</sup>.

En diciembre del 2015 se produjeron elecciones de diputados para la AN, cuyo resultado fue favorable para la oposición que obtuvo 112 escaños de los 167, es decir el poder legislativo se conformó con una mayoría calificada de 2/3 partes de oposición<sup>57</sup>.

Sin embargo, antes de que entrara en funcionamiento la nueva Asamblea Nacional, se produjo el *quinto cambio del procedimiento de nombramiento* de los magistrados del TSJ, atropellando de manera grosera la constitución y la propia LOTSJ.

Así, el Poder Legislativo saliente eligió, en el mes de diciembre y en 5 días, para garantizar que el partido de gobierno mantuviera su control sobre el TSJ, a 13 magistrados principales y 20 suplentes, violando toda norma<sup>58</sup> y obligando por lo menos a 13 magistrados principales a jubilarse forzosamente<sup>59</sup>. A los nuevos magistrados se les conoció como los "magistrados exprés"<sup>60</sup>, e inmediatamente, junto con los 19 restantes que ya estaban en el TSJ, se pusieron en acción para debilitar a la recién nombrada AN y desconocer paulatinamente sus potestades.

Desde diciembre de 2015, el TSJ, actuando como instrumento político del partido de gobierno hasta diciembre de 2020, se dedicó mediante 145 sentencias a diluir progresivamente las potestades del poder legislativo vaciándolas de contenido<sup>61</sup>.

---

sin trámite por forjada razones formales. <https://shorturl.at/efjw9> Léase la Sentencia N° 1.111 de 07-08-2013. Asimismo, se recomienda la lectura de los análisis que Allan Brewer-Carías hace sobre la actuación inconstitucional de la Sala Constitucional al avocarse al conocimiento de los recursos contencioso electorales interpuestos contra las elecciones de esa fecha, análisis que se encuentra en el ya citado libro del referido autor *Estado de Derecho, la huida de la democracia y la dictadura judicial...* pp. 333 y ss.

<sup>56</sup> <https://shorturl.at/aeoAS>, <https://shorturl.at/nsBGY>

<sup>57</sup> <https://shorturl.at/afsJS>

<sup>58</sup> Vid. <https://shorturl.at/chJQS>

<sup>59</sup> Vid. Acceso a la Justicia. *El TSJ la joya que pocos han podido retener*, <https://shorturl.at/bsDHN>

<sup>60</sup> Vid. <https://shorturl.at/oFIL7>

<sup>61</sup> Vid. <https://shorturl.at/ktPRS>

La primera de esas sentencias, y quizás de las más icónicas, fue la de la Sala Electoral, con la cual quebró la mayoría calificada de las dos terceras partes que había logrado la nueva AN.

Mediante esa sentencia del 30-12-2015 dictó una medida cautelar en el juicio de impugnación del que había sido objeto el proceso electoral del estado Amazonas para la elección de sus diputados, con la cual suspendió la totalización, adjudicación y proclamación de los cuatro legisladores electos por dicha región, contrariando su doctrina de la conservación de la voluntad electoral desarrollada en su jurisprudencia<sup>62</sup>.

No obstante, esa medida cautelar, tres de los diputados del estado Amazonas se incorporaron a sus cargos el 06-01-2016, razón por la cual la propia SE declaró a la nueva Junta Directiva de la AN y a los referidos diputados en desacato, exigiendo su desincorporación inmediata<sup>63</sup>. A la luz de esa sentencia, los diputados se desincorporaron el 13 de enero. Sin embargo, el TSJ siguió dictando sentencias desconociendo las leyes y actuaciones de la AN<sup>64</sup>.

Como consecuencia de ello, en julio de 2016, y además no habiendo la SE aún resuelto los recursos interpuestos contra las elecciones parlamentarias en Amazonas, el poder legislativo devolvió sus credenciales a los diputados suspendidos. La respuesta del TSJ fue dictar una sentencia en la que declaró que la AN estaba en desacato y, en consecuencia, cualquier acto emanado del parlamento sería inválido, inexistente e ineficaz jurídicamente<sup>65</sup>.

Debido al “desacato” declarado a mediados de 2016, en enero de 2017, a solicitud de los propios diputados del estado Amazonas, la AN procedió a separarlos del cargo, pero el TSJ mantuvo su postura y decidió que ni la separación de los parlamentarios ni la elección de la nueva directiva del 5 de enero de ese año se habían hecho de forma apropiada por lo que mantuvo la tesis del desacato<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Sala Electoral del TSJ N° 260, 30-12-2015, en <https://shorturl.at/hou08> Véase M.A. Torrealba Sánchez, “La justicia electoral erigida en obstáculo para la paz en Venezuela: El caso de la suspensión cautelar de la proclamación de los diputados del Estado Amazonas como instrumento para obstaculizar la constitución del parlamento e impedir la representación política”, *Revista de Derecho Público*, N° 145-146, 2016, pp. 319-347.

<sup>63</sup> Sala Electoral del TSJ N° 1, 11-01-2016, en <https://shorturl.at/bmxF8> Sobre la juramentación, véase A.C. Maier, *Juramentaciones de los diputados de Amazonas son legales*, El Estímulo, 07-01-2016.

<sup>64</sup> Vid. <https://shorturl.at/jkY34>

<sup>65</sup> Sala Electoral del TSJ N° 108, 01-08-2016, en <https://shorturl.at/ktBOT>

<sup>66</sup> Ver PROVEA, Informe Anual –Situación de los derechos humanos en Venezuela– Enero-diciembre 2019, capítulo Justicia, en <https://shorturl.at/BKUZ6> y Acceso a la Justicia: El TSJ vs. la AN, en <https://shorturl.at/GRW15> A.R. Brewer-Carías, “El reparto de despojos: La usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado (Sentencia N° 156 de la Sala Constitucional)”, en *Revista de Derecho Público*, N° 149-150, 2017, pp. 292-300; del mismo autor *De la dictadura judicial contra la Asamblea Nacional*, en <https://shorturl.at/abvGS>

No conforme con lo anterior, en marzo de 2017, la SC del TSJ dictó las sentencias N° 155 y 156<sup>67</sup>, que resolvieron respectivamente limitar la inmunidad de los parlamentarios de la AN y asumir las facultades constitucionales del poder legislativo despojándolo y transfiriéndole sus facultades constitucionales al poder ejecutivo<sup>68</sup>.

Tales decisiones fueron tan graves que la oposición unánimemente, diversos países de la comunidad internacional y la *Organización de Estados Americanos* calificó el hecho como un autogolpe<sup>69</sup>. Esta posición fue apoyada por la propia Fiscal General de Venezuela, Luisa Ortega Díaz<sup>70</sup>, quien al día siguiente denunció que las referidas sentencias eran contrarias a la constitución, pues desconocían los principios de separación de poderes e independencia del poder judicial, y declaró que con ellas se había materializado una usurpación de funciones por parte del TSJ respecto de la AN.

Las mencionadas sentencias, produjeron la reactivación de las protestas civiles en todo el territorio nacional, que duraron desde abril hasta julio de 2017, paralizando a todo el país y que derivaron, nuevamente, en gravísimas violaciones de los derechos humanos, aún peores que las de 2014.

Precisamente, en abril de 2017, la Organización de Estados Americanos (OEA) convocó a una reunión de cancilleres para tratar la crisis venezolana y probablemente decidir la suspensión de Venezuela, pero el gobierno anunció su retiro, con lo cual se hizo efectivo no solo la salida del fuero de la CortelDH, sino también de la CIDH<sup>71</sup>.

Por su parte, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) presentó un informe al respecto titulado *Violaciones y abusos de los derechos humanos en el contexto de las protestas en la República Bolivariana de Venezuela del 1 de abril al 31 de julio de 2017*, en el que documentó el uso generalizado y sistemático de fuerza excesiva, detenciones arbitrarias, allanamientos ilegales, malos tratos y torturas, entre otras arbitrariedades cometidas por las autoridades nacionales y las fuerzas de seguridad durante los cuatro meses de protestas contra el Gobierno nacional<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> Las sentencias de la Sala Constitucional del TSJ pueden verse en G. Sira, *Reporte CIDEP: La Sala Constitucional del TSJ vs. La Asamblea Nacional*, CIDEP, en <https://shorturl.at/txFM2>

<sup>68</sup> Tal y como afirmó en su momento la ONG Acceso a la Justicia, la emanación de tales decisiones por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fue: "*la estocada final al parlamento venezolano*", Véase también Brewer-Carías, Allan. *La Consolidación de la Dictadura Judicial: La Sala Constitucional, en un juicio sin proceso, usurpó todos los poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un Estado de Excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria*. Cfr. con Pesci Feltri, Flavia: *Venezuela: El desmantelamiento...*, Ob. cit.

<sup>69</sup> <https://shorturl.at/lms59>

<sup>70</sup> Quien, recordemos, había acompañado al gobierno en el transcurso de todos estos años actuando subordinadamente a sus directrices y que en el 2014 había dirigido el proceso para la encarcelación de Leopoldo López.

<sup>71</sup> <https://shorturl.at/dxZ15>

<sup>72</sup> <https://shorturl.at/vABRW> Sobre la base de este informe, en febrero de 2018 la Corte Penal Internacional inició un examen preliminar sobre los hechos ocurridos (M. De Alba, La fase

Pero la SC no se detuvo allí, sino que le atribuyó competencias a una nueva ANC, creada en agosto de 2017 por el presidente de la República sin hacer un referéndum popular como exige la constitución, con el objetivo de sustituir a la AN<sup>73</sup>. La ANC culminó sus funciones en diciembre de 2020, cuando se produjeron nuevas elecciones legislativas, quedando la AN otra vez conformada en su mayoría por diputados pertenecientes al partido de gobierno. La ANC no *transformó el Estado ni el ordenamiento jurídico* existente a través de una nueva Carta Magna, no obstante, estas sean las razones por las cuales la Constitución de 1999 prevé su convocatoria e instalación.

Además, la SC invalidó partidos de oposición<sup>74</sup> e inhabilitó a diputados<sup>75</sup>; muchos de ellos enjuiciados y encarcelados sin respeto a su inmunidad parlamentaria y sin debido proceso<sup>76</sup>. En definitiva, ninguna de las decisiones del poder legislativo, desde que fue elegido en elecciones reconocidas por el propio poder electoral, pudieron aplicarse en la práctica, pues todas fueron anuladas por el TSJ<sup>77</sup>.

En vista de lo anterior, se puede afirmar que en Venezuela se produjo en ese periodo un verdadero golpe de Estado por la *"violación deliberada de las formas constitucionales por un grupo que detenta el poder"*<sup>78</sup>.

En el momento en que se redacta este trabajo, fueron nombrados nuevos magistrados del TSJ (abril de 2022), los cuales *por sexta vez* fueron el resultado de un procedimiento absolutamente contrario al establecido en la constitución y que se formalizó con una segunda reforma que se produjo en enero del 2022<sup>79</sup>.

La mayor parte de las modificaciones de la ley están dirigidas a mantener un juez constitucional a medida del gobierno y no cumplen, en consecuencia, ni con la Carta Magna<sup>80</sup> ni con los estándares universales del Estado de derecho; muy por el contrario, profundizan la ausencia de independencia del poder judicial y el control político sobre los magistrados del TSJ.

---

de investigación en la Corte Penal Internacional, Prodavinci, 28-08-2019, en <https://shorturl.at/adn79> Véase también Foro Penal, *Reporte 2017 sobre la represión en Venezuela*, en <https://shorturl.at/dikrv>

<sup>73</sup> Acceso a la Justicia. "Informe sobre la Asamblea Nacional Constituyente. Su utilización como parte de la fachada institucional en Venezuela". Diciembre 2020, <https://shorturl.at/gpsDN>

<sup>74</sup> Vid. <https://shorturl.at/elqX0>

<sup>75</sup> Vid. <https://bit.ly/3IDai5s>

<sup>76</sup> Véase, a modo de ejemplo, *El chavismo lleva a 22 diputados al exilio, la clandestinidad o la cárcel en el último mes*, El País, 18-06-2019, en <https://shorturl.at/nsOW4>

<sup>77</sup> Brewer-Carías, Allan: *El reparto de despojos...*, Ob. cit. del mismo autor *De la dictadura judicial contra la Asamblea Nacional...* Ob. cit. También, Pesci Feltri, Flavia: *Venezuela: El desmantelamiento progresivo...* Ob. cit.

<sup>78</sup> Vid. "El camino a la dictadura". Acceso a la Justicia, <https://shorturl.at/cijO8>

<sup>79</sup> Gaceta Oficial N° 6.684 Extraordinario del 19-01-2022.

<sup>80</sup> Ver Brewer-Carías, Allan: *Sobre los once vicios de inconstitucionalidad de las sentencias de las Sala Constitucional que declararon la "constitucionalidad" de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*, p. 3 <https://shorturl.at/qswAW>

Las reformas de las que fue objeto la LOTSJ son las siguientes: **(i)** Se limita el número de magistrados por cada Sala con lo cual pasan de 32 a 20; la Sala Constitucional tendrá 5 magistrados mientras que las restantes 3; **(ii)** Se mantiene el Comité de Postulaciones previsto en la LOTSJ de 2004, que establecía que el mismo estuviera integrado por 11 diputados, contradiciendo lo dispuesto en el artículo 270 constitucional que señala que dicho comité debe estar conformado por representantes de diversos sectores de la sociedad civil. Con la actual modificación, manteniendo obviamente la contradicción de nuestra Carta Magna, se amplía su número de integrantes de a 11 a 21, pasando a estar integrado por 11 diputados y 10 miembros de la sociedad civil, lo que permite que el legislador siga manteniendo el control político sobre el nombramiento de los magistrados; **(iii)** Conserva la previsión inconstitucional de que los magistrados puedan ser elegidos por mayoría simple, en caso de que después de tres sesiones no se logre el consenso de las 2/3 partes del parlamento para la designación de los mismos; **(iv)** Adicionalmente, se contempla la posibilidad de que los magistrados que se encuentran en el cargo podrán postularse de nuevo, aun cuando la constitución determina expresamente en el artículo 264<sup>81</sup> que el tiempo máximo y fijo para el ejercicio del mismo no puede ser superior a 12 años. En ese sentido, si un magistrado tiene 10 años en el ejercicio del cargo y se hace necesario realizar nuevos nombramientos, el juez podría postularse nuevamente (como de hecho sucedió) y ejercer el cargo por 12 años más y así sucesivamente. De esta manera, la ley establece una nueva inconstitucionalidad en el procedimiento para elegir a los magistrados del TSJ dando la posibilidad de que puedan permanecer en el cargo de forma vitalicia; **(v)** Por otra parte, la reforma delega a la AN la atribución de nombrar al Inspector General de Tribunales como al Director de la Escuela Nacional de la Magistratura, politizando también estas designaciones. Las mismas estaban atribuidas a la Sala Plena del TSJ; **(vi)** Finalmente, y como único aspecto positivo de la reforma, se prohibió a la SC que modificara las leyes en el ejercicio de sus competencias, exigiéndole que debía informar a la AN en caso de que considerara realizar cambios o reformas de una ley.

Esta competencia de legislar a través de sus sentencias, fue un invento de la propia SC que materializó y justificó en el transcurso de las etapas descritas y aprovechó las dos impugnaciones de inconstitucionalidad que fueron interpuestas contra esta reforma para, por una parte, declararlas sin lugar; y, por otra, aprovechar la oportunidad para eliminar el único punto de la reforma que la limitaba.

En abril del 2022 y después de un proceso que desde sus inicios estaba viciado de inconstitucionalidad debido a las reformas aludidas, la AN nombró a los 20 “nuevos” magistrados del TSJ.

El resultado ha sido que, de la totalidad de los nombrados, doce de ellos fueron reelectos aun cuando, ya lo hemos dicho, la Constitución venezolana

---

<sup>81</sup> Artículo 264 constitucional: “Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos por un único período de doce años”.



prohíbe expresamente que una misma persona tenga la titularidad de ese cargo por más de los 12 años<sup>82</sup>.

Además, y de acuerdo a la investigación realizada por Acceso a la Justicia, el porcentaje de magistrados oficialistas o progobierno es del 85%, es decir, que 18 de los 20 magistrados son afines al gobierno, o bien porque han sido funcionarios de otros poderes públicos, o porque son los que repiten en el cargo que, además de su clara afiliación política, demostraron con las sentencias dictadas desde su nombramiento que obedecen a las directrices del Ejecutivo<sup>83</sup>.

## A modo de epílogo

La ausencia de independencia judicial del sistema de justicia venezolano, incluyendo la justicia constitucional, ha sido denunciada en múltiples ocasiones por organismos internacionales a lo largo de los periodos mencionados. Así, Naciones Unidas a través de sus diferentes órganos y autoridades ha expuesto y evidenciado la degradación del sistema de justicia venezolano<sup>84</sup>, tal y como lo expone la *Comisión Internacional de Juristas* en su último Informe del 2021:

La falta de independencia judicial ha sido subrayada por las principales autoridades internacionales de derechos humanos en diversas ocasiones, en particular por el Comité de Derechos Humanos de la ONU<sup>85</sup>, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>86</sup>, el Comité contra la Tortura<sup>87</sup>, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en el proceso de Examen Periódico Universal

<sup>82</sup> "Gladys Gutiérrez, Lourdes Suárez Anderson, Calixto Ortega, Luis Damiani; todo ellos miembros de la Sala Constitucional; Bárbara César y Malaquías Gil, de la Sala Político Administrativa; Fanny Márquez e Inocencio Figueroa, de la Sala Electoral; Carmen Alves de la Sala de Casación Civil; Elsa Gómez y Maikel Moreno, de la Sala de Casación Penal; y Edgar Gavidia, de la Sala de Casación Social son los magistrados a quienes los diputados reeligieron, de manera casi unánime, en clara contravención a lo dispuesto en la Constitución...(Omissis)... La decisión del Legislativo permitirá que al menos un magistrado (Malaquías Gil) pasen veinticuatro años en el máximo juzgado, mientras que una magistrada (Gladys Gutiérrez) estará más de veinte" <https://shorturl.at/FHPSW> Véase también Acceso a la justicia. El Observatorio venezolano de la justicia, "Nueva Ley Orgánica del TSJ confirma la falta de voluntad política para construir una justicia independiente en Venezuela", 21-01-2022, en <https://bit.ly/3MR65xf>

<sup>83</sup> Vid. <https://shorturl.at/otvxN>

<sup>84</sup> Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela E/C.12/VEN/CO/3* de fecha 07-07-2015, en <https://shorturl.at/fkzJP>

<sup>85</sup> Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela. CCPR/C/VEN/CO/4* de fecha 14-08-2015, en <https://shorturl.at/hlAP7> *Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con el artículo 40 del pacto. CCPR/CO/71/VEN* de fecha 26-04-2001, en <https://shorturl.at/sxFLR>

<sup>86</sup> Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observaciones finales sobre el tercer informe periódico de la República Bolivariana de Venezuela E/C.12/VEN/CO/3* de fecha 07-07-015, en <https://shorturl.at/pstGU>

<sup>87</sup> Naciones Unidas. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la República Bolivariana de Venezuela. CAT/C/VEN/CO/3-4* de fecha 12-12-2014. (Párrafo 16), en <https://shorturl.at/ehx17>

de Venezuela<sup>88</sup>, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>89</sup> y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)<sup>90</sup>. En 2020, la Misión Internacional Independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela (FFM), establecida por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2019<sup>91</sup>, declaró que “[u]no de los elementos que contribuyen a las violaciones y delitos determinados por la Misión es la falta de independencia del poder judicial”<sup>92</sup>.

El informe citado lleva a cabo una detallada radiografía del grado de dependencia y sumisión de la justicia venezolana, lo que le permite afirmar que el TSJ ha sido esencial para quebrantar el Estado de derecho en nuestro país y su falta de independencia y rendición de cuentas lo convirtieron en un instrumento político del gobierno siendo, por tanto, corresponsable y partícipe en las graves violaciones de derechos humanos que se han materializado en contra de los venezolanos<sup>93</sup>.

En el mismo sentido, el último Informe de la Misión Internacional de Determinación de Hechos establecida por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU (septiembre de 2021), señala lo siguiente:

108. La capacidad del sistema de justicia para proteger los derechos humanos y prevenir los crímenes de Estado perpetrados contra sectores de la población venezolana comenzó a erosionarse con anterioridad al mandato conferido a la Misión, que comienza en 2014. Sin embargo, desde entonces, el Gobierno ha aprovechado un sistema que ya había sido puesto en marcha y ha continuado construyendo sobre la base de éste.

118. La Misión tiene motivos razonables para creer que, si los actores fiscales y judiciales hubieran desempeñado de manera adecuada y completa su función constitucional podrían haber evitado la comisión de muchos de estos crímenes y violaciones o, por lo menos, podrían haber puesto trabas rigurosas para obs-

---

<sup>88</sup> Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal (2017)*. A/HRC/34/6, en <https://shorturl.at/iDHX8> y (2011) A/HRC/19/12, en <https://shorturl.at/degNS>

<sup>89</sup> Entre otros, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informes de país sobre Venezuela “Situación de derechos humanos en Venezuela - Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela” OEA/Ser.L/V/II. Doc. 209 de fecha 31-12-2017, en <https://shorturl.at/bcmIJ> Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54 de fecha 30-12-2009, en <https://shorturl.at/dCFHP>; Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II.118 Doc. 4 rev. 1 de fecha 24-10-2003, en <https://shorturl.at/abHW8>

<sup>90</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05-08-2008, en <https://shorturl.at/UY139>. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30-06-2009, en <https://shorturl.at/bvEJO>. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01-07-2011, en <https://shorturl.at/lwBVW>

<sup>91</sup> Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos: Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela. A/HRC/45/CRP.11 de fecha 15-09-2020. Párrafo 148, en <https://bit.ly/3lwGV4r> La FFM también declaró que tenía “*motivos razonables para creer que se habían cometido crímenes de lesa humanidad en Venezuela*” (párrafo 2086).

<sup>92</sup> Comisión Internacional de Juristas: *Jueces en la cuerda floja. Informe sobre Independencia e Imparcialidad del Poder Judicial en Venezuela*, p. 9, 2021.

<sup>93</sup> Id.

taculizar la capacidad de los miembros de los servicios de seguridad pública e inteligencia del Estado para cometerlos.

119. La Misión tiene motivos razonables para creer que el sistema de justicia ha jugado un papel significativo en represión Estatal de opositores al gobierno en lugar de proporcionar protección a las víctimas de violaciones de derechos humanos y delitos. Los efectos del deterioro del Estado de Derecho se propagan más allá de los directamente afectados, repercuten en toda la sociedad<sup>94</sup>.

La situación antes descrita con sus consecuencias nefastas para los derechos humanos en Venezuela ha hecho que, en el marco de la investigación llevada a cabo por el Fiscal de la Corte Penal Internacional, este confirmara en noviembre de 2021<sup>95</sup>, la apertura de una investigación sobre la situación en el país y firmara un Memorando de Entendimiento con el Gobierno en el que este se comprometió que *“adoptará todas las medidas necesarias para asegurar la efectiva administración de justicia, de acuerdo con los estándares internacionales”*<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> <https://bit.ly/3BSFUQO>

<sup>95</sup> <https://shorturl.at/cB136>

<sup>96</sup> <https://shorturl.at/wyGS7>



# REFORMULACIÓN INSTITUCIONAL DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN EL ÁMBITO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Tulio Alberto Álvarez-Ramos\*

El aspecto primitivo del derecho consuetudinario presenta un lado seductor: la armonía y unidad. El derecho es uno con el sujeto, vive en éste como sentimiento y convicción, es uno con la vida, no choca con ella como a menudo la ley, es uno con el tiempo, progresa con él a diferencia de la ley que a veces se retrasa en su nacimiento o su desaparición<sup>1</sup>.

## Introducción

El sistema jurídico latinoamericano, ante el reto de su definitiva integración, encuentra en el sistema interamericano de derechos humanos la más sólida de sus bases. Esta afirmación inicial parte de la eficacia de una dogmática particular dirigida a la defensa y resguardo de comunidades y poblaciones autóctonas, especialmente expuestas, tradicionalmente desplazadas bajo esquemas de aculturación y transculturación. Pero también, a los efectos de este esfuerzo, la afirmación del pluralismo jurídico implícito en este Bloque Romano Indiano, uno de los modelos contemporáneos en el que me permito enmarcar los subsistemas nacionales de la región, constituye el punto de partida idóneo que privilegie el desarrollo sostenible, el tema ambiental y el derecho de las comunidades indígenas a vivir bajo su entorno cultural y en sus tierras ancestrales.

Considero que garantizar el ejercicio de este tipo de derechos constituye una de las principales funciones de un Defensor del Pueblo como órgano constitucional. Ha sido una tendencia del constitucionalismo latinoamericano, a partir del último tercio del siglo XX, la instauración de órganos de

---

\* Tulio Álvarez (tulioalvarez17@gmail.com) es actualmente Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello y Profesor Titular en la misma universidad desde 1983. Es Jefe de Cátedra de Derecho Constitucional y Profesor Titular en la Universidad Central de Venezuela desde 1985. Igualmente, se desempeña como profesor en los doctorados de Ciencias Sociales, Historia y Derecho; además de las maestrías de Filosofía, Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Artículo culminado el 03-08-2022 en territorio *Kamarakoto* (Etnia Pemón).

<sup>1</sup> VON IHERING (1997) 124-126.

defensa ciudadana que, a pesar de una aparente uniformidad en el diseño acogido por los distintos regímenes políticos, muestran cierto grado de aislamiento y hasta desapego con la actividad desarrollada por los organismos internacionales que pretenden resguardar los valores, principios y reglas aceptados por los Estados nacionales, al menos en sus declaraciones formales y en los compromisos asumidos en los tratados internacionales<sup>2</sup>. La anterior situación redundante en unas instituciones que, aunque resulten idóneas en algunos países, aparezcan con importantes limitaciones en su actuación; esto, sin añadir los casos de absoluta sumisión institucional en los regímenes autoritarios que se vienen consolidando en la región.

El análisis y solución de los problemas novedosos que aquejan a las sociedades debería ser una actitud permanente del cuerpo político que conforma el Estado; sin embargo, ante la evidencia de un cierto anquilosamiento institucional, surge la necesidad de una reflexión en el marco de la filosofía del derecho que reconozca la necesidad de adaptación normativa-institucional, especialmente en temas como el Buen Gobierno, el equilibrio ecológico, aquellos de índole moral que surgen por el desarrollo acelerado

---

<sup>2</sup> La figura del Defensor del Pueblo se encuentra regulada y desarrollada bajo parámetros disímiles en la región. Encuentro un desarrollo singular sobre parámetros de autonomía en Argentina (Artículo 86 de la Constitución de la Nación) con competencias en áreas tan interesantes como identidad y ciudadanía; salud, acción social, educación y cultura; medio ambiente y desarrollo sustentable; servicios públicos; seguridad social y trabajo; grupos vulnerables; y géneros y diversidad. Con la misma denominación, aunque con distinta conformación funcional y dependencia ejecutiva encontramos la Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia, la Defensoría del Pueblo de la República de Colombia, la Defensoría del Pueblo de Ecuador, la Defensoría del Pueblo de la República de Panamá, la Defensoría del Pueblo de la República del Paraguay, la Defensoría del Pueblo de la República de Perú, la Defensoría del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela y el Defensor del Pueblo de República Dominicana. También con similar aproximación está la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de la República de El Salvador, la Procuraduría de los Derechos Humanos de la República de Guatemala, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de la República de Nicaragua y la Procuraduría Federal dos Direitos do Cidadão brasileña; o, vinculada a una conformación colegiada, Comisión Nacional de los Derechos Humanos de la República de Honduras y la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México. Mención aparte merece el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile ya que puede adelantarse un cambio, precisamente pendiente en el momento de redacción de este artículo (04-07-2022), como consecuencia de la propuesta de nueva constitución aprobada por la Convención Constitucional en su sesión 110, celebrada el 28-06-2022 y entregada al Presidente de la República el 04-07-2022. En ella se prevé la figura de la Defensoría del Pueblo como órgano autónomo con personalidad jurídica encargada de la promoción y protección de los derechos humanos asegurados en esta Constitución, en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, así como los emanados de los principios generales del derecho y de las normas imperativas reconocidas por el derecho internacional, ante los actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado y de las entidades privadas que ejerzan actividades de servicio o utilidad pública. Otros casos especiales son el del Procurador del Ciudadano del Estado Libre y Asociado de Puerto Rico, por su especial condición en el marco del gobierno federal de los Estados Unidos; y la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo de la República Oriental del Uruguay por su especificidad funcional prevista en el artículo 4º de la Ley 18.446, muy focalizada en el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP), aun cuando preserve las genéricas competencias de resguardo preventivo y la formación educativa en la materia.

de las biotecnologías, el efectivo reconocimiento de la entidad humana de las comunidades y sectores sociales en situación de minusvalía, las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y las nuevas formas de violencia causantes de una preocupación presente que interpela a toda la humanidad ante una organización política nacional que se ve desbordada y que “nos lleva a pensar en sociedades bajo una dimensión planetaria”<sup>3</sup>.

## 1. Pluralismo jurídico implícito en el bloque romano indiano latinoamericano

Al contextualizar los subsistemas jurídicos nacionales en la calificación de Bloque Romano Indiano, vigente en América Latina, pretendo rescatar al máximo los efectos de la doctrina sobre pluralismo jurídico, proclamada sin ambages por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos y buena parte de los Estados nacionales, a la par de asumir el método histórico contextual que, en derecho constitucional, justifica la figura del Defensor del Pueblo bajo parámetros de autonomía y especificidad funcional. Pero igualmente, la intencionalidad manifiesta estaría en establecer la relevancia y justa medida de los derechos de los pueblos indígenas, lo que significa llevar la doctrina interamericana a una aplicación efectiva.

Planteo así la conceptualización del sistema jurídico latinoamericano como bloque normativo de marcada factura quirritaria, acompañada por el componente cultural de nuestros pueblos, lo que también lleva a la diferenciación entre sistema jurídico y orden normativo como premisa metodológica. Bajo este prisma, el punto de partida será reconocer que el subsistema nacional está conformado por diversos ordenes normativos con diversidad de fuentes y características particulares, tal como ocurre con el derecho propio de las comunidades indígenas<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. el documento XXIV de la Comisión Teológica Internacional: *À la recherche d'une éthique universelle. Nouveau regard sur la loi naturelle* (2009). <https://bit.ly/43koXdF> En la misma dirección, la *Carta Encíclica Laudato Si* del Papa Francisco sobre el cuidado de la casa común señala que “el desafío urgente de proteger nuestra casa común incluye la preocupación de unir a toda la familia humana en la búsqueda de un desarrollo sostenible e integral, pues sabemos que las cosas pueden cambiar” (No. 13); y se hace un llamado “urgente a un nuevo diálogo sobre el modo como estamos construyendo el futuro del planeta. Necesitamos una conversación que nos una a todos, porque el desafío ambiental que vivimos, y sus raíces humanas, nos interesan y nos impactan a todos” (No. 14). <https://bit.ly/3oq50TQ>

<sup>4</sup> Explicaba en reciente conferencia sobre *El subsistema jurídico venezolano como secuencia reveladora del bloque romano indiano* (X Congreso CEISAL, Helsinki 15-06-2022) la importancia de la precisión que realiza Catalano, diferenciando el término “sistema jurídico” con el sentido que le da al término “orden jurídico”. También comentaba que la propuesta del famoso romanista reviste máxima utilidad en el proceso de descifrar las dudas y antinomias a partir de la solución de los problemas que la praxis impone; particularmente, al hacer prevalecer las cualidades de orden y de unidad como características indubitables de un sistema integrado por diversos ordenes normativos, además la comprensión del autarquismo preceptivo y la diversidad de los ordenes normativos de las comunidades indígenas, en el contexto de los subsistemas nacionales y el sistema jurídico de corte quirritario vigente en América Latina. En este sentido, puede revisarse el trabajo de Pierangelo Catalano, *Sistema y ordenamientos: El ejemplo de América Latina*. <https://bit.ly/3MRi2mD>

La inspiración romanística de esta premisa viene de la más arraigada tradición que parte de la transigencia del sistema ideal del *ius Romanum*, al admitir la pervivencia de los diferentes ordenamientos jurídicos de los pueblos subyugados por su poderío militar, sea en un esquema de imperialismo defensivo o bajo la consideración de un imperialismo civilizatorio, aplicando el criterio *ius sui legibus uti* durante su tiempo de prevalencia cultural. Posteriormente, ese ideal civilizatorio, va a insuflar los derechos nacionales europeos y, en convivencia con los estatutos medievales, marcará la interpretación y aplicabilidad de esos derechos hasta la modernidad. El tránsito de este acervo cultural se verá también potenciado por el universalismo cristiano.

Se inician así las reconstrucciones normativas territoriales que, muy especialmente en el ámbito europeo, se caracterizaron por la heterogeneidad bajo diversos señoríos; y, entre estos, el Reino de Castilla fue precisamente el que en mayor medida preservó la riqueza quiritaria. Pero también produjo una paulatina adaptación para “las Indias” cumpliendo el reto de controlar los nuevos territorios americanos; inclusive, compilada normativamente en forma más perfecta que la peninsular, tal como se refleja en la *Recopilación de 1680*<sup>5</sup>.

En la misma dirección, en lo que atañe a nuestro objeto de reflexión, se producirá una automática ampliación del radio de acción del *ius Romanum*, más allá del espacio continental europeo, ante la necesidad de reglar el desarrollo institucional y la vida social en las posesiones americanas de España y Portugal.

Este estatuto jurídico derivó en la formación de un particular sistema integrado por los órdenes normativos diversos que terminan conformando un Bloque Romano Indígena para América Latina, con componentes autóctonos bajo los cuales nuestro sistema jurídico aparece como causahabiente y receptor del derecho romano<sup>6</sup>. Luego, en la subsecuente mutación constitu-

---

<sup>5</sup> En 1660 el Consejo de Indias nombró una comisión para poner al día la legislación indiana y en mayo de 1680 Carlos II aprobó el texto oficial, que se imprimió un año más tarde. Consta de nueve libros y recoge un orden de prelación de fuentes muy importante, dado el caos legislativo que existía en el Derecho indiano. Según ese orden de prelación, el Derecho indiano debía ser aplicado atendiendo a las siguientes prioridades: 1° La Recopilación de 1680; 2° Las cédulas, ordenanzas, y provisiones dictadas con anterioridad a la Recopilación para las Indias y no derogadas; y 3° Las Leyes de las Partidas, de conformidad con la ley primera de las Leyes de Toro. En las más de seis mil leyes de esta obra se trata el derecho eclesiástico, el gobierno de las Indias, las audiencias, la junta de guerra, el Consejo de Indias, el derecho penal, la Hacienda, las universidades y el derecho de patronato.

<sup>6</sup> Las leyes de indias en su especificidad no deben confundirse con el incipiente Sistema Jurídico que comenzó su formación en las posesiones hispanas en América, sino que se constituye en uno de los órdenes normativos que lo conforman, signado por su manifiesta preponderancia como instrumento de dominación sobre comunidades preexistentes al mismo. Aquí se revela un abierto contraste con el Sistema Quiritario, basado en el criterio *ius sui legibus uti*, en el que no se pretendió imponer a los otros pueblos un orden distinto a su nomos y en el que coexisten los órdenes normativos con su máxima vitalidad. El derecho indiano es un derecho europeo con una raíz cultural absolutamente distinta a la de los derechos indígenas de la América Hispana, pero coexisten en el mismo territorio y, por tal situación, se materializan elementos coincidentes, al menos si se considera la necesaria in-



yente de los nuevos Estados que surgirán en los procesos de ruptura del siglo XIX, quedaran definitivamente delineados los subsistemas nacionales que conforman el sistema jurídico latinoamericano.

De manera que el pluralismo jurídico encuentra su origen en el esquema de respeto y preservación de la diversidad de ordenamientos normativos en el mejor espíritu del sistema quirritario.

## **2. Tribuno de la plebe, defensor civitatis y defensor de indios como secuencia reveladora del bloque romano indiano**

No pretendo describir pormenorizadamente las funciones de los tribunos y defensores existentes en el mundo quirritario y que desarrollaron tal actividad con una eficacia que su impronta se proyecta hasta nuestros días; al contrario, me limitaré a resaltar lo que considero elementos relevantes en la adaptación de estas figuras históricas. En la práctica, me voy a permitir aquí la aplicación de un método que combina el aspecto teleológico-fundamental y el histórico-contextual, en una interpretación que busca comprender la secuencia institucional, en la búsqueda del sentido y justificación de una defensa ciudadana, con expreso reconocimiento de lagunas y antinomias que nos obligan hoy a una interpretación constructivista de valores implícitos.

Esta determinación tendría por objeto detectar una utilidad actual a la indagación, en el sentido de confirmar como elementos claves en la reformulación funcional de los órganos de defensa ciudadana: la decisiva incorporación de procesos de participación popular en todos los mecanismos vinculados al resguardo de derechos fundamentales; y la eficacia requerida en el acatamiento del “poder negativo” que debe ejercer el defensor del pueblo, como mecanismo típico de la institución<sup>7</sup>. Estas fueron dos marcas de factura quirritaria. Al precisar los antecedentes y el campo de intervención institucional se justificaría la reforma a la que he hecho referencia.

Imbricación perfecta de estos elementos nos ofreció la Roma, en el amanecer republicano, al ejercer directamente el pueblo su poder negativo para impedir la vigencia de un orden basado en el dominio absoluto de una minoría privilegiada sobre una mayoría restringida en sus derechos. Al retirarse la plebe a ese *mons sacer* que era el monte Aventino, se produce una manifestación real y efectiva de lo que hoy entendemos como el ejercicio de un acto de soberanía popular con la plena racionalidad que demostró Mene-

---

teracción que surge con la ejecución del esquema de encomiendas que pretendía el sinsentido de proteger a los indígenas colocándolos en situación de servidumbre y sometidos a la autoridad de los agentes coloniales. Cfr. ALVAREZ (2022).

<sup>7</sup> Para una mayor comprensión del término poder negativo en perspectiva quirritaria: Pierángelo Catalano, *Un concepto olvidado: Poder Negativo*, en *Constitucionalismo Latino I*, Istituto Universitario di Studi Europei, Torino, 1991.

nio Agripa, en el célebre discurso que refiere Tito Livio como motivación de la fórmula de avenimiento<sup>8</sup>.

El resultado fue la instauración de la *Concilia Plebis*, como asamblea plebeya que se constituiría en órgano de representación para asumir las reformas dirigidas a la equiparación; y la creación en el año 494 a.C. de la típica magistratura concebida para el ejercicio de ese poder negativo. El *tribuno plebis* tenía potestad para convocar a la plebe a concilios y, lo más relevante, con suficiente poder para vetar las decisiones de los otros magistrados e inclusive del Senado, en tiempo de paz<sup>9</sup>. Tal precedente de resistencia popular ha sido considerada por Catalano, en su importante trabajo ya citado, como un fenómeno no jurisdiccional que se constituye en garantía de equilibrio institucional y de defensa de los derechos que hoy constituyen parte de la dogmática constitucional.

Así como el tribunado de la plebe representa la magistratura activa de participación popular detentadora del poder negativo al que se ha hecho referencia, en el espectro del *populus* romano, el *Defensor civitatis* es una

<sup>8</sup> Este legendario patricio realizó la célebre apología del cuerpo humano para lograr un entendimiento entre las partes en conflicto. En su discurso, describió la rebelión de los órganos de una persona a causa de su incansable trabajo para que el estómago perezoso se aprovechara de todos los alimentos. Esa fue la razón por la cual los otros órganos decidieron privarlo de comida y, obviamente, falleció el cuerpo total. Su ejemplo pretendía demostrar lo indispensables que eran los unos para los otros. Quizás, esta puede ser la primera referencia histórica de una perspectiva sistémica para resolver los problemas políticos, tal como nos la presenta Tito Livio: *Tempore quo in homine non ut nunc omnia in unum consentiant, sed singulis membris suum cuique consilium, suus sermo fuerit, indignatas reliquas partes sua cura, suo labore ac ministerio ventri omnia quaeri, ventrem in medio quietum nihil aliud quam datis voluptatibus frui; conspirasse inde ne manus ad os cibum ferrent, nec os acciperet datum, nec dentes quae acciperent conficerent. Hac ira, dum ventrem fame domare vellent, ipsa una membra totumque corpus ad extremam tabem venisse. Inde apparuisse ventris quoque haud segne ministerium esse, nec magis ali quam alere eum, reddentem in omnes corporis partes hunc quo vivimus vigemusque, divisum pariter in venas maturum confecto cibo sanguinem. Comparando hinc quam intestina corporis seditio similis esset irae plebis in patres, flexisse mentes hominum.* T. Livius, *Ab vrbe condita libri*, II.32. <https://bit.ly/45oH11p>

<sup>9</sup> El tribuno protegía al plebeyo frente a actos arbitrarios de los magistrados patricios (*ius auxilium*) y, para garantizar la defensa, ostentaba la inviolabilidad de su persona, lo que sería el antecedente más lejano de la inmunidad de que gozan los parlamentarios y, en Venezuela, el Defensor del Pueblo. Por ello detentaba la *sacrosanctitas* que supuestamente impedía agresiones contra su persona por el temor de la sanción (*sanctio*) de ser declarado *sacer*, lo que implicaba que el agresor podía ser eliminado por cualquiera, en cualquier tiempo o sitio, sin que tal acción representara un delito ya que ese término tenía un doble sentido: Lo sagrado, consagrado a las divinidades; pero también lo que había sido maldecido por impiedad o ser execrable. La equiparación patricio-plebeya fue producto de un lento proceso. La sanción de la Ley de las XII Tablas (451-450 a.C.) fue un elemento singular por cuanto reflejó la formación de un derecho propio que se aplicaba por igual a patricios y plebeyos. Otros avances normativos en la equiparación fueron la *Lex Canuleia* (año 445 a.C.) que concede el *connubium* a los plebeyos y, con ello, la normalización de las relaciones familiares y la posibilidad de contraer *iustae nuptiae* con los patricios; el *ius honorario* y el acceso a las magistraturas, en el año 367 a.C. al consulado y en el año 252 a.C. al pontificado en virtud de la ascensión del plebeyo Tiberio Coruncanio como *Pontifex Maximus*; y la *Lex Hortensia* (año 287 a.C.) mediante la cual los plebiscitos quedan equiparados con las otras leyes. Estas reformas logradas bajo el parámetro de participación política y el poder negativo que daba efectividad al ejercicio del tribunado.

compleja institución posterior, con carácter jurisdiccional, propia de la burocracia de las municipalidades de las grandes ciudades provinciales<sup>10</sup>. En este origen, el emperador señala que quien ejerce la prefectura del pretorio debe elegir “*algunos hombres de carácter adecuado y cuya vida pasada se estima*”, por lo que se hace imposible comprender cabalmente la figura sin mencionar su relación con el *ordo decurionis* característico de la administración en las ciudades de relevancia política.

Esta estructura que implicaba una dignidad de origen tenía la responsabilidad del gobierno y la administración de los municipios en época imperial<sup>11</sup>. De manera que el decurionato es un orden regular de jerarquías, porque nadie puede ocupar un cargo mayor antes de recibir uno menor<sup>12</sup>. Ade-

<sup>10</sup> Se revela así en la primera Constitución de 368 a.D. en la que se hace referencia a la institución mediante un llamado al prefecto del pretorio para que la instaure en las ciudades de la diócesis de Iliria. C.Th. 29.1. (XXVIII.) De Defensoribus Civitatum. [Imp]P. Val(Entini)Anus Et Val(Ens) Aa. Ad Probum P(Raefectum) P(Raetori)o. *Admodum utiliter edimus, [ut] plebs omnis Illyrici officiis patronorum contra potentium [d]efendatur iniurias. Super singulas quasque praedictae dioeceseos civitates aliquos idoneis moribus quorumque vita antea laudatur tua sinceritas ad hoc eligere curet officium, qui aut provin[cij]s praefuerunt aut forensium stipendiorum egere militiam [a]ut inter agentes in rebus palatinosque meruerunt. Decurionibus ista non credat; his etiam, qui officio tui culminis vel ordinari[i]s quibuscumque rectoribus aliquando praeerint, non committat hoc mun[us]; referatur vero ad scientiam nostram, qui in quo oppido fuerint ordinati.* Dat. V K. Mai. Divo Ioviano Et Varroniano Cons. Resulta interesante señalar que la que parece ser la primera referencia, en Constitución Imperial, no necesariamente revela que el año 368 fue el año de creación; sino que, al contrario, se puede asumir una existencia previa, pero con un ámbito de acción muy limitado. También está la constitución dirigida al prefecto del pretorio Modestino, en la que se refiere la necesidad de la intervención jurisdiccional del *defensor civitatis*, con *legitimatío ad causam* mediante queja, en la activación de procesos dirigidos necesariamente por los jueces que conforman el gobierno de las provincias, con el objeto de poner fin a disputas y controversias. Cfr. C.Th. 13.10.7. *Idem aaa. ad Modestum praefectum praetorio: ...Hoc autem ut rite celebretur, auctoritas tua iudicibus tantum, id est rectoribus provinciarum, permittat potestatem, ita ut iidem, cum querimonia defensorum vel plebeiorum ad eos fuerit nuntiata, exhibitis partibus secundum fidem rerum coram cognoscant ac stabilitatem census finita altercatione componant...* Dat. XVII kal. feb. Constantinopoli Gratiano a. II et Probo cons. (371 ian. 16).

<sup>11</sup> La mención que trae Ulpiano refleja un verdadero orden jerarquizado en función de la dignidad que deriva de los servicios al príncipe y la ciudad, calificándose los *duumvirales* como los más antiguos. En la lista de los decuriones de un municipio se inscribían primero los nombres de los que han obtenido dignidades a juicio del príncipe y después los de los que sólo han realizado honores municipales. D.50.3.1: *Ulpianus libro tertio de officio proconsulis: pr. Decuriones in albo ita scriptos esse oportet, ut lege municipali praecipitur: sed si lex cessat, tunc dignitates erunt spectandae, ut scribantur eo ordine, quo quisque eorum maximo honore in municipio functus est: puta qui duumviratum gesserunt, si hic honor praecellat, et inter duumvirales antiquissimus quisque prior: deinde hi, qui secundo post duumviratum honore in re publica functi sunt: post eos qui tertio et deinceps: mox hi qui nullo honore functi sunt, prout quisque eorum in ordinem venit.* 50.3.2: *Ulpianus libro secundo opinionum: In albo decurionum in municipio nomina ante scribi oportet eorum, qui dignitates principis iudicio consecuti sunt, postea eorum, qui tantum municipalibus honoribus functi sunt.*

<sup>12</sup> No dudo en fijar el origen de ese honor en los servicios militares prestados al Imperio que, en los casos de los veteranos de las levas, termina conformando el “Santísimo Orden de los Padres Concriptos” tal como se puede constatar en las *Leges novellae*, específicamente *Nov. Maior. 1* referida al consulado original de Augusto: *Imp. Maiorianus a. ad senatum. Imperatorem me factum, patres conscripti, vestrae electionis arbitrio et fortissimi exercitus ordinatione cognoscite (...). Favete nunc principi quem fecistis et tractandarum rerum curam participare nobiscum, ut imperium, quod mihi vobis adnitentibus datum est, studiis communi-*

más, es una carga pública ya que “*si no hay otras personas competentes para desempeñar este papel, debían ser elegidos por aquellos que ya lo hayan hecho*”<sup>13</sup>, confería la capacidad de ejercicio de un *munus publicum*<sup>14</sup> que implicaba la gestión de bienes y servicios públicos pero, lo que resulta más relevante al presente desarrollo, tenían un papel sustantivo en la recaudación de tributos<sup>15</sup>.

Efectivamente, los decuriones nombraban en un primer momento, entre ellos mismos, a los *susceptores publicos* y a los *exactores* responsables con sus propios bienes de la recaudación y una gestión adecuada de los intereses públicos. Esta responsabilidad se extendía también a aquellos que los habían propuesto (*nominatio*), en el supuesto de que éstos cayeran en la deshonrosa situación de insolvencia<sup>16</sup>; e, inclusive, en situaciones extremas, respondía la curia municipal como cuerpo político<sup>17</sup> en un esquema similar al de las sociedades *vedilia* que agrupaban a los publicanos (*publicani*)<sup>18</sup>.

---

*bus augeatur. Praesumite iustitiam nostris vigere temporibus et sub innocentiae merito proficere posse virtutes. Nemo delationes metuat, quas et privati in aliorum moribus condemnavimus et nunc specialiter persequimur; nullus calumnias reformidet, nisi quas ipse commoverit. Erit apud nos cum parente patricioque nostro Ricimere rei militaris pervigil cura. Romani orbis statum, quem communibus excubiis et ab externo hoste et a domestica clade liberavimus, propitia divinitate servemus. Puto instituti nostri vobis inesse notitiam, qua mihi amorem vestrum vitae et periculorum quondam socius indubitanter spondeo: enitar tamen rebus omnibus, si superna concesserint, auctoritate principis et obsequio collegae, ut vestrum in me vobis non possit displicere iudicium. Et manu divina: Optamus vos felicissimos et florentissimos per multos annos bene valere, sanctissimi ordinis patres conscripti. Dat. III. id. ian. Ravennae, d. n. Maioriano a. l. cons. Un mecanismo brillante para compartir el poder, garantizando lealtad ciudadana y la integridad del Imperio, bajo una condición honorable que sería transmitida a los descendientes.*

<sup>13</sup> D.50.4.14.5. *Gerendorum honorum non promiscua facultas est, sed ordo certus huic rei adhibitus est. Nam neque prius maiorem magistratum quisquam, nisi minorem susceperit, gerere potest, neque ab omni aetate, neque continuare quisque honores potest; y D.50.4.14.6. Si alii non sint qui honores gerant, eosdem compellendos, qui gesserint, complurimis constitutionibus cavetur. Divus etiam Hadrianus de iterandis muneribus rescripsit in haec verba: "Illud consentio, ut, si alii non erunt idonei qui hoc munere fungantur, ex his, qui iam functi sunt, creentur".*

<sup>14</sup> Bajo la definición de Calistrato, D.50.4.14. *Callistratus libro primo de cognitionibus. 1. Munus aut publicum aut privatum est. Publicum munus dicitur, quod in administranda re publica cum sumptu sine titulo dignitatis subimus.*

<sup>15</sup> Función definida en C. 10.72.0. *De susceptoribus praepositis et arcariis.*

<sup>16</sup> C.Th.12.6.8. *Idem aa. ad Secundum praefectum praetorio. Iuxta inveteratas leges nominatores susceptorum et eorum, qui ad praepositorum horreorum et pagorum creantur, teneantur obnoxii, si minus idonei sint qui ab iisdem fuerint nominati, nec quicumque ex eorum substantia celebrata per interpositam personam emptione mercantur. Dat. III kal. aug. Constantinopoli Valentiniano et Valente aa. cons. (365 iul. [?] 30).*

<sup>17</sup> C.10.72.8. *Imperatores Valentinianus, Theodosius, Arcadius. Exactores vel susceptores in celeberrimo coetu curiae consensu et iudicio omnium sub actorum testificatione firmentur, provinciarumque rectoribus eorum nomina, qui ad publicum munus officii editi atque obligati fuerint, innotescant. Et animadvertant, quicumque nominaverint, ad discrimen suum universa quae illi gesserint redundare. Valentin. Theodos. Et Arcad. Aaa. Cynegio Pp. <A 386 D.Vi K.Nov.Constantinopoli Honorio Np.Et Euodio Cons. >*

<sup>18</sup> Al menos en la época republicana, existen noticias sobre la subasta para el arriendo de los impuestos provinciales. Como los publicanos garantizaban un ingreso al Estado contra los vectigalia futuros a cobrar, lo que implicaba un enorme compromiso económico, se reunían

El punto que quiero resaltar es que el *Defensor civitatis* está vinculado desde su nacimiento a la voluntad de reformas tributarias, en los tiempos de Valentiniano I (365 a.D.), función en las que se sustituyó parcialmente la participación del *ordo decurionis*, eminentemente municipal, por la intervención de funcionarios que respondían a los gobernadores provinciales. Por supuesto, esto generó conflicto por la actuación abusiva de algunos de estos recaudadores desvinculados de la ciudad, por lo que el *Defensor civitatis* viene a complementar la reforma para aliviar estas tensiones, presentes no solo en el tiempo de Valentiniano I sino también en el tiempo de Justiniano<sup>19</sup>.

Pero, igualmente, el *Defensor civitatis* fue concebido para garantizar una buena administración, guardando distancia de los curiales que tenían también sus antecedentes en el mal manejo de los recursos públicos<sup>20</sup>. La situación anteriormente descrita es la que justifica que el *Defensor civitatis* no

---

para soportar proporcionalmente las sumas fijas a enterar al *aerarium*. También hay referencia de esta responsabilidad en C.Th.12.6.20 [=brev.12.2.1] Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius aaa. Cynegio pf. p. *Exactores vel susceptores in celeberrimo coetu curiae, consensu et iudicio omnium, sub actorum testificatione firmentur, provinciarumque rectoribus eorum nomina, qui ad publici munus officii editi atque obligati fuerint, innotescant. Et animadvertant, quicumque\* nominaverint, ad discrimen suum universa, quae illi gesserint, redundare. Dat. VI. kal. nov. Constantinopoli, Honorio n. p. et Evodio coss. Interpretatio. Exactores et susceptores publicae functionis non secretim, sed publice praesentibus aliis curialibus vel populo necessitates agendas expediendasque suscipiant: et qui nominati vel electi fuerint, iudicibus innotescant: scituris his, qui de electione talium fuerint apud acta professi, quod, si quid everterint, ad eorum, a quibus electi sunt, dispendium pertinebit; y C.10.72.1. Imperator Constantinus. *Susceptores publicos absque omni mora aurum suscipere censemus, ne quis per hanc occasionem sumptus facere compellatur (...)* 2. *Quod autem susceptores iudice cuius interest negligente violaverint, ex ipsius iudicis facultatibus sarcietur.* Const. A. Ad Euphrasium Rationalem Trium Provinciarum. <A 325 D. XIII K.Aug.Paulino Et Iuliano Conss.>*

<sup>19</sup> Tal como se puede constatar en el prefacio de la Constitución Imperial N° XV. Además de proteger a los súbditos del Imperio en la ciudad, velaban por la correcta actuación de los funcionarios provinciales. Ahora bien, esto no impedía la participación del *ordo decurionis* en la recaudación de algunos tributos por decisión del Presidente (gobernador de provincia), como se infiere en C.Th.12.6.5. *Idem aa. ad Secundum praefectum praetorio. Perpenso prospeximus studio, ut susceptores et praepositi horreorum ex praesidali officio, qui per diversa officia militiae sacramenta gestarunt, congrua ratione crearentur. Sed quoniam praeses ciliae adseruit deesse ex his corporibus quibus possit haec sollicitudo committi, ne in praesens tempus fisci nostri seu publica emolumenta vacillent, excellentia tua, ubi eos deesse perviderit, quos susceptores ac praepositos creari scitis prioribus iusseramus, vetustum morem consuetudinemque sectabitur, scilicet ut ex eo ordine constituantur, ex quo ante consueverant ordinari, modo ut ipse ciliae praeses et ceteri magnitudinis tuae litteris urgeantur, ut idoneos ex diversis officiis tota sagacitate vestigent eosque gerere praestitutam scitis nostrae mansuetudinis sollicitudinem faciant. Nam si qui per gratiam fuerint praetermissi, necesse habet exigere publica commoditas unionem. Nec enim dubium est eos officiales, qui nunc diversis officiis obsecundant, plurimos praetermittere, quorum si qui in huiusmodi fuerint arte deprehensi, dabunt poenas, facultatibus traditis curiis, etiam capitis ac salutis. Dat. III non. iul. Caesarea Valentiniano et Valente aa. conss. (365 iul. 4).*

<sup>20</sup> Porque en última instancia, cualquiera fuera la condición del funcionario o decurión, el mal manejo de los recursos del Estado se castigaba con la última pena. C.Th.1.16.11. *Idem Aa. Et Grat(Ianus) A. Ad Probum P(Raefectum) P(Raetori)O. Provinciis praesidentes per omnium villas sensim atque usitatim vicosque cunctos discurrant et ultro rimentur a singulis, quid unusquisque compulsor insolenter egisset aut cupide. Is enim, de quo aliqua ad nos querella pervenerit, ad ultimam poenam rapietur. Dat. Kal. April. Trev(Iris) Valentiniano N. P. Et Victore V. C. Conss.*

podía pertenecer al cuerpo de decuriones o sus cohortes<sup>21</sup>, sino que debe ser elegido entre otras personas idóneas para este cargo, lo cual hacía de su designación una tarea altamente dificultosa<sup>22</sup>. Igualmente, su designación no está abierta a todos los ciudadanos; al contrario, responde a una selección de la propia autoridad imperial.

Lo que me permite advertir que esta figura, más que un contrapeso político como lo fue el tribunado de la plebe, conforma el engranaje de gobierno institucional en las provincias; más específicamente, fue diseñada en la búsqueda de una administración municipal para la ciudad con el mayor grado de dignidad que derivaba del origen de sus actores, tal como lo recoge Calistrato<sup>23</sup>.

La clave está en comprender que, este defensor del derecho ciudadano a una buena administración, no está asociado a la participación política sino a la conceptualización del *cursum honorum* adaptado a la institucionalidad del Bajo Imperio. De manera que se enmarca el *Defensor civitatis* en un orden particular por lo casuístico de su selección, con la naturaleza y funciones que describe originariamente el Código Teodosiano (C.Th. XVI.29. *De defensoribus civitatum*) publicado el 15-02-438; luego son trasladadas, adaptadas o revisadas en el *Codex Justiniano* (C.1.55.0. *De defensoribus civitatum*), casi un siglo después, en su primera versión del 07-04-529 y la segunda del 17-11-534; para que, casi inmediatamente, fueran dictadas las *Novellae XV*, específicamente referida a *De defensoribus civitatum* y la VIII (*Ut iudices sine quoquo suffragio fiant*) del año 535, destacándose en el diseño final la dependencia institucional a la autoridad imperial fuertemente centralizada y la faceta tributaria, está última permanente desde que se instauró<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> C.1.55.2. Imperatores Valentinianus, Valens. *Defensores civitatum non ex decurionum seu cohortalium corpore, sed ex aliis idoneis personis huic officio deputentur*. Valentin. Et Valens Aa. Ad Probum Pp. A 368? 370? 373? D. Iii Non. Nov. Isdem Conss.

<sup>22</sup> La orden al Prefecto del Pretorio era muy clara, los *defensores civitatis* debían ser designados no del cuerpo de los decuriones, sino de otro, a saber, aquellos que fueron ex cónsules de administración o gobernadores, o de funcionarios palatinos, agentes de negocios imperiales, o los que fueron vicarios del emperador. C.Th. XVI.29.3. ID. AA. Probo P(Raefecto) P(Raetori)o. *Cum multa pro plebe a nobis studiose statuta sint, nihil providisse nos credidimus, nisi defensor[es] idoneos dederimus. Igitur non ex decurionum corpore, [sed] ex alio, videlicet ex administratoribus, qui vel consulares fuerint administratione vel praesides, aut ex palatinis vel ag[en]tibus in rebus vel his, qui principatus culminis vestri vicario[rum]que gesserunt, vel ex scholasticis huic officio deputentur*. Dat. (III) Non. Nov. Val(Entini)Ano Et Valente Aa. Conss. Cabe advertir que la referencia al término "escolástico", en ese momento histórico, sugiere algún tipo de preparación intelectual y grado de lealtad en el nominado.

<sup>23</sup> D.50.4.14. *Callistratus libro primo de cognitionibus*. pr. *Honor municipalis est administratio rei publicae cum dignitatis gradu, sive cum sumptu sive sine erogatione contingens*. Esto justificaba cierta protección de su figura, aunque no alcanzaba esta defensa a una declaratoria de inmunidad absoluta, como si ocurría con el Tribuno de la Plebe. En este sentido, cabe la cita de C.Th.XVI.29.7. Idem AAA. Potamio P(Rae)F(Ecto) Aug(Ustali). *Defensores nihil sibi insolenter, nihil indebitum vindicantes nominis sui tantum fungantur officio: nullas infligant multas, nullas exercent quaestiones. Plebem tantum vel decuriones ab omni inprobatorum insolentia et temeritate tueantur, ut id tantum, quod esse dicuntur, esse non desinant*. Dat. III Non. Mart. Constant(ino)P(Oli) Arcad(io) A. li Et Rufino V. C. Conss.

<sup>24</sup> Esto a pesar de la expresa referencia a la defensa de la Plebe y el *ordo decurionis* ante cualquier afrenta o maltrato tal como se refiere en C.1.55.4. Imperatores Gratianus, Valenti-

Por fuerza de una realidad que resultaba de la misma situación de minusvalía de los seres humanos, producto de la opresión y violencia en todas sus manifestaciones, siglos después y ante el reto de controlar un nuevo mundo, el Imperio Español crearía un estatuto especial para “Las Indias”. Desde el momento mismo de la *ocupatio belli* que se inicia en 1492, efugio del proceso de Conquista previo a la reformulación justificativa que lo reconvirtió en el permisible proceso de evangelización de los naturales de estas tierras, se diseñó otra figura que tendrá como precedente primero la designación, en 1517, de Bartolomé de las Casas como “protector universal de todos los indios de Indias”.

Esta decisión del cardenal Francisco (Gonzalo) Ximénez de Cisneros, en su calidad de regente por la muerte de Fernando el Católico el año anterior, fue una consecuencia directa de la presentación del famoso *Memorial de Remedios para las Indias* que hizo el fraile dominico<sup>25</sup>. Precisamente, se manifiesta en esta decisión del regente Cisneros, así como las futuras de quien se convertiría en el emperador Carlos V, la voluntad soberana de privilegiar el principio de Libertad de los Indios como base de toda actuación de los protectores iniciales<sup>26</sup>. El resultado práctico fue impedir a un adelantado,

---

nianus, Theodosius . *In defensoribus universarum provinciarum erit administrationis haec forma et tempus quinquennii spatii metiendum: scilicet ut imprimis parentis vicem plebi exhibeas, descriptionibus rusticos urbanosque non patiaris adfligi, officialium insolentiae, iudicum procacitati salva reverentia pudoris occurras, ingrediendi, cum voles, ad iudicem liberam habeas facultatem, superexigendi damna vel spolia plus petentium ab his, quos liberorum loco tueri debes, excludas, nec patiaris quicquam ultra delegationem solitam ab his exigi, quos certum est nisi tali remedio non posse reparari.* Grat. Valentin. Et Theodos. Aaa. Theodoro Defens. Civitatis. <A 385 D. Xi Non. Ian. Constantinopoli Arcadio Et Bautone Cons.> ; y C.1.55.5. Imperatores Valentinianus, Theodosius, Arcadius. *Defensores nihil sibi insolenter, nihil indebitum vindicantes nominis sui tantum fungantur officio: nullas infligant multas, severiores non exercent quaeiones, plebem vel decuriones ab omni improborum insolentia et temeritate tueantur, ut id tantum, quod esse dicuntur, esse non desinant.* Valentin. Theodos. Et Arcad. Aaa. Potamio Praef. Augustali. <A 392 D. Iii Non. Mart. Constantinopoli Arcadio A. Ii Et Rufino Cons.> Ahora bien, planteó directamente la cuestión, ¿quién más que un funcionario provincial podría ofender el *ordo decurionis*? De la misma forma, las clases inferiores en el municipio requerían la defensa de sus intereses, pero el ámbito de actuación del *Defensor civitatis*, en este sentido, en los hechos estaba fuertemente limitado por su origen y condición.

<sup>25</sup> Su idea comprendía igualmente la presencia de esa defensa institucionalizada en las Audiencias en las Provincias Mayores del Nuevo Mundo y en el Consejo de Indias en España. En el Catálogo de los documentos históricos de Indias presentados por la nación española a la Exposición Histórico-Americana de Madrid, en 1892, aparece como documento 346 “*Relación de letra de Fr. Bartolomé de las Casas sobre los excesos que había en las Indias*”; igualmente, como documento 338, aparecen los “*Borradores de la Instrucción de lo que debían hacer los religiosos de la Orden de San Jerónimo que pasaron á las Indias por mandato de S. M., con una carta de recomendación del Rey para el Almirante y Gobernador de las Islas del mar Océano*”. Se aclara en el mismo catálogo que, aunque no tienen fecha, debió ser la de 18-09-1516, lo que coincide con el señalamiento del propio Bartolomé de las Casas sobre su designación y acompañamiento en su *Historia General de las Indias*. Por cierto, en el mismo compendio aparece como documento 349, los “*Libros II y III, manuscritos y originales, de la Historia General de las Indias, compuesta por Fr. Bartolomé de las Casas, Obispo que fué de Chiapa*”. Comienza el tomo tercero en 1511 y termina en 1520.

<sup>26</sup> Las diversas Órdenes reales sobre libertades de indios y prohibición de servidumbres fueron suscritas por el emperador en Granada el 09-11-1526; en Madrid el 02-08-530; en Medi-

gobernador, alcalde o a cualquier otra persona, independientemente de su estado, dignidad, oficio o calidad, sea en tiempo y en ocasión de paz o guerra, tener a los indios como esclavos<sup>27</sup>.

El “Defensor de Indios”, oficio al que hago referencia, comenzaría de esta manera como protectoría eclesiástica, en el siglo XVI, monopolizada por los obispos americanos formalmente nominados como protectores de indios, de acuerdo con una periodización fundamentada en la legislación y en la práctica que hicieron de ella los propios defensores, en su secuencia hacia una integral procuraduría de indios al servicio del Rey:

Si bien el tomar en cuenta la etapa eclesiástica de la protectoría es imprescindible para entender el nacimiento de la institución en América, tampoco se debe olvidar que la Corona siempre pretendió administrar justicia a todos sus vasallos, incluidos los indígenas, mediante su aparato administrativo y que nunca quiso que los protectores eclesiásticos relevaran del todo de esta misión a los jueces del rey. Aunque en un principio los monarcas tuvieron que traspasar muchas de sus obligaciones relativas a la conservación y evangelización de la población aborígen a los eclesiásticos o a los particulares que llevaban a cabo la conquista y colonización del territorio por medio de las capitulaciones y de las encomiendas, pronto pretendieron afianzar la autoridad real en el Nuevo Mundo. En esta empresa, tanto en América como en España, el desarrollo del aparato administrativo de la Monarquía absoluta tuvo un papel relevante, dado que los soberanos empezaron a usar intensivamente el Derecho para organizar la sociedad y gobernarla<sup>28</sup>.

Otro elemento que se debe considerar en la evolución de la institución es el carácter tremendamente conflictivo de la función por la indefinición inicial sobre la entidad de los derechos a ser defendidos y la magnitud de los intereses en conflicto. Recordemos en este punto que, desde un primer momento, la doctrina de Bartolomé de las Casas fue controvertida con

---

na del Campo el 13-01-1532; en Madrid el 05-11-1540; en Valladolid el 21-05-1541; y en Castellón de Ampurias el 24-10-1548.

<sup>27</sup> RLRI.VI.2. Bajo el mismo principio fue revocada toda licencia o declaración hechas sobre la permisible captura y esclavitud de los indios bajo estado de guerra. Nadie podía vender, ni permutar, ni por cualquier otra causa esclavizar a los indios, aun cuando los mismos naturales se hubieran tenido entre sí por esclavos. Además, se ordenaba a “los justicias” de las Indias que tuvieran especial cuidado en castigar con todo rigor, con pena de privación de sus oficios y 100.000 maravedís, al que lo contrario hiciere y negligente fuere en su cumplimiento. En cuanto al régimen de encomiendas, se establece el castigo con rigor para aquellos encomenderos que vendían a los indios bajo su régimen. De acuerdo con decisión transmitida el 26-10-1541, la transgresión de un encomendero, en este sentido, implicaba la pérdida de la encomienda; con la prohibición expresa de poder conseguir otra, además de otorgarse en forma inmediata la libertad natural a los indios bajo esa encomienda. Conveniente es señalar que las condiciones generales de reconocimiento de la entidad de los indios, como vasallos del monarca español, tenía como consecuencia que los indios repartidos y reducidos devenían en sujetos pasivos en el pago de tributos y tasas, estableciendo que los mismos debían ser persuadidos del pago de algún moderado tributo.

<sup>28</sup> CUNILL (2012) 59. Esta autora también destaca que el uso de las palabras “protectoría” y “defensoría” no era aleatorio en el siglo XVI; la primera se refería, en la mayoría de los casos, al encargo de los eclesiásticos y la segunda al de los civiles. Sin embargo, admite que al final del siglo XVI se usaron también de forma indiscriminada y hasta de manera conjunta para designar el oficio de defensor civil. Lo cierto del caso es que si revisamos la Recopilación de 1648 detectaremos el uso indistinto de los términos, lo cual es lógico dado el carácter de compilación de leyes de diversos tiempos y momentos históricos.



vehemencia<sup>29</sup>. Fue así que la Real Orden de D. Felipe II, suscrita en Madrid el 10-01-1589, refleja la reforma por la cual se “mandaron quitar, y suprimir los Protectores”, y dar las instrucciones a los Defensores de los Indios conforme a los nuevos parámetros<sup>30</sup>.

En el Título VI del Libro Sexto de la Recopilación es en el que se regula la temática de los protectores de indios. Abre el referido título con la preciada decisión de Felipe II de suprimir los protectores eclesiásticos, indicándose expresamente que, en la ejecución de esa política proteccionista, el Estado se encontró con grandes inconvenientes. También se define la forma de selección, indicando la normativa que los nuevos defensores de indios debían ser elegidos y proveídos nuevamente por los virreyes y presidentes gobernadores, en aquellas provincias donde ya los había; y que éstos fueran personas de edad competente para “*ejercer sus oficios con la cristiandad, limpieza y puntualidad a que son obligados*”, dirigidos a amparar y defender a los indios bajo el pago de salario competente.

Diversas órdenes reales particulares, en la nueva etapa de burocratización del oficio, definían la obligación de establecimiento de la figura en las ciudades donde existiera audiencia<sup>31</sup>. La función terminó de definirse ya que, tanto el Virrey o el Presidente de Provincia, debían elegir un letrado para que actuara como procurador de defensa de los indios en “*los pleitos y causas*” en que ellos fueran parte<sup>32</sup>. En este sentido, debían acudir personalmente a los procesos, con el cuidado y vigilancia que requería su oficio, de manera que ellos, los protectores, no podían poner sustituto<sup>33</sup>.

Bajo la primacía de este mandato, se ordenaba a los altos funcionarios coloniales encargados de su provisión que dictaran las instrucciones y ordenanzas suficientes para el actuar del defensor de indios; y, a los jueces de visitas y residencia, además de otras justicias reales, la mayor responsabilidad en el continuo cuidado de supervisar la forma en que aquel procediera y en la demostración de los excesos que cometiera. Pero también se prohibía

---

<sup>29</sup> Solo para ejemplificar, fijémonos que el documento 371 referido en el Catálogo de los documentos históricos de Indias presentados por la nación española a la Exposición Histórico-Americana de Madrid, contiene el libelo sobre las *Proposiciones temerarias, escandalosas y de mala doctrina que notó el Dr. Sepúlveda en el libro de la conquista de las Indias, que hizo imprimir en Sevilla, en 1522, Fr. Bartolomé de las Casas, Obispo que fue de Chiapa*.

<sup>30</sup> En el Libro VI de la Recopilación aparecen diversos títulos que reflejan la estructura útil en la que se enmarca la institución resaltando: Título 1. De los Indios. fol. 189; Título 2. De la libertad de los Indios. fol. 201; Título 3. De las Reducciones, y Pueblos de Indios. fol. 207; Título 4. De las caxas de censos, y bienes de Comumidad, y administración fol. 214; Título 5. De los tributos, y tasas de los indios, fol. 225; y Título 6. De los Protectores de Indios, fol. 242. *Recopilacion de Leyes de los Reynos de las Indias (1791)*.

<sup>31</sup> Órdenes reales de Felipe II, en Madrid, el 09-04\*1591; y de Felipe III, en Ventosilla, el 17-10-1614.

<sup>32</sup> Es importante advertir que, sí el pleito fuera entre indios, el fiscal intervenía como parte de buena fe, conjuntamente con el defensor de indios, RLRI.VI.13.

<sup>33</sup> RLRI.VI.11. Orden Real dictada por Felipe IV, el 27-03-1622.

a los mismos virreyes y presidentes remover a los protectores generales de los indios sin causa legítima cierta y examinada por la Real Audiencia<sup>34</sup>.

En cuanto a las condiciones particulares en el ejercicio de la función, debía existir una especial consignación para cubrir sus emolumentos; o, en su defecto, utilizar los recursos provenientes de penas de estado o en bienes de comunidad para formar su salario<sup>35</sup>. Por otra parte, los virreyes, presidentes y gobernadores, estaban obligados a dar audiencia a los protectores y defensores de indio cuando estos fueran a darles cuenta de sus negocios y causas; y, en el cumplimiento de las leyes y cédulas dadas en su favor, debían oírlos con la mayor atención para que “*se animen más a su defensa y amparo*”. También los eclesiásticos y celulares debían avisar a los protectores, procurador y defensores si algunos indios no gozaban de libertad, para que estos actuaran y los indios recuperaran lo que naturalmente les correspondía<sup>36</sup>.

Finalmente, desde 1596, los protectores debían enviar relaciones a los virreyes y presidentes, los cuales estaban obligados a sustanciarlas y remitirlas al Consejo de Indias. Esos informes tenían el doble cometido de permitir al fiscal, ante el Consejo de Indias, proveer las causas que se hicieran necesarias, al detectar cualquier irregularidad; así como también para formar el criterio del gobernante, en caso de que fuera necesaria una decisión ejecutiva.

### **3. El precario diseño de un modelo para los órganos nacionales de defensa ciudadana**

#### **3.1. La dicotomía funcional en los precedentes históricos**

La relación histórica precedente revela la existencia de dos manifestaciones o modalidades para una defensa de derechos, individuales o colectivos, ante la existencia de sectores en situaciones de precariedad social: El primero con una profunda connotación política, asimilable al formato original y propio del tribunado de la plebe, en el que la participación ciudadana y el ejercicio del poder negativo son las claves; el segundo, vinculado más a la burocratización administrativa, bajo precedentes característicos como el *defensor civitatis* y el defensor de indios, enfocado en la defensa del débil jurídico en procesos judiciales<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> RLRI.VI.5. Orden de Felipe III del 04-07-1620.

<sup>35</sup> La Ley IV refiere una orden real de Felipe IV en donde se preveía que cada indio de la Nueva España debía cancelar medio real por concepto de contribución a los salarios de asesores, relatores, escribano de cámara y gobernación, letrados, procurador, solicitadores y otros ministros, en todos los pleitos y negocios que tuvieran en la administración colonial, la Audiencia y otros tribunales. RLRI.VI.4. La Ley XI también establecía que los indios de señorío, así como los demás encomendados, debían contribuir para el salario de sus protectores. Esto fue una decisión de Felipe II, en Toledo, el 25-05-1596. RLRI.VI.11.

<sup>36</sup> RLRI.VI.14.

<sup>37</sup> Esa defensa suponía, en cierta forma, una despectiva apreciación de la condición de minusvalía y miseria de esos débiles jurídicos. C.Th.29.5. IDEM AAA. Ad Senatium. *Utili ratione*

Por supuesto, la presentación que realizo está dirigida a afirmar la necesidad de abordar la primera opción, ante una realidad latinoamericana que induce a privilegiar la defensa del desarrollo sustentable, el medio ambiente y las comunidades autóctonas, en un escenario en que el Estado es primer actor en la violación de los derechos asociados a los valores prevalentes, invocados en la doctrina de los organismos del Sistema Interamericano. Sin embargo, lo que me permite calificar como precario esfuerzo por establecer un modelo de resguardo bajo la batuta de instituciones nacionales, podría encontrar como principal causa de su debilidad la indefinición en torno a la naturaleza eminentemente político-participativa-garantista de la defensa ciudadana.

La diferencia que se ha demostrado en el análisis histórico es radical, en cuanto al aporte dirigido a la definición contemporánea de un modelo que resulte eficiente; asimismo, en lo que corresponde a la proyección e inserción en uno de los sistemas jurídicos que se enmarcan en el Bloque Romano Indiano, con el que se ha identificado el conglomerado latinoamericano. Lo que obliga a advertir que la tendencia actual del entorno socio-cultural, en el que se puede encuadrar el sistema político marco de cualquiera de esos sistemas jurídicos, está signado por una dirección autoritaria en su funcionamiento; aun cuando exista una teórica definición de los Estados como regímenes democráticos, en los textos constitucionales.

Pero también la dicotomía planteada nos permite asimilar las diferencias en la comprensión institucional en cuanto a los países europeos, específicamente en la definición funcional del *ombudsman*, así como también la dispersión manifiesta en la percepción latinoamericana de la problemática. Lo que explica también la gama bastante variada de instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, además de su diferenciada efectividad en el resguardo de los derechos fundamentales.

---

*prospectum est, ut innocens (et) quieta rusticitas peculiaris patrocini beneficio fruatur, ne forensis iurgii fraudibus fatigata, etiam cum ultionem possideret, vexaretur; dum aut avarior instruitur advocata cum obsessorum liminis maioribus principis praemiis exoratur, dum acta ab exceptoribus distrahuntur, dum commodi nomine amplius ab eo qui vicerit intercessor exposcit quam redditurus esset ille qui fuerit superatus. Hoc fieri dignitas non patitur senatoris, sed exortas contentiones cita definitione compe[scet]; nam erepta perperam amota dilatione restituit ordinem ... sine dubio rectoris habeatur auctoritas, quae meliore in bonos condicione retinetur; nam ille patitur humani crucis horrorem, hic innoxiam sibi vindicat potestatem.* Dat. III Id Aug. Hierapoli Valentiniano Et Valente lii Aa. Conss. Lo que llevó inclusive a la calificación de Padre de la Plebe para el *defensor civitatis* (Recogida en C.1.55.4., ya citado), para evitar los excesos contra los habitantes de los campos y las ciudades en el reparto de contribuciones injustas, ejecutadas por abusivos funcionarios provinciales o *potenciores*, aunque debo advertir que el sentido de la palabra "plebe" es radicalmente distinto al que tenía en el momento de la instauración del tribunado en la época republicana. Una conceptualización similar sobre la minusvalía se produce con la figura del Defensor de Indios y la consideración miserable que los impedía en el ejercicio de la propia defensa de sus derechos.

### 3.2. Desvinculación de los órganos nacionales con el propio sistema interamericano

La relativa desvinculación de los órganos de defensa ciudadana nacionales, en América Latina, con respecto a la actividad desarrollada por los organismos del sistema interamericano de derechos humanos, puede ser una consecuencia de esa multiplicidad funcional y la visualización institucional en una de esas dos direcciones; especialmente, aquella que coloca el centro de la actuación en el campo de la eficiencia en la administración de los servicios públicos, insertando al defensor en la complicada madeja del funcionarial. Igualmente, esa dejación se potencia ante la realidad de algunos países en la región, caracterizados por la concepción cultural del ejercicio abusivo del poder con nota de normalidad.

También existen casos extremos como los de Nicaragua y Venezuela, en los que se produce una sistemática violación de los derechos ciudadanos más elementales, verificada y certificada por los organismos internacionales competentes, en los que la actuación del órgano de defensa ciudadana es nula. Fundamentalmente, la causa de está depauperación institucional está en la dependencia y sumisión a las prácticas autoritarias que, además de solapar, justifican las prácticas más aberrantes ejecutadas desde el mismo Estado. Y, aun así, aparecen con un “estatus adecuado” en el sistema internacional<sup>38</sup>.

En el caso nicaragüense, basta analizar el Discurso de la Alta Comisionada del 07-03-2022 sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, en el marco de la 49ª sesión del Consejo de Derechos Humanos de la ONU. También pueden verificarse los dos recientes informes: Concentración del poder y debilitamiento del Estado de Derecho. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 25-10-2021; y Graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua del 21-06-2018.

---

<sup>38</sup> Por ejemplo, La Defensoría del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela forma parte de diversas instituciones internacionales, como el Comité Internacional de Coordinación de Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (CIC), la Federación Iberoamericana de Ombudsmen (FIO), la Red de Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Continente Americano, y el Consejo Andino de Defensores del Pueblo (CADP). Esto se puede conjugar con situaciones por demás vergonzosas, como el hecho de que Venezuela haya sido reelegida como miembro del Consejo de Derechos Humanos, en 2015, con el voto a favor de 131 países miembros en la Asamblea General de la ONU; inmediatamente después de la brutal represión y masiva violación de los derechos humanos más elementales del año 2014. La entidad de estos crímenes de lesa humanidad, en el periodo antedicho, surge de suyo en el *Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020* (Situaciones en la fase 3, admisibilidad, Venezuela I) de la Corte Penal Internacional, elaborado el 14-12-2020; el informe *Fostering Impunity: The Impact of the Failure of the Prosecutor of the International Criminal Court to open an investigation into the possible commission of crimes against humanity in Venezuela* (Fomentando la impunidad: el impacto de la ausencia de una investigación de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela), 02-12-2020; y el *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*. Washington D.C., 29-05-2018.

El esquema represivo ejecutado en Nicaragua es similar al de Venezuela; el comportamiento permisivo y justificador de los órganos que deberían ejercer la defensa ciudadana, en ambos países, también lo es. La propia Comisión Interamericana instó al régimen de Ortega, en enero de 2022, para que liberara a las personas que permanecían detenidas arbitrariamente, pero aún se encuentran en condiciones insalubres de detención, sufriendo malos tratos, con la aplicación arbitraria de regímenes de máxima seguridad, además de la falta de atención médica adecuada, oportuna y especializada. Igualmente, condenó la manipulación del derecho penal y criminalización de las personas identificadas como opositoras, debido a la falta de independencia judicial y separación de poderes, afectando gravemente las garantías judiciales a los presos políticos<sup>39</sup>.

Adicionalmente, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Comisión Interamericana condenó, el 15-07-2022, *“la escalada represiva de las autoridades contra periodistas y medios de comunicación en Nicaragua”*; y afirmó *“la persecución, intimidación y hostigamiento contra la prensa independiente que informa sobre asuntos de interés público, incluyendo la crisis de derechos humanos”*<sup>40</sup>. Y en sus efectos, la tragedia de Venezuela y Nicaragua son análogas, según datos de la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), más de 150 mil personas nicaragüenses habían solicitado protección en Costa Rica<sup>41</sup>.

En el caso de Venezuela, resulta suficiente para formar un criterio previo, la lectura de resolución 42/25 del 27-09-2019, mediante la cual el Consejo de Derechos Humanos de la ONU estableció una Misión Independiente de Determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela:

---

<sup>39</sup> La situación llega a tal extremo que el propio Embajador Arturo McFields, entonces Representante Permanente de Nicaragua ante la OEA, confirmó las graves violaciones a derechos humanos, el deterioro institucional y la estrategia del Ejecutivo para acallar a las voces disidentes y opositoras, tal como lo destacó la Comisión Interamericana. Cfr. CIDH. Comunicado de Prensa 065/2022 del 29-03-2022: *Las declaraciones del Embajador ante la OEA, McFields y su posterior destitución confirman las graves violaciones en Nicaragua*. A poco, el 31-03-2022, en el marco de la 49ª sesión del Consejo de Derechos Humanos, se aprobó la Resolución dirigida a que un grupo de expertos desarrollara una investigación independiente sobre las violaciones de derechos humanos en Nicaragua desde abril de 2018.

<sup>40</sup> Cfr. Comunicado de prensa R163/22: *Nicaragua debe cesar la persecución contra la prensa independiente y rendir cuentas sobre sus acciones*. <https://bit.ly/3IE1sUV>

<sup>41</sup> ACNUR informó el 25-03-2020 que el número de nicaragüenses desplazados en Costa Rica se había duplicado en menos de un año. En Venezuela, la crisis humanitaria ha derivado en una masiva migración que se ha convertido en la mayor crisis de refugiados en el hemisferio en la historia moderna y que, en la actualidad, solo es superada por Siria a nivel mundial. El número de refugiados venezolanos crece exponencialmente y, combinado a la actitud belicista del régimen y sus alianzas con el narcotráfico, pone en riesgo la paz y seguridad de la región. Esta grave situación ha sido confirmada por la agencia de la ONU para los refugiados ACNUR y define un número aproximado de cuatro millones de compatriotas que habían huido del país para el año 2019. Para el año 2018, Venezuela ya era el país en el mundo con más solicitudes de asilo de sus nacionales con 340.000 peticiones. En 2018 los Estados o el ACNUR tenían ante sí alrededor de 2,1 millones de solicitudes de asilo. Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Informe sobre las migraciones en el mundo 2020. Cfr. ALVAREZ, 2021.

## ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2021-2022

...para que investigue las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias y las torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes cometidos desde 2014, a fin de asegurar la plena rendición de cuentas de los autores y la justicia para las víctimas.

Igualmente, es revelador el Informe de 05-07-2021 de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>42</sup>.

En situaciones como las descritas, se presenta el exponencial agravamiento de las violaciones de derechos humanos; en virtud de la ineficacia de los mecanismos constitucionales de resguardo, la inexistencia de un equilibrio en el ejercicio del poder y la subordinación política del órgano de defensa popular, más allá de lo estructural<sup>43</sup>. De manera que no se trata solamente de un cambio de circunstancias o coyunturas en las que se desenvuelve la actividad de los órganos constitucionales en los Estados nacionales, sino que estamos en presencia de la desfiguración de la Defensoría del Pueblo como institución<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> *Situaciones de derechos humanos que requieren la atención del Consejo, Situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*. Presentado al Consejo de Derechos Humanos 47º período de sesiones 21-06 a 09-07-2021.

<sup>43</sup> El Informe Anual 2021 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala como aspectos más relevantes en el deterioro de la situación venezolana que: a) Siguió profundizándose la crisis de institucionalidad democrática, que tiene sus raíces en la injerencia del Poder Ejecutivo en los otros poderes públicos y que ha derivado en la ausencia del Estado de Derecho. El Poder Ejecutivo concentra el poder público después de cooptar instituciones como el Tribunal Supremo de Justicia, la Asamblea Nacional Constituyente y el Ministerio Público; b) Persistieron las graves violaciones de derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales de jóvenes en situación de pobreza, las desapariciones forzadas y las torturas en contextos de privación de la libertad; c) Persistieron las detenciones arbitrarias de personas que hacen público su disenso con el gobierno, las restricciones indebidas a la libertad de expresión y la persecución contra las personas y organizaciones que defienden derechos humanos; d) Siguió deteriorándose las condiciones de vida, lo que ha provocado el mayor flujo de personas migrantes a nivel regional y el segundo a nivel mundial. A la fecha de elaboración de este informe, se estima que hay 6.038.937 personas migrantes y refugiadas venezolanas; y e) El ejercicio de la defensa de derechos humanos en Venezuela se caracterizó por conducirse en un entorno hostil, en el que predominan intensas campañas de desprestigio, estigmatización y actos de hostigamiento como retaliación a esta actividad. <https://bit.ly/43oDAMS>

<sup>44</sup> Resulta importante señalar que Nicaragua, siguiendo el ejemplo de Venezuela, en cuanto a eludir a la Justicia internacional, denunció la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el 19-11-2021. En efecto, el 10-09-2012 el régimen encabezado por Hugo Chávez Frías había sentado el tenebroso antecedente de denuncia de la referida Convención, formalizando así su política de desacato a las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las medidas cautelares y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos; y, en general, las resoluciones de los órganos del sistema internacional de derechos humanos. Para ejemplificar el grado de perversión de la función que ejerce la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua, a cargo de la dirigente de la juventud sandinista Darling Ríos, el desacato del régimen sandinista a las decisiones asumidas en el ámbito internacional ha sido acompañado por el respaldo abierto de la fallida institución, al igual que la denuncia de la convención americana; exactamente la misma actitud de la Defensoría del Pueblo de Venezuela a cargo de Gabriela del Mar Ramírez, en el momento de la denuncia de la Carta en 2012. Se trata de la misma estrategia y el mismo perfil de actores político-partidistas que usurparon y usurpan el mecanismo de defensa de derechos ciudadanos.

### 3.3. ¿Es factible un diseño uniforme de los órganos de defensa ciudadana?

La incógnita que me planteo está en torno a la posibilidad de un diseño uniforme en el ámbito internacional que responda a esa institucionalidad requerida; inclusive, podría plantearse la viabilidad misma de un prototipo que vaya más allá del deseo de certificación de los requisitos mínimos de funcionamiento institucional que pretenden los organismos internacionales. Pero se trata de dos contextos, el de la certificación y el del diseño institucional, en los que no se pueden confundir objetivos y fines.

Efectivamente, a raíz de una reunión técnica en octubre de 1991, auspiciada por los organismos de Derechos Humanos adscritos a la ONU, en la que se produjo la participación de órganos nacionales vinculados a la función de resguardo de derechos humanos, organismos especializados de los principales organismos internacionales y la red de organizaciones no gubernamentales, fueron concretados unos parámetros dirigidos a identificar la fórmula ideal de conformación de los órganos de resguardo de derechos ciudadanos, desde una perspectiva estructural y funcional.

En esencia, estos lineamientos identificados como los “Principios de París”, fueron aceptados por la Comisión de Derechos Humanos, en marzo de 1992; y aprobados definitivamente en diciembre de 1993<sup>45</sup>, destacando los siguientes elementos:

**a.** La institución nacional competente en la promoción y protección de los derechos humanos debe tener el mandato más amplio posible; claramente enunciado en un texto constitucional o legislativo, en los que se establezca su composición y ámbito de competencia.

**b.** La definición de un perfil mínimo que implique la posibilidad de ejecutar las siguientes atribuciones: **(i)** Presentar opiniones, recomendaciones, propuestas e informes, a los órganos nacionales del Poder Público, sobre todas las cuestiones relativas a la promoción y protección de los derechos humanos; **(ii)** La iniciativa en la activación de los mecanismos de reforma legislativa y administrativa, así como las relativas a la organización judicial, destinadas a preservar y ampliar la protección de los derechos humanos. El objetivo específico de tal acción estaría en orden a la adecuación de la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte; y que, adicionalmente, su aplicación sea efectiva; **(iii)** La posibilidad de intervenir de oficio en cualquier situación de violación de derechos humanos; **(iv)** La

---

<sup>45</sup> Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1992/54 de 03-03-1992, en *Informe sobre el 48° periodo de sesiones de la Comisión De Derechos Humanos* (27-01 a 06-03-1992). Previamente, dicha Comisión había adelantado conclusiones sobre el tema de los órganos de defensa ciudadana nacionales en las Resoluciones 1987/40 de 10-03-1987, 1988/72 de 10-03-1988, 1989/52 de 07-03-1989, 1990/73 de 07-03-1990 y 1991/27 de 05-03-1991. Finalmente, se aprueban los *Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos*. Resolución de la Asamblea General 48/134 del 20-12-1993.

elaboración de informes sobre la situación nacional en materia de derechos humanos en general o sobre cuestiones más específicas; **(v)** Instar a los gobiernos nacionales para que ejecuten acciones dirigidas a contener las situaciones de violación de los derechos humanos, y controlar su desempeño en ese sentido; **(vi)** Promover la ratificación o la adhesión a los tratados, convenios y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos; **(vii)** Contribuir a la elaboración de los informes que los Estados deban presentar a los órganos y comités de la Organización de Naciones Unidas, así como a las instituciones regionales, en cumplimiento de sus obligaciones convencionales, y emitir las opiniones pertinentes; **(viii)** Cooperar con las Naciones Unidas y las demás organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las instituciones de otros países que sean competentes en las esferas de la promoción y protección de los derechos humanos; **(ix)** Colaborar a la elaboración de programas relativos a la enseñanza y la investigación en la esfera de los derechos humanos y participar en su aplicación en el ámbito escolar, universitario y profesional; **(x)** Lo que implica también la promoción de los derechos humanos y la lucha contra todas las formas de discriminación, en particular la discriminación racial, sensibilizando a la opinión pública, utilizando los canales de información y enseñanza.

c. En cuanto a la composición de la institución nacional y el nombramiento de sus miembros, no se precisan las recomendaciones sobre los mecanismos de designación, pero sí que estos deberían ajustarse a un procedimiento que ofrezca todas las garantías necesarias para asegurar la representación pluralista de las fuerzas sociales (de la sociedad civil) interesadas en la promoción y protección de los derechos humanos, organizaciones no gubernamentales competentes en la esfera de los derechos humanos y la lucha contra la discriminación racial, los sindicatos y gremios profesionales; las corrientes de pensamiento filosófico y religioso; los universitarios y especialistas calificados; el Parlamento; y las administraciones que solo podrían participar en los debates a título consultivo<sup>46</sup>.

d. Se resaltó la necesidad de que la institución nacional disponga de una infraestructura apropiada y recursos suficientes para el buen desempeño de sus funciones.

e. Igualmente se destacó la importancia de establecer estabilidad en el ejercicio del mandato de los miembros de la institución nacional; definida

---

<sup>46</sup> En las Observaciones a los Principios de París se detecta la multiplicidad: "El SCA está al tanto de los diferentes modelos estructurales de INDH existentes, a saber: comisiones; institutos mediadores; instituciones híbridas; órganos consultivos y asesores; institutos y centros de investigación; organizaciones protectoras de derechos civiles; defensores públicos y defensores parlamentarios". Y se recomienda "para acceder a una revisión más completa de los diferentes tipos de modelos", revisar la Professional Training Series No.4: *National Human Rights Institutions: History, Principles, Roles and Responsibilities*, United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, New York and Geneva, 2010, pp. 15-19). Esto es relevante por cuanto, como se verá infra, el SCA considera que sus Observaciones Generales se deben aplicar a cada INDH, independientemente de su tipo de modelo estructural.



como garantía de verdadera independencia, con la posibilidad de prórroga bajo reserva de que se siga promoviendo el pluralismo en su composición.

f. No fueron definidas las modalidades de funcionamiento autónomo, a pesar de que se pretendió el cumplimiento de este parámetro; sino que, al contrario, en mi opinión se establecen elementos que crean una alineación burocrática de la institución, como la referencia a la facultad de *“examinar libremente todas las cuestiones comprendidas en el ámbito de su competencia, que le sean sometidas por el Gobierno o que decida conocer en virtud de sus atribuciones, a propuesta de sus miembros o de cualquier solicitante”*.

g. Resulta contradictorio en estos principios que se sugiera una diferencia o dualidad entre la figura del Defensor del Pueblo, Ombudsman o su equivalente, y la institución nacional que se pretende regular; ya que, expresamente, se define que esta última debe *“mantener la coordinación con los demás órganos, de carácter jurisdiccional o de otra índole, encargados de la promoción y protección de los derechos humanos (en particular, ombudsman, mediador u otras instituciones similares)”*. Lo que induce a errores de conceptualización y dudas razonables sobre el mismo ámbito regulatorio.

h. Inclusive, surgen mayores dudas al establecerse unos principios complementarios relativos al estatuto de *“las comisiones dotadas de competencia cuasi jurisdiccional”*, en una actividad inspirada en principios como el *“hallar una solución amistosa mediante la conciliación”*; lo que resulta especialmente sensible, en materia de violación de derechos humanos<sup>47</sup>.

Las fallas en la conceptualización de un mecanismo eficiente de defensa de derechos humanos, no burocratizado y signado por su autonomía funcional, se han tratado de subsanar por el Subcomité de Acreditación (SCA) de la Alianza Global de Instituciones de Defensa de Derechos Humanos, mediante la actualización de Observaciones Generales que pretenden aclarar *“el contenido contemporáneo y el alcance de los Principios de París”*<sup>48</sup>.

De acuerdo con los objetivos del organismo, estas observaciones reflejan la práctica establecida del Subcomité sobre cuestiones interpretativas comunes e importantes relativas a la implementación y aplicación de los referidos principios. De manera que constituyen una guía para que las instituciones nacionales cumplan con los Principios de París, en el diseño de sus propios procesos y mecanismos; el cumplimiento del estándar por parte de los gobiernos; y el establecimiento de parámetros que guíen al Subcomité en su decisión sobre las solicitudes de nueva acreditación, re-acreditación o revisión de estatus.

---

<sup>47</sup> Referencia debe hacerse a los resultados de las reuniones del Consejo de Derechos Humanos en septiembre 2009, sobre el papel del ombudsman, el mediador y las instituciones nacionales de derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas de promoción y protección de los derechos humanos, como enmarcado por las resoluciones de la Asamblea General 63/169 y 63/172.21.

<sup>48</sup> Cfr. Observaciones generales del Subcomité de Acreditación [adoptadas el 21-02-2018] Alianza Global de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI).

Precisamente, el último de los elementos prácticos fue el aplicado a Venezuela y Nicaragua, bajo el criterio de que la Defensoría del Pueblo venezolana y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos nicaragüense estaban sustancialmente por debajo de los estándares contenidos en las Observaciones Generales y, en consecuencia, se declaró expresamente su discordancia con los Principios de París<sup>49</sup>. Inclusive, en la hipótesis de que el Subcomité pudiera advertir una contrariedad en el accionar de la institución nacional con el cumplimiento de las Observaciones Generales; o que la misma no proveyera al Subcomité de pruebas de los esfuerzos para acatar las referidas instrucciones; o que no ofreciera una explicación razonable que justifique la falta de esfuerzos, el Subcomité puede interpretar la falta de progreso como un incumplimiento de esos Principios.

Finalmente, en América existe una Red de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (RINDHCA) que forma parte de la estructura de representación regional de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH) en la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI). Esa red americana se desenvuelve en línea con la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).

#### **4. Adecuación tribunicia de la defensa ciudadana y su integral inserción en el sistema interamericano**

A pesar del esfuerzo de uniformizar y crear parámetros comunes en las instituciones nacionales de defensa ciudadana, la realidad denota la existencia de diferentes diseños; unos por la especificidad regional, como la modalidad de ombudsman en los países nórdicos europeos o las múltiples instituciones consultivas en el resto de Europa; otros, siguiendo la tradición que marcan determinados sistemas socio-culturales, como es el caso de muchos países de África y Asia que muestran el predominio de instituciones plurinominales; los más, respetando su adscripción a determinados bloques normativos, reconocen la necesidad de comisiones nacionales de derechos humanos y del defensor del pueblo pero sin homogeneidad evidente, como es lo común en los países iberoamericanos.

Particularmente, en el caso venezolano, la Constitución de 1999 pretendió elevar el concepto de ciudadanía con la instauración de dos nuevos poderes, el electoral y el ciudadano, bajo apariencia de una cierta novedad. Sin embargo, al margen del carácter fallido de la ejecutoria de los órganos que los conforman, la única originalidad que podía demostrar el constituyente en la creación orgánica, en ese proceso de modificación de la Constitución, fue

---

<sup>49</sup> En efecto, el Subcomité recomendó que ambas instituciones fueran degradadas a clase B, por las motivaciones que constan en el *Informe del Subcomité de Acreditación de la AGIN – Mayo de 2016* (Caso Venezuela) Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI). Ginebra, 9 a 13-05-2016. <https://bit.ly/3q8J0NR>; y el *Informe y recomendaciones del período de sesiones del Subcomité de Acreditación – Marzo de 2019* (Caso Nicaragua). Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI). Ginebra, 11 a 15-03-2019. <https://bit.ly/43eVVME>

la configuración de la Defensoría del Pueblo. Pero tal propuesta tampoco fue inédita ya que se trató de la copia de la versión del proyecto de la Comisión Bicameral Constituyente, presidida por Rafael Caldera, en 1992<sup>50</sup>.

La Fiscalía General de la República y la Contraloría General de la República, los otros dos órganos del Poder Ciudadano conjuntamente con la Defensoría del Pueblo, eran preconstitucionales y fueron asumidos por el constituyente de 1999 con la misma estructura y funciones definidas en la Constitución de 1961. Igual sucedió con el único órgano del Poder Electoral, constitucionalmente incluido en 1999, pretendiente a sucesor del Consejo Supremo Electoral; ya que este último estaba regulado en las leyes electorales más no en el Texto Fundamental que regló el periodo democrático 1961-1998. Cabe advertir que el Consejo Nacional Electoral ha sido, simplemente, una mala copia incorporada a la Constitución de 1999; agravada en la praxis por no preservar el respeto y credibilidad del órgano antecesor, como consecuencia de los infames fraudes electorales que su parcialidad y sometimiento han permeado en las últimas dos décadas.

Pero desplacemos por un momento el tema de la evidente degradación de la institución nacional venezolana de defensa ciudadana y, en general, de cualquier institución existente en el país. Hagamos caso omiso a la descertificación de la Defensoría del Pueblo y la perversión en su funcionamiento, calificadas por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los propios órganos de las Naciones Unidas; esto, con el único objetivo de responder a una interrogante: ¿La formal estructura y definición funcional de la Defensoría del Pueblo de Venezuela es adecuada con respecto a los parámetros y la dogmática de derechos humanos desarrollada por la comunidad internacional? Si la respuesta fuera negativa, aparte de la naturaleza autoritaria del régimen venezolano, ¿cuál sería la principal causa de esa ineficiencia y adulteración institucional?

Fijémonos que, en principio, la formulación constitucional es aparentemente adecuada, en su aspecto funcional, ya que de acuerdo con el artículo 280 del Texto Fundamental *"la Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos, de los ciudadanos"*. Sin embargo, en la misma definición de las atribuciones del Defensor del Pueblo se puede precisar la debilidad de sus acciones, por corresponderse mayormente con el diseño histórico de inserción burocrática que se ha analizado; y, lo que sería más criticable en el plano que pretendo presentar, pue-

---

<sup>50</sup> El 20-03-1992, mediante comunicación remitida al Senador Pedro París Montesinos y el Diputado Luis Enrique Oberto, Presidente y Vice-Presidente del Congreso, los integrantes de la Comisión Bicameral designada para la revisión de la Constitución, presidida por Rafael Caldera, presentaron un Proyecto de Reforma General de la Constitución con su correspondiente Exposición de Motivos. La Comisión había acordado recomendar al Congreso adoptar el procedimiento de Reforma General contemplado en el artículo 246 de la Constitución, en lugar del procedimiento de Enmienda, que fue originalmente considerado. La figura del Defensor del Pueblo estaba prevista en el Proyecto Caldera con las mismas características y funciones que fueron adoptadas en 1999. Cfr. ALVAREZ (2007).

den detectarse omisiones que resultan decisivas en la efectividad de las ejecutorias. Observemos la direccionalidad del bosquejo constitucional:

**a.** Resalta la preferente opción de inserción en el campo del funcionamiento de la administración pública ya que se le otorga a la Defensoría del Pueblo la competencia para velar por:

...el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos y difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a los administrados de los daños y perjuicios que les sean ocasionado con motivo del funcionamiento de los servicios públicos.

**b.** Con similar connotación, la Defensoría del Pueblo puede participar en la protección de los derechos del público consumidor y usuario.

**c.** Se consagra la competencia de defensa de los derechos de los pueblos indígenas sin mayor enunciado de los mecanismos idóneos que potencien tan relevante responsabilidad; cuando es precisamente en esta temática en que podría ser ensayada la armonización de los órdenes normativos diversos que conforman el sistema jurídico venezolano, además de los mecanismos efectivos que se enmarcarían en ese “poder negativo” al cual he hecho referencia (*intercessio*, veto, cautelaridad suspensiva).

**d.** Se enuncia la posibilidad de “*visitar e inspeccionar las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, a fin de prevenir o proteger los derechos humanos*”, confundiendo las actividades de fiscalización de la propia administración y las facultades de investigación de los otros órganos del Poder Ciudadano y el Poder Judicial. Pero lo grave es que se otorgue la responsabilidad de la función sin mecanismos de respaldo adecuados.

**e.** Finalmente, la muy genérica activación de la competencia dirigida a:

...formular ante los órganos correspondientes las recomendaciones y observaciones necesarias para la mejor protección de los derechos humanos, para lo cual desarrollará mecanismos de comunicación permanente con órganos públicos o privados, nacionales e internacionales, de protección y defensa de los derechos humanos.

Además, se añade la posibilidad de “*promover y ejecutar políticas para la difusión y efectiva protección de los derechos humanos*”<sup>51</sup>. A pesar de ins-

---

<sup>51</sup> De las atribuciones enumeradas en el artículo 281 de la Constitución son adecuadas: a) La posibilidad de procesar e investigar de oficio o a instancia de parte las violaciones de derechos humanos; b) La legitimidad *ad causam* en los procesos de inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus, habeas data; c) La capacidad de activación de procesos judiciales ante la Fiscalía General de la República y procesos administrativos ante el Consejo Moral Republicano contra funcionarios responsables por la violación o menoscabo de los derechos humanos; y d) La iniciativa en procesos legislativos y otros cuerpos deliberantes en línea a la protección progresiva de los derechos humanos. Ahora bien, según el Artículo 12 de la Resolución N° 979 del Fiscal General de la República del 15-12-2000, sobre las Competencias de las Dependencias del Despacho del Fiscal General de la República, le corresponde a la Dirección de Protección de Derechos Fundamentales la amplia facultad de investigación de las violaciones de derechos humanos de oficio o a instancia de parte, además del pro-

cribirse en los parámetros de los Principios de París y las observaciones a las mismas, la forma en que es presentada esta atribución abona la perspectiva de burocratización de la institución, al no considerarse el factor de participación ciudadana acompañado con mecanismos prácticos que la hagan una realidad y no un simple enunciado.

La apreciación que antecede no pretende desestimar la propia existencia de la institución; sino que, por el contrario, al manifestar que la direccionalidad está signada por esa perspectiva de empotramiento en la administración pública, pretende rescatar la necesidad de propuestas que permitan superar las fallas en el funcionamiento<sup>52</sup>. En mi opinión, el diseño constitucional y el débil desarrollo legislativo que pretende hacerlo operativo, no honran la naturaleza eminentemente político-participativa de la institución, máxima justificación para su inclusión en el Texto Fundamental.

Tan es así que, al menos en la ejemplificación que he utilizado citando el caso venezolano, existen instituciones que tienen formalmente competencias solapadas con las de la Defensoría del Pueblo, tal como sucede en el caso de la Fiscalía General de la República y su Dirección de Protección de Derechos Fundamentales del Ministerio Público<sup>53</sup>, la Defensa Pública<sup>54</sup>, el

---

cesamiento judicial cuando resulte procedente. Cabe la advertencia que, para ejecutar esta función, la Fiscalía General de la República creó la Unidad Criminalística contra la Vulneración de Derechos Fundamentales según la Resolución N° 1.565 de 23-12-2008, de la Fiscalía General de la República, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.086 del 23-12-2008. Esto implica que actualmente, además de la función, el Ministerio Público tiene los instrumentos para cumplir la misma misión.

<sup>52</sup> El hecho de dar status constitucional a la Defensoría del Pueblo sin fortaleza institucional resulta absolutamente contradictorio. Fenómeno singular que refleja la realidad de una institución burocratizada en la práctica, subordinada al punto de representar exactamente el interés contrario a la defensa de los derechos fundamentales, como sucede en Nicaragua y Venezuela. Me permito recordar que no hay necesaria progresión histórica, en el supuesto de la defensa ciudadana, ya que el entorno republicano, hoy democrático, determina la eficacia de los mecanismos; tal como se ha podido demostrar en el caso del *defensor civitatis*, ya referido, el cual no detentó en el Imperio las prerrogativas y poderes de los que estuvo investido el tribuno de la plebe (*intercessio - ius agendi cum plebis - ius auxilii - summa coercitio potestas*), durante el tiempo en que la *urbe condita* fue una verdadera República. Si partimos de esa originaria naturaleza del tribunado o, simplemente, asumiendo la capacidad de bloqueo de ejecutorias, en el mejor sentido del *pouvoir négatif rousseauiano*, el *defensor civitatis* carecía de los poderes negativos y facultades derivadas de la legitimidad otorgada por la fuerza de una política basada en el compromiso deliberativo y participativo de los ciudadanos que representaba. Por ello no basta con la fiscalización de los actos u omisiones de la Administración en aras de su buen funcionamiento, al menos en lo que corresponde al efectivo resguardo de los derechos fundamentales.

<sup>53</sup> El artículo 218 de la Constitución de 1961 concibió al Ministerio Público como institución autónoma e independiente de los demás poderes públicos, a cargo del Fiscal General de la República, encargada de "velar por la exacta observancia de la Constitución y de las Leyes de la República". El órgano asumió la Protección de los Derechos Humanos a través de una de sus direcciones; logrando reconocimiento y respeto, especialmente en el tiempo en el que el sacerdote jesuita Luis María Olaso asumió su jefatura. Hoy en día la Dirección de Protección de Derechos Fundamentales del Ministerio Público está adscrita a la Dirección General de Actuación Procesal que, a su vez, está adscrita al Despacho del Vice-Fiscal General, según la Resolución N° 979 del Fiscal General de la República del 15-12-2000, relacionada con las Competencias de las Dependencias del Despacho del Fiscal General de la República (Reglamento Interno), publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N°. 5.511 del 20-

control de gestión que ejerce la Contraloría General de la República y la función de los otros órgano de control social en el ámbito de la regulación de las comuna<sup>55</sup>, y la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos de Venezuela (SUNDDE)<sup>56</sup>.

---

12-2000. Me permito destacar aquí la competencia para investigar y perseguir aquellos delitos contra las personas que hayan sido cometidos por funcionarios públicos, especialmente los pertenecientes a los órganos de seguridad del Estado; y, en el marco del Régimen Penitenciario y de Ejecución de Sentencia, el artículo 12 de la Resolución definió que está facultada para: "14. Recibir, analizar y tramitar denuncias sobre hechos que vulneren derechos individuales cometidos por funcionarios públicos dentro de los centros de reclusión de penados; 15. Garantizar la protección de los derechos civiles de los penados; 17. Realizar inspecciones en los centros de reclusión de penados, y levantar las respectivas actas, elaborar informes y ejercer las acciones jurisdiccionales a que haya lugar ante la constatación de la vulneración o menoscabo de los derechos fundamentales de los reclusos; y 18. Coordinar, supervisar y ejercer el control de gestión sobre la actividad de los Fiscales del Ministerio Público en materia de Derechos Fundamentales, que conozcan de los casos de violación de derechos humanos en los retenes policiales en el ámbito nacional por notificación de la Defensoría del Pueblo".

<sup>54</sup> El artículo 268 constitucional concibe a la defensa pública como órgano constitucional del Sistema de Justicia con plena autonomía, en estos términos: "La ley establecerá la autonomía y organización, funcionamiento, disciplina e idoneidad del servicio de defensa pública, con el objeto de asegurar la eficacia del servicio y de garantizar los beneficios de la carrera del defensor o defensora"; y la Disposición Transitoria 4ª. 5 ordenaba que dentro del primer año, contado a partir de la instalación de la Asamblea Nacional, debía ser aprobada la ley orgánica sobre la defensa pública. La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial estuvo a cargo del sistema de la defensa pública "a los fines de garantizar el derecho a la defensa", durante el periodo de transitoriedad; y dictó la Resolución N° 1.191 de fecha 16-06-2000, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.024 del 29-08-2000, creando el "Sistema Autónomo de la Defensa Pública" adscrita a esa misma Comisión para garantizar "el derecho a la defensa y el acceso a la tutela judicial efectiva a todo ciudadano". Posteriormente, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia dictó la Resolución Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, el 15-08-2000, encajando a la Defensa Pública como unidad autónoma adscrita a la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, dejando sin efecto la Resolución N° 1.191. Esto fue así hasta que la Ley Orgánica de la Defensa Pública de 2007 desplazó a la Defensoría Pública hacia el campo del Poder Ciudadano; lo que se revirtió inmediatamente, después de la declaratoria de inconstitucionalidad de tal adscripción, con la reforma de la misma ley en 2008.

<sup>55</sup> El control de gestión en el sector público se manifiesta con la reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1975, hoy perfeccionado con el Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.013 de fecha 23-12-2010, en la que se diseña un subsistema de control interno sobre todos los aspectos principales de la actividad administrativa. En el Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, se definen los funcionarios que deben verificar el cumplimiento o desempeño de actividades, tareas y acciones ejecutadas, y medir de forma periódica y sistemática los resultados obtenidos a fin de determinar la eficacia, eficiencia, calidad e impacto de gestión. También hay áreas especiales, como la desarrollada en la Providencia mediante la cual se dicta la directriz para la formulación, ejecución, evaluación, seguimiento y Contraloría Social de los programas y proyectos de Protección Integral dirigidos a Niños, Niñas, Adolescentes y sus Familias, a ser financiados o cofinanciados con recursos de los fondos de protección, a nivel Nacional y Municipal, publicada en la Gaceta Oficial N° 40093 de fecha 18-01-2013.

<sup>56</sup> El Decreto N° 1.467 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.156 de fecha 19-11-2014, crea la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos de Venezuela (SUNDDE), producto de la fusión de

Añadidos a los cortocircuitos sistémicos que surgen de la superposición funcional precitada, son de gran magnitud las dos carencias que se pueden detectar: Por una parte, no existe maridaje de la función ejercida con el principio de participación popular activa; y por la otra, la indefinición constitucional y legislativa sobre los mecanismos que pudieran hacer efectivo el ejercicio de ese “Poder Negativo” constituido en algo más que un instrumento de control sobre los órganos del poder institucionalizado, al bloquear el accionar del propio Estado como principal infractor de los derechos fundamentales, individuales o colectivos. Ahora bien, al margen de las fallas sistémicas y la inanición democrática del modelo venezolano, surge una nueva duda: ¿acaso estas dos carencias, a las que he hecho referencia, no son propias también de la mayoría de los sistemas nacionales de los países que se pueden inscribir en el Bloque Romano Indiano característico de América Latina?

La realidad es que podría admitirse que esta falla está presente, incluso en países que cuentan con instituciones nacionales que demuestran una evidente vocación y compromiso democrático en la defensa de derechos humanos. Y no se trata de realizar una exhaustiva enumeración de funciones, al final fallidas, sino que estas deben ser exclusivas y acompañadas de los instrumentos y mecanismos adecuados<sup>57</sup>.

---

otros dos órganos: El Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS) y la Superintendencia Nacional de Costos y Precios (SUNDECOP), ejecutada por el Decreto N° 759 mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Precios Justos, sobre el Régimen de Supresión del Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS) y la Superintendencia Nacional de Costos y Precios Justos (SUNDECOP), publicado en la Gaceta Oficial N° 40.347 de fecha 03-02-2014. El SUNDDE como nueva estructura tiene entre sus funciones la de proteger a los consumidores y usuarios de las transgresiones a la normativa regulatoria de la defensa y protección de sus derechos; y a obtener acceso a bienes y servicios. También tiene extensiva competencia en el control de servicios públicos.

<sup>57</sup> A pesar de la extensiva enumeración de competencias del artículo 15 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, sancionada por la Asamblea Nacional el 08-07-2004 y publicada en la Gaceta Oficial N° 37995 del 05-08-2004, considero que con este instrumento no se solventan las observaciones presentadas al diseño constitucional. Efectivamente, el referido artículo establece como competencias de la Defensoría del Pueblo: 1. Iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de asuntos de su competencia. 2. Interponer, adherirse o de cualquier modo intervenir en las acciones de inconstitucionalidad, interpretación, amparo, hábeas corpus, hábeas data, medidas cautelares y demás acciones o recursos judiciales, y cuando lo estime justificado y procedente, las acciones subsidiarias de resarcimiento, para la indemnización y reparación por daños y perjuicios, así como para hacer efectiva las indemnizaciones por daño material a las víctimas por violación de derechos humanos. 3. Actuar frente a cualquier jurisdicción, bien sea de oficio, a instancia de parte o por solicitud del órgano jurisdiccional correspondiente. 4. Mediar, conciliar y servir de facilitador en la resolución de conflictos materia de su competencia, cuando las circunstancias permitan obtener un mayor y más rápido beneficio a los fines tutelados. 5. Velar por los derechos y garantías de las personas que por cualquier causa hubieren sido privadas de libertad, recluidas, internadas, detenidas o que de alguna manera tengan limitada su libertad. 6. Visitar e inspeccionar libremente las dependencias y establecimientos de los órganos del Estado, así como cualquiera otra institución o empresa en la que se realicen actividades relacionadas con el ámbito de su competencia, a fin de garantizar la protección de los derechos humanos. 7. Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva

Al momento de concretar los mecanismos que reflejen la magnitud de la participación ciudadana como principio fundamental de relacionamiento político y el poder negativo instrumental en la definición de una defensoría ciudadana, bajo la batuta de un Defensor del Pueblo dotado de una *summa coercitio potestas*, lo primero que debo afirmar es la necesidad de una elección popular que legitime su procedencia y eluda la dependencia del poder instituido<sup>58</sup>. El otro punto clave está en orden a la asimilación efectiva de la dogmática de derechos humanos y los nuevos retos para las Américas, asumida por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Las consecuencias directas de estos requerimientos serían múltiples y variadas, en la asunción de una misión institucional con perfil propio e inclusión de las atribuciones necesarias, acompañadas de los mecanismos de cumplimiento adecuados. Esto define como imprescindible una reforma que acoja estos elementos sustantivos:

---

protección. 8. Solicitar la información o documentación relacionada al ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna. 9. Denunciar ante las autoridades correspondientes al funcionario o particular que incumpliera con su deber de colaboración preferente y urgente, en el suministro de información o documentación requerida en ejercicio de las competencias conferidas o que de alguna manera obstaculizara el acceso a los lugares señalados. 10. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas, contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores cometidos en la prestación de los mismos, interponiendo cuando fuere procedente las acciones necesarias para exigir al Estado el resarcimiento a las personas de los daños y perjuicios que le sean ocasionados con motivo de su mal funcionamiento. 11. Solicitar ante el órgano competente la aplicación de los correctivos y las sanciones a que hubiere lugar por la violación de los derechos del consumidor y el usuario. 12. Promover la suscripción, ratificación y adhesión de tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, así como promover su difusión y aplicación. 13. Realizar estudios e investigaciones con el objeto de presentar iniciativas de ley u ordenanzas, o formular recomendaciones. 14. Promover, divulgar y ejecutar programas educativos y de investigación para la difusión y efectiva protección de los derechos humanos. 15. Velar por la efectiva conservación y protección del medio ambiente, en resguardo del interés colectivo. 16. Impulsar la participación ciudadana para vigilar los derechos y garantías constitucionales. 17. Ejercer las acciones a que haya lugar frente a la amenaza o violación de los derechos humanos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

<sup>58</sup> La posibilidad de una elección popular para la designación del Defensor del Pueblo no constituye una idealización o un anhelo irrealizable; al contrario, ya ese mecanismo de designación está previsto en una Constitución del Bloque Romano Indiano. Para la mayor sorpresa de muchos, es la vigente Constitución venezolana de 1999 la que consagra en su artículo 279 que “el Consejo Moral Republicano convocará un Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, que estará integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad; adelantará un proceso público de cuyo resultado se obtendrá una terna que será sometida a la consideración de la Asamblea Nacional que, mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes, escogerá en un lapso no mayor de treinta días continuos al o a la titular del órgano del Poder Ciudadano que esté en consideración. Si concluido este lapso no hay acuerdo en la Asamblea Nacional, el Poder Electoral someterá la terna a consulta popular. En caso de no haber sido convocado el Comité de Evaluación de Postulaciones del Poder Ciudadano, la Asamblea Nacional procederá, dentro del plazo que determine la ley, a la designación del titular del órgano del Poder Ciudadano correspondiente”. Que la manipulación política, la ausencia de Justicia y control jurisdiccional, pareados con el fraude constitucional, hayan impedido este proceso de magna participación es otra situación a considerar.



#### 4.1. Reconocimiento de la diversidad de órdenes normativos integrados en el sistema jurídico de cada país del Bloque Romano Indiano

La tendencia de la dogmática de derechos humanos en América Latina ha sido el reconocimiento de la integridad cultural de las comunidades indígenas, lo que incluye el reconocimiento de su propio orden normativo como integrante de un sistema jurídico subcontinental de marcada estirpe romanista. Este punto está directamente referido al reconocimiento de los derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas, en su diversidad normativa que, conjuntamente con el derecho nacional positivado, conforman los subsistemas nacionales del sistema jurídico latinoamericano. De esta forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado:

200. Como lo ha establecido en otras ocasiones este Tribunal, y conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y costumbres. Además, el Tribunal ha señalado que "los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto"<sup>59</sup>.

En este contexto, un Defensor del Pueblo consolidado por la legitimidad de un origen signado por la elección popular y mecanismos realmente participativos, se constituiría en el órgano idóneo para la determinación de los órdenes normativos indígenas, sus reglas y principios, a la par de garantía de respeto de sus *"estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos"*<sup>60</sup>. Y esto resulta indispensable y de la mayor complejidad en el caso de las comunidades indígenas no integradas, las cuales requieren en grado superlativo de una representación independiente y adecuada; específicamente, en la defensa de sus territorios ancestrales y en la preservación de su entorno vital<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> En el Caso Fernández Ortega y otros Vs. México: Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30-08-2010. En el mismo sentido: Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27-06-2012; y el Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08-10-2015.

<sup>60</sup> El Artículo XXII de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en lo que toca a la referencia del Derecho y la mal llamada "jurisdicción indígena" define que: "2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional. 3. Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales".

<sup>61</sup> En Venezuela existen tres etnias conformadas por los pueblos Hodí (Jödi), Yanomami y Uwottüja (Piaroa), que habitan al sur del Orinoco, en los estados Bolívar y Amazonas, en

Para el cumplimiento de esta misión, resulta indispensable conceder al Defensor del Pueblo la competencia de demarcación de las tierras ancestrales como base de determinación del ámbito espacial de validez<sup>62</sup> de los órdenes normativos de las comunidades indígenas existentes en Venezuela<sup>63</sup>. Después de décadas de omisiones por parte de la administración, reacia a la demarcación por la prevalencia de intereses nacionales y transnacionales, la imposición del Arco Minero constituye la evidencia más patente de que el Estado venezolano desconoce el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han sido poseídos por las comunidades autóctonas<sup>64</sup>.

---

condiciones de contacto inicial o aislamiento voluntario. En este sentido, el artículo XXVI de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en cuanto a los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, regula que: "1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas. 2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva". Sin embargo, al margen del derecho que asiste al aislamiento como manifestación del principio de autodeterminación, las comunidades indígenas son titulares de derechos sociales, económicos y de propiedad signados por una especificidad muy particular, de manera que el enfoque de la acción del Defensor del Pueblo debe privilegiar el resguardo de sus formas tradicionales de propiedad frente a la "voracidad civilizatoria" y, en especial, la indispensable supervivencia cultural. Actividad de defensa directa que le está impedida a estos pueblos dada la naturaleza de su forma de vida y su propia condición.

<sup>62</sup> La temática de aplicación territorial del derecho de las comunidades indígenas tiene un especial soporte en el artículo 260 de la Constitución ya que "las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional". Se confirman entonces las pautas de territorialidad y de estatuto personal, en la aplicación del propio derecho, lo que otorga definitiva relevancia a la situación de pertenencia a la comunidad, como ámbito personal de validez del orden normativo; y al hábitat de las tierras ancestrales, como ámbito espacial de validez de ese mismo orden autóctono. ALVAREZ (2022).

<sup>63</sup> Se trata de una actividad ardua la de determinar los órdenes jurídicos existentes en Venezuela, dada su diversidad y naturaleza consuetudinaria. Según el Censo 2011, se trata de 51 etnias que agrupan una población indígena de 724.592 personas, equivalente al 2,8 % de la población total del país; los cuales se encuentran ciertamente en estado de indefensión por el incumplimiento de los tratados, convenios y acuerdos internacionales; que se manifiestan en las omisiones y acciones del Estado. Cfr. Censo de Población y Vivienda 2011. Instituto Nacional de Estadística, INE. Cabe advertir, el Estado venezolano ni siquiera puede precisar el número de comunidades indígenas que conforman las etnias ya que el Ministerio de Pueblos Indígenas calculó en el año 2007 que estas eran unas 3101 mientras que el censo 2011 fijó el número en 2788 comunidades.

<sup>64</sup> La creación del Arco Minero del Orinoco conformado por una Zona de Desarrollo Estratégico Nacional de 111.843,70 km<sup>2</sup> de superficie, afectando algo más del 12% del territorio de la República, es uno de los más 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. ALVAREZ (2021). En el mismo

VENEZUELA	
Cuadro 1.- Población indígena	
Censos 1873 - 2011	
CENSO	POBLACIÓN
1873 (7 Nov.)	55.811
1881 (27 Abr.)	70.154
1891 (15 Ene.)	94.627
1920 (1 Ene.)	48.855
1926 (31 Ene.)	136.147
1936 (26 Dic.)	103.492
1941 (7 Dic.)	100.600
1950 (26 Nov.)	98.823
1961 (26 Feb.)	75.604
1971 (2 Nov.)	Sin información
1982 (20 Oct.)	140.040
1992 (15 Ago.)	315.815
2001 (22 Oct.)	511.341
2011 (30 Oct.)	724.592
<b>FUENTE:</b> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, INE	

Por estos motivos, la definición del ámbito espacial de validez de estos órdenes normativos, con base a la demarcación de los territorios ancestrales, constituye una atribución primaria de la cual depende la defensa de los otros derechos fundamentales que están definidos en los tratados, convenios y acuerdos internacionales; razón por la cual, esta actividad matriz, no puede depender de organismos insertos en una burocracia que no tiene como prioridad su preservación, antes jerarquizados en una administración que inclusive se ha convertido en protagonista y agente de la violación de esos mismos derechos. Esta competencia debe ser conferida al órgano de salvaguarda ciudadana, ejercida con el apoyo de unidades de apoyo técnico y la dotación de los recursos idóneos tal como lo prescribe la normativa internacional.

---

sentido, el anuncio del 28-07-2022 sobre la cesión a Irán de un millón de hectáreas de tierras de cultivo; y la inmediata confirmación del viceministro iraní para asuntos económicos, Mohsen Kousheshbar. Previamente, el director de la Asociación de Cultivos Transterritoriales de Irán, Ali Rezvanizade, señaló que la cesión se enmarca en el acuerdo de cooperación estratégica de 20 años "en todas las áreas" suscrito el 10-06-2022 por Nicolás Maduro y su homólogo Ebrahim Raisi, en el palacio Sad Abad de Teherán. La cesión de estas tierras afecta territorios ancestrales de las comunidades autóctonas y se manifiesta como una flagrante violación del artículo 13 de la Constitución: "El territorio no podrá ser jamás cedido, traspasado, arrendado, ni en forma alguna enajenado, ni aun temporal o parcialmente, a Estados extranjeros u otros sujetos de 3999derecho internacional".

#### **4.2. Privilegiar el desarrollo sustentable y la defensa del medio ambiente en las ejecutorias del Defensor del Pueblo**

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 son algunas señales del desprecio por la preservación del medio ambiente y el irrespeto de los convenios internacionales en la materia. Pero también constituye el reflejo de una marcada tendencia de muchos de los gobiernos latinoamericanos. Es por tal razón que privilegiar el desarrollo sustentable y la defensa del medio ambiente, utilizando todos los instrumentos y mecanismos del “Poder Negativo”, aparece como una atribución imprescindible de un Defensor del Pueblo.

El análisis y solución de los problemas novedosos que aquejan a las sociedades, como el equilibrio ecológico, debe jerarquizarse en el marco de la defensa de los derechos fundamentales. Pero, así como destacó la necesidad de armonización de los ordenamientos normativos que conforman el subsistema jurídico venezolano, en este punto cabe reafirmar que el desarrollo sostenible solo puede concebirse desde la perspectiva del resguardo de los derechos humanos.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a raíz de una solicitud de Colombia, dictó la Opinión Consultiva 23-17 del 15-11-2017, acerca de las obligaciones ambientales de los Estados que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; además, al sentar su precedente, consideró que tal pronunciamiento era una oportunidad única para referirse de manera extendida sobre las obligaciones estatales que surgen de la necesidad de protección del medio ambiente bajo la Convención Americana, señalando expresamente:

...la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos. Asimismo, el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”), resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales -que incluye el derecho a un medio ambiente sano - y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.

(...)

52. Por otra parte, existe un amplio reconocimiento en el derecho internacional sobre la relación interdependiente entre la protección al medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos. Dicha interrelación se ha afirmado desde la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (en adelante “Declaración de Estocolmo”), donde se estableció que “[e]l desarrollo económico y social es indispensable para asegurar al hombre un ambien-

te de vida y trabajo favorable y crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de la vida”<sup>73</sup>, afirmándose la necesidad de balancear el desarrollo con la protección del medio humano. Posteriormente, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (en adelante “Declaración de Río”), los Estados reconocieron que “[l]os seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible” y, a la vez, destacaron que “a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo”. En seguimiento de lo anterior, en la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible se establecieron los tres pilares del desarrollo sostenible: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental. Asimismo, en el correspondiente Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, los Estados reconocieron la consideración que se debe prestar a la posible relación entre el medio ambiente y los derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo<sup>65</sup>.

La experiencia demuestra la ineficacia de una acción que tenga como presupuesto el que los Estados, por propia voluntad, se abstengan de afectar inmensos territorios a la explotación minera o forestal en zonas que se encuentran bajo un régimen especial de preservación; o dejen de aprobar o fomentar actividades de cualquier naturaleza que tengan una evidente incidencia negativa en el medio ambiente; o que realicen prácticas económicas desarrollistas sin una ética ambiental o compromiso social; o que sus ejecutorias constituyan o impulsen un totalitarismo de mercado depredador del entorno; o, simplemente, que no ejecuten los mecanismos apropiados de consulta y participación con miras de la preservación ecológica y el respeto de las normas internacionales que regulan la materia.

No es confiable una administración, con el perfil delineado anteriormente, en la tarea de controlarse a sí misma. Esa responsabilidad debe corresponder típicamente al Defensor del Pueblo, a los defensores de los derechos humanos medioambientales y a los organismos internacionales, todos integrados con base a estructura, determinación funcional y definición de mecanismos obstructivos que se enmarquen en la categorización del “Poder Negativo” tantas veces invocado.

---

<sup>65</sup> La temática indígena y ambiental están perfectamente imbricadas y no pueden desvincularse, aun en Estados en que la presencia de las comunidades autóctonas no tiene la misma relevancia cuantitativa que aquellos de ascendencia mayoritaria. El Artículo XIX de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, referido al Derecho a la protección del medio ambiente sano, enumera claramente los parámetros de esta relación: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos. 3. Los pueblos indígenas tienen el derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas. 4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

### **4.3. Definición de mecanismos procesales que reflejen el “poder negativo” de la Defensoría del Pueblo**

El Defensor del Pueblo debe constituirse en el instrumento garantista por excelencia de la dogmática constitucional y convencional, el intérprete y procurador de los derechos colectivos, titular de la personería de defensa de intereses difusos. Pero bajo perspectiva tribunicia la Defensoría Popular es, en sí mismo, un mecanismo para la participación de los ciudadanos con miras a la neutralización del accionar de los poderes públicos violatorio de los derechos fundamentales, individuales o colectivos. Los mecanismos típicos de su acción directa podrían discriminarse de la forma siguiente:

**a.** Actor o participe en la activación de todos los mecanismos de control de constitucionalidad que, en el caso venezolano, se traduce en los procesos de declaratoria de nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de los cuerpos legislativos de los estados y municipios dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ésta; y en los procesos de declaratoria de nulidad total o parcial de actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional o por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público que colidan con la Constitución.

**b.** Dictar y ejecutar medidas tutelares, sin intervención judicial, dirigidas a la prevención de daños irreparables a las personas en casos de extrema gravedad y urgencia.

**c.** Activar medidas de apercibimiento y parámetros de corrección dirigidas a cualquier autoridad pública, de oficio o a instancia de los interesados directos, en los casos de que el funcionario u organismo afectado haya dejado de dictar las medidas indispensables que, en el ámbito de su competencia, estén diseñadas o dirigidas al resguardo de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en la normativa internacional.

**d.** Plena legitimidad para dictar directamente medidas de hábeas corpus dirigidas a la identificación y verificación de la situación de personas detenidas en violación del debido proceso; medidas de seguridad y control que sean necesarias para preservar la vida e integridad personal de aquellas personas sometidas al régimen penitenciario y que se encuentren en situación de peligro de vida o riesgo a su integridad personal; o medidas de resguardo a favor de cualquier persona bajo custodia, tratamiento o auxilio en retenes de menores, instituciones de salud mental, asilos o bajo régimen de supervisión en cualquier establecimiento público o privado, que se encuentren en condiciones precarias y de irrespeto a su dignidad como seres humanos.

**e.** Servir de procuraduría especial de apoyo a las víctimas en las acciones dirigidas al resarcimiento de los daños materiales y morales en los casos de violación de derechos humanos.

**f.** Certificación razonada de cumplimiento del agotamiento de las vías internas, a los efectos de activar el acceso a las instancias del sistema in-

teramericano de derechos humanos, en los casos de omisión en dar respuesta, estado de indefensión o de inutilidad manifiesta de los recursos a intentar.

**g.** Ejecutar medidas de tutela de carácter suspensivo en los casos de actos de gobierno y actos de administración de efectos generales vinculados a la afectación de territorios bajo regímenes de administración especial en materia ambiental, territorios vinculados al régimen de excepción aplicable a las comunidades autóctonas y, en general, en todo caso que suponga riesgo de daño ambiental. Esta facultad comprendería órdenes de paralización de los procesos administrativos vinculados a la aprobación de los actos administrativos referidos a la temática señalada.

**h.** Definir la actuación preferente en ámbitos especiales como la defensa de los derechos de clases sometidas a regímenes especiales de jerarquización como serían los propios funcionarios públicos, en cuanto a sus derechos colectivos de asociación y negociación, lo cual incluiría la defensa de jubilados y pensionados; y la defensa de un debido proceso administrativo y judicial, en la jurisdicción militar.

#### **4.4. Inserción de la figura del defensor del pueblo en el sistema interamericano**

Un Defensor del Pueblo en sentido tribunicio se debe constituir en el responsable del fomento, coordinación y protección de las organizaciones no gubernamentales y defensores de derechos humanos, en el marco de una política de participación ciudadana activa que signe su actividad. Asimismo, en el ámbito regional, resulta imprescindible una interacción profunda entre la Defensoría del Pueblo, como órgano de defensa ciudadana nacional, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Aun cuando queda bastante por hacer desde la perspectiva estructural, lo que en mi opinión se solventaría con un instrumento internacional que inserte a las instituciones nacionales de defensa ciudadana en los prototipos diversos de apoyo y resguardo de derechos humanos del Sistema Interamericano y la Organización de Estados Americanos, existen estructuras y mecanismos que pueden ser revisados para brindar soporte a la Defensoría del Pueblo, sin tener que esperar las acciones concretas de una Asamblea General caracterizada por su parsimonia.

En este sentido, un primer nivel de relacionamiento podría estar en la adaptación de la Unidad de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, desde el mes de diciembre de 2001, fue encargada de coordinar las actividades de la Secretaría Ejecutiva en este aspecto puntual de los defensores locales de derechos humanos, a raíz de las Resoluciones 1671/1999 y 1818/2001 de la Asamblea General de la OEA<sup>66</sup>. Esta unidad fue convertida en Relatoría en

---

<sup>66</sup> Se trata del conocimiento y aprobación del Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las américas: Apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil para la promoción y protección

2011, lo que facilitaría el planteamiento de adaptación con miras a fortalecer esta instancia y a los órganos de nacionales de defensa ciudadana.

Esta unidad, hoy relatoría, ha tratado de preservar la actividad de los defensores de derechos humanos en la región creando un canal más expedito para la tramitación de peticiones y medidas de cautela relacionados con sus actividades de defensa de derechos fundamentales; pero también, el objetivo explícito estaba en orden a la protección de los defensores ante *“el riesgo especial que enfrentan algunos grupos de defensoras y defensores”*, además de proponer a los Estados las *“medidas para legitimar, promover y proteger las labores que desempeñan las defensoras y defensores”*. E insisto, esta situación de peligro es de especial gravedad en países como Colombia, Nicaragua y Venezuela<sup>67</sup>.

El otro factor que permitiría una inmediata efectividad de los órganos nacionales está en la íntima colaboración que debería existir entre las instituciones de defensa ciudadana y las relatorías temáticas de la Comisión Interamericana que comenzaron a funcionar desde el año 1990, bajo un prisma primario de protección de *“grupos, comunidades y pueblos que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad y por la discriminación histórica de la cual han sido objeto”*<sup>68</sup>.

---

de los derechos humanos en las Américas, realizado por la Asamblea General el 07-06-1999 y el 05-06-2001.

<sup>67</sup> En el caso de Venezuela esta situación de riesgo inminente al derecho a la vida y a la integridad personal, potenciada al máximo por el acoso policial y los montajes del aparato judicial, se ha mantenido por dos décadas tal como se puede observar desde el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 2003. Cfr. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 4 rev. 2, 29-12-2003, páginas 85-89.

<sup>68</sup> No es casualidad que la primera relatoría temática creada por la Comisión Interamericana fuera la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, mostrando así la relevancia de la defensa de las comunidades autóctonas ante la actividad depredadora de los particulares y del propio Estado. Posteriormente, En el Reglamento de la Comisión Interamericana aprobado durante el 132º período ordinario de sesiones, celebrado del 17 al 25-07-2008, se modificó el artículo 15 sobre “Relatorías y Grupos de Trabajo”, con el objeto de acoger formalmente la figura de “Relatoría Temática”; lo cual fue reconfigurado en el esquema de funcionamiento de las relatorías definidas como “especiales”, a cargo de otras personas designadas por la Comisión; y las temáticas a cargo de un miembro de la Comisión, de acuerdo con el Reglamento aprobado en el 137º período ordinario de sesiones, celebrado del 28-10 al 13-11-2009. Las relatorías temáticas son: a) Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 1990; b) Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres, 1994; c) Relatoría sobre los Derechos de las Personas Migrantes, 1996; d) Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 1997; e) Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, 1998; f) Relatoría sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos, 2001; g) Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, 2004; h) Relatoría sobre los Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial, 2005; i) Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, 2014; j) Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, 2017; k) Relatoría sobre Memoria, Verdad y Justicia, 2019; l) Relatoría sobre Personas Mayores, 2019; y m) Relatoría sobre Personas con Discapacidad, 2019.



## Conclusiones

La vigencia y efectividad de la dogmática de derechos humanos en la región depende de la fortaleza de las instituciones nacionales de defensa ciudadana y el diseño de mecanismos efectivos que permitan neutralizar las vías de hecho, actos y omisiones violatorios de derechos fundamentales, realizados por particulares y el propio Estado. Para ello, resulta sustantivo un esfuerzo de integración y coordinación en la ejecución de los mecanismos nacionales, producto del diseño constitucional que impera en los Estados de acuerdo a su propia especificidad, con los mecanismos activados por la comunidad Internacional por conducto de los organismos que conforman el sistema interamericano de derechos humanos.

La figura del Defensor del Pueblo debe adecuarse al modelo latinoamericano que puede ser definido como Bloque Romano Indiano, caracterizado y consolidado por el reconocimiento de la diversidad de órdenes normativos que conforman los subsistemas jurídicos nacionales. En este sentido, se presenta de la mayor utilidad la descripción de un trayecto histórico institucional que tiene al derecho romano como punto de partida; sigue con la conformación de las instituciones castellananas, definitivamente determinadas por el estatuto quirritario; y culmina con la adaptación de estructuras y normativa que se establecieron para el gobierno y administración de las posesiones americanas, marcadas por la vocación colonial del Imperio español.

Tal esfuerzo denota la necesidad de asumir el pluralismo jurídico en la comprensión de órdenes tan diversos y revela la continuidad histórica de soluciones adecuadas a problemas implícitos en las relaciones de poder que afectan negativamente a los débiles jurídicos-gobernados-ciudadanos. Ese *ius sui legibus uti* de ascendencia quirritaria que resultó tan práctico y útil en su momento histórico hace permeable la coexistencia de órdenes jurídicos diferenciados pero integrados en un mismo sistema. Es por tal razón que asumir en todo su valor la influencia quirritaria en el sistema jurídico latinoamericano nos lleva a la aceptación del modelo definido como Bloque Romano Indiano, pero también permite encontrar soluciones para conflictos actuales extraídas de precedentes institucionales cubiertos por un pasado aparentemente lejano.

Precisamente, la reformulación que califico de "tribunicia" de las funciones del Defensor del Pueblo y su conformación integrada al sistema interamericano de derechos humanos, constituye un esfuerzo por recuperar una experiencia única en la historia de la humanidad y una opción válida ante la necesidad de adecuación del orden jurídico a las nuevas realidades sociales y culturales.

El aprendizaje que da un modelo jurídico tan perfecto y la experiencia transmitida por la secuencia histórica-institucional que comprende al Tribuno de la Plebe, el *Defensor civitatis* y al Defensor de Indios, demuestran dos tendencias que se revelan en la defensa del estatuto de ciudadanía y de humanidad; evidentemente contrapuestas, la primera fortalecida por el prin-

cipio de participación y mecanismos que reflejan un poder negativo neutralizador representada por la acción tribunicia, mientras la otra aparece reflejada en la acción de defensores subordinados a las estructuras de poder como sucedió con el *defensor civitatis* y el defensor de indios.

Si el análisis nos lleva a la verificación del fracaso de las opciones que carecen de suficiente autonomía y mecanismos adecuados al reto de enfrentar el poder del propio Estado y las otras fuerzas privilegiadas, ¿por qué no ensayar en toda su dimensión la otra experiencia histórica, pero fortalecida por una dogmática de derechos humanos que era inexistente en aquel tiempo? Especialmente, ante una realidad latinoamericana que revela la adaptación de la forma autoritaria a un esquema perverso que consiste en utilizar los mecanismos democráticos contra la misma democracia; situación que no parte de rupturas del hilo constitucional, sino que, valiéndose de la incultura política y el deterioro institucional, ha materializado el surgimiento de regímenes autoritarios desde gobiernos que fueron legitimados por elecciones populares.

En este contexto, hay que aprovechar el avance del sistema interamericano de derechos humanos en problemáticas como el desarrollo sustentable, la protección ambiental, la conceptualización de sujetos colectivos que merecen protección y, muy especialmente, la valoración del derecho de las comunidades autóctonas como órdenes normativos que conforman el subsistema jurídico nacional. Este último reconocimiento abre la defensa vigorosa de la diversificación cultural de todos los estratos de la sociedad, por lo que priva el elemento cualitativo antes que la verificación de presencia étnica mayoritaria para imprimir importancia a la problemática.

De manera que la fortaleza de una defensa ciudadana tiene como presupuesto una visión plural del sistema socio-político, el rescate de los parámetros de control sobre el poder político que fueron el detonante de los procesos constituyentes que derivaron en el constitucionalismo democrático, la participación política que potencia el accionar del titular de la Defensoría del Pueblo y el refuerzo que significa la adecuación de la dogmática de derechos humanos a las nuevas realidades. Porque la ascendencia de los tribunos modernos debe ser la *autorictas* de su cargo y los mecanismos de contención del poder abusivo, en dondequiera que se origine.

### Lista de referencias

- Álvarez, Tulio, *Comentarios a las Institutas de Justiniano* (tomo II). Caracas: Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello, UCAB, 2012.
- , *Historia de las Instituciones Coloniales Hispánicas* (Coordinador). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2014.
- , *La Fuerza Constituyente Inicial*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, UCV, 2011.
- , *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* (tomo II). 5ª edición aumentada y corregida. Tres tomos. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2014.
- , *Reforma, Constituyente y Autoritarismo del Siglo XXI*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007.
- Bayle, Constantino, *El protector de indios*. Sevilla: Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1945.

- Borah, Woodrow, *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*. México, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- Casas, Bartolomé de las, *Obras Completas*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- Catalano, Pierángelo, *Un concepto olvidado: Poder negativo*. Torino: Instituto Universitario di Studi Europei, Consiglio Nazionale delle Ricerche Progetto Italia-América Latina, 1991.
- , *Derecho Romano Público y Revoluciones*. Italia: Grupo de Ricerca Sulla Diffusione del Diritto Romano, 1984.
- Cunill, Caroline, *Los defensores de indios de Yucatán y el acceso de los mayas a la justicia colonial, 1540-1600*. Universidad Nacional Autónoma de México, Mérida, 2012.
- ESPAÑA. *Recopilación de Leyes de los reinos de Indias*. Prólogo de Ramón Menéndez Pidal y estudio preliminar de Juan Manzano. Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1973.
- Girard, Paul, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1929.
- Lobrano, Giovanni, *Modelo Romano y Constitucionalismo Modernos. Anotaciones en torno al debate iuspublicístico contemporáneo, con especial referencia a la tesis de Juan Bautista Alberdi y Vittorio Enmanuele Orlando*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1990.
- Mommsen, Theodor, *Compendio del Derecho Público romano* (Traducción de R Dorado). Pamplona: Analecta Editorial, 1999.
- , *Historia de Roma*. Barcelona: Plaza & Janes, S.A. Editores, 1967.
- Núñez Rivero, Cayetano y Martínez Segarra, Rosa María, *Historia Constitucional de España*. Madrid: Editorial Universitas, S.A., 1999.
- Pérez-Bustamante, Rogelio, *El Gobierno del Imperio Español*. Madrid: Ediciones de la Comunidad de Madrid, 2000.
- Pérez-Bustamante, R. y Sánchez-Arcilla, J., *Textos de Historia del Derecho Español*. Madrid: Editorial Dykinson, 1992.
- Pietschmann, Horst, *Las Reformas Borbónicas y el Sistema de Intendencias en Nueva España*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- UCV. *Cuerpo de Leyes de la República de Colombia*. Caracas, 1961.
- , *Texto tomado de Materiales para el Estudio de la Cuestión Agraria en Venezuela*, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico. Cinco tomos. Caracas, 1964.
- VENEZUELA. *Compilación Legislativa*. Caracas: Editorial Andrés Bello, 1940.
- , *Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela*. Caracas, 1942.
- Von Ihering, R., *El Espíritu del Derecho Romano*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 1997.
- Libros consultado en línea**
- Catalano, Pierángelo, *Constitución Romana y Pueblos de América Latina*. Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia. <https://bit.ly/3BT023e>
- Fernández Estrada, Julio Antonio, *De Roma a América Latina: El tribuno del pueblo frente a la crisis de la república*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, A.C. Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí Aguascalientes / San Luis Potosí, 2014. <https://bit.ly/43pXW8L>
- T. Livivs, *Ab vrbe condita libri*. <http://www.thelatinlibrary.com/livy/liv.2.shtml>
- Artículos en revista impresa**
- Altamira, Rafael, *El primer proyecto de Recopilación de Indias, hecho por D. Juan de Solórzano Pereyra*. En Bulletin Hispanique, 1940, (42-2), 97-122.
- Álvarez, Tulio, *Antecedentes y Evolución de la Legislación sobre la Filiación Ilegítima en Venezuela*. Revista de Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, UCAB, 1980, (30).
- Catalano, Pierángelo, *Conceptos y principios del Derecho Público Romano, de Rousseau a Bolívar*. Constitucionalismo Latino I. Torino: Instituto Universitario di Studi Europei-Torino, Consiglio Nazionale delle Ricerche Progetto Italia-América Latina, (1991): 35-59.
- , *Derecho público romano y principios constitucionales bolivarianos*. En Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas, 2000.
- García Villoslada, Ricardo, *Sentido de la Conquista y Evangelización de América Según las Bulas de Alejandro VI (1493)*. Anthologica Annua. 1977, (24): 381-452.
- Martire, E., *Algo más sobre el Derecho indiano (entre el ius commune medieval y la modernidad)*. AHDE (73), 2003, 231 y ss.
- O'Donnell y Duque de Estrada, Hugo, *Tordesillas, 1494: España y Portugal se Reparten el Mundo*. Génesis y Porqués de Un Tratado Paradigmático. Historia 16. 1992, (192): 28-37.

### Artículos en revista en línea

Catalano, Pierángelo, *Sistema y ordenamientos: El ejemplo de América Latina*. <https://bit.ly/3MRi2mD>

Friede, Juan. "Las Casas y El Movimiento Indigenista En España y América En La Primera Mitad Del Siglo XVI". *Revista de Historia de América*, no. 34 (1952): 339-411. <https://bit.ly/3WKYYd4>

### Documentos presentados en conferencias, ponencias, congresos

Álvarez, Tulio, *El subsistema jurídico venezolano como secuencia reveladora del bloque romano indiano*. Conferencia en el marco del X Congreso CEISAL. CEISAL-GTJ Consejo de Investigaciones Sociales de América Latina. Grupo de trabajo de jurisprudencia. Comisión Sistema Jurídico Latinoamericano y Bloque Romano-Indígena, Helsinki, Finlandia, 2022.

—, *La corrupción como componente del Estado Fallido en la anulación de derechos humanos y bienestar ciudadano (Caso Venezuela)*. II Jornadas Latinoamericanas de Derechos Humanos: Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos en América Latina. Escenarios y perspectivas a 20 años de la aprobación de la Carta Democrática Interamericana. Universidad Siglo 21 - Córdoba, Argentina. 10-12-2021.

Catalano, Pierángelo, *Choque de sistemas jurídicos en la perspectiva latinoamericanista*. Memorias del XV Congreso latinoamericano de Derecho Romano, Morelia, México, 2006.

Fernández Estrada, Julio Antonio, *Los principios fundamentales del Derecho Público Romano para la formación del ciudadano*. Ponencia presentada en el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Buenos Aires, Argentina, 2004.

Muro Orejón, Antonio, *La Recopilación de Indias de 1680*, en Justicia, Sociedad y Economía en la América Española (siglos XVI, XVII y XVIII). En Trabajos del VI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indio Valladolíd, 1983.

### Fuentes quirritarias e indianas en formato documento electrónico

ESPAÑA. *Catálogo de los documentos históricos de Indias presentados por la nación española a la Exposición Histórico-Americana de Madrid*. Exposición Histórico-Americana (1892. Madrid). <https://bit.ly/3MPMeyG>

ESPAÑA. *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*. Edición facsímil coeditada por el Centro de Estudios Político y Constitucionales y el Boletín Oficial del Estado. Del original: *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Biblioteca de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid. Mandadas imprimir y publicar por la magestad católica Rey Don Carlos II. Hecha de orden del Real y Supremo Consejo de las Indias. Madrid MDCCCLXXXI (1791). Por la viuda de D. Joaquin Ibarra, impresora de dicho Real y Supremo Consejo. Va dividida en tres Tomos, con el Índice general, y al principio de cada Tomo el Índice especial de los Títulos que contiene. A los efectos del presente artículo se utilizó especialmente el Tomo Segundo, Cuarta Impresión. <https://bit.ly/3MTXx8Q>

Gai, *Institutionum Commentarii Quattuor, Commentarius Secundus*. <https://bit.ly/3ooXpFb>  
*Imperatoris Theodosii Codex, liber tertius decimus*, versión Alexandr Koptev. <https://bit.ly/3oiU2Qc>

*Iustiniani Digestae*. Versión de Theodor Mommsen y Paul Krüger. Edición berlinesa originaria del año 1882. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

*Iustiniani Institutiones*. Editada por Paul Krueger y el mismo Mommsen, originariamente en Berlín 1872, con la reedición de 1954. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

*Novella I de ortu imperii domini maioriani augusti* (458 Ian. 11). Basada en el texto latino de la edición de Mommsen y Meyer, Berlín, 1905. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>

*Iustiniani Novellae*. Nov. XV. *De defensoribus civitatum*. A.D. 535. Basada en el texto latino de la edición de Schoell y Kroll (Recognovit Rudolphus Schoell. Opus Schoellii morte interceptum absolvit Guilelmus Kroll). *Corpus Iuris Civilis*, vol. III. <https://bit.ly/3oiU2Qc>

Paredes, I. (1681). *Recopilación de leyes de los Reynos de las Indias*: Tomo primero. <https://doi.org/10.34720/dfdm-e874>

Polibio de Megalópolis, *Historia Universal Bajo la República Romana*. <https://bit.ly/45DzylY>

Theodor Mommsen (1876), *Historia de Roma*, Libros I y II Desde la fundación de Roma hasta la reunión de los Estados Itálicos, 1856. Traducción: Alejo García Moreno. <https://bit.ly/427q1Aq>

Titi Livi, *Ab Vrbe Condita*, Liber IV.4. <http://www.thelatinlibrary.com/livy/liv.4.shtml#4>

Titi Livi, *Ab Vrbe Condita*, Liber XLI.8., <http://www.thelatinlibrary.com/livy/liv.41.shtml#8>

**Fuentes en formato de documento electrónico**

**Organización de Estados Americanos**

*Carta Democrática Interamericana*. Primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11-09-2001 durante el Vigésimo Octavo Período de Sesiones. <https://bit.ly/43hxl1>

*Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas*. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16) de 14-06-2016. <https://bit.ly/432v0DI>

*Fostering Impunity: The Impact of the Failure of the Prosecutor of the International Criminal Court to open an investigation into the possible commission of crimes against humanity in Venezuela*. [Fomentando la impunidad: el impacto de la ausencia de una investigación de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela], 02-12-2020. <https://bit.ly/3BWhgOU>

*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*. Washington D.C., 29-05-2018. <https://bit.ly/43pY4oL>

*Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas: Apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil para la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas*. OEA, Asamblea General, resolución AG/RES.1671 (XXIX-O/99), 07-06-1999. <https://bit.ly/43h6Yoc>

**Corte Interamericana de Derechos Humanos**

*Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08-10-2015. <https://bit.ly/3q0lj97>

*Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20-11-2013. Serie C No. 270. <https://bit.ly/3lBTwrW>

*Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27-06-2012. <https://bit.ly/3MwEAb3>

*Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30-08-2010. <https://bit.ly/3OzsTD6>

*Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 03-04-2009. Serie C No. 196. <https://bit.ly/3q5AdMF>

*Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28-11-2007. Serie C No. 172. <https://bit.ly/45ExYAn>

*Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29-03-2006. Serie C No. 146. <https://bit.ly/3MygLj2>

*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17-06-2005. Serie C No. 125. <https://bit.ly/3MSUVZ9>

*Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales - Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 30-12-2009. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. <https://bit.ly/3Wx9hBJ>

*Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la convención americana sobre derechos humanos)*. 15-11-2017. Opinión Consultiva oc-23/17. <https://bit.ly/3OwYYvr>

*La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos*. 07-06-2021. Opinión Consultiva Oc-28/21. <https://bit.ly/3BS2hWh>

**Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

*Graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 86, 21-06-2018. <https://bit.ly/432vxpC>

*Informe Anual 2021 Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. <https://bit.ly/43oDAMS>

*Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*. <https://bit.ly/43h6Yoc>

*Nicaragua: Concentración del poder y debilitamiento del Estado de Derecho*. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 25-10-2021. Series OEA/Ser.L/V/II Doc.288/21. <https://bit.ly/45l7CmJ>

*Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía*. Washington DC, 2019. <https://bit.ly/3lE0BDH>

## ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2021-2022

*Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela.* OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 4 rev. 2, 29-12-2003.

### **Organización de las Naciones Unidas**

*Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela* Consejo de Derechos Humanos. Cuadragésimo quinto período de sesiones 14-09 a 02-10-2020. Las situaciones de derechos humanos que requieren la atención del Consejo. <https://bit.ly/3Wueo5q>

*Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela.* Oficina del Alto Comisionado De Las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Consejo de Derechos Humanos. Cuadragésimo octavo período de sesiones (13-09 a 08-10-2021). 16-09-2021. <https://bit.ly/3omeX4S>

*Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.* Resolución 61/295 aprobada por la Asamblea General el 10-12-2007 [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/61/L.67 y Add.1)]. Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 53 (A/61/53), primera parte, cap. II, secc. A. <https://bit.ly/3omf3cK>

*Declaración y Programa de Acción de Viena,* aprobadas por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25-06-1993. Publicado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas 13-36163 – DPI/1394 Rev.2 – septiembre de 2013. <https://bit.ly/3BSiMSs>

*Discurso de la Alta Comisionada sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua.* 49ª sesión del Consejo de Derechos Humanos. 07-03-2022. <https://bit.ly/3CaunMV>

*El papel de los ombudsmen, mediadores y demás instituciones nacionales de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos humanos.* Informe del Secretario General. Asamblea General, 31-07-2017 (17-13049). Septuagésimo segundo período de sesiones. Tema 73 b) del programa provisional: Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. <https://bit.ly/421X9JN>

*Informe del 5 de julio de 2021 de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Situaciones de derechos humanos que requieren la atención del Consejo Situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela.* Consejo de Derechos Humanos 47º período de sesiones, 21-06 a 09-07-2021. <https://bit.ly/432SN6K>

*Informe sobre las actividades de examen preliminar 2020 (Situaciones en la fase 3, admisibilidad, Venezuela I).* Corte Penal Internacional. Elaborado el 14-12-2020. <https://bit.ly/45oWm80>

*Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en la región del Arco Minero del Orinoco.* Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Julio de 2020. <https://bit.ly/3BSvfWc>

*Informe y recomendaciones del período sesiones virtual del Subcomité de Acreditación, 14 a 24 de junio de 2021.* Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI). <https://bit.ly/45oWtkK>

*Informe del Subcomité de Acreditación de la AGIN – Mayo de 2016 (Caso Venezuela)* Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI). Ginebra, 9 a 13-05-2016. <https://bit.ly/3q8J0NR>

*Informe y recomendaciones del período de sesiones del Subcomité de Acreditación – Marzo de 2019 (Caso Nicaragua).* Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI). Ginebra, 11 a 15-03-2019. <https://bit.ly/43eVvME>

*Informe sobre el 48º período de sesiones.* (27-01 a 06-03-1992). Comisión de Derechos Humanos. Consejo Económico y Social. Documentos Oficiales, 1992. Suplemento No. 2. <https://bit.ly/433JaVa>

*Instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos.* Informe del Secretario General. Asamblea General, 29-07-2021. (17-21-10496). Septuagésimo sexto período de sesiones. Tema 75 b) de programa provisional: Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. <https://bit.ly/3MywGOW>

*Instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos.* Resolución de la Asamblea General 41/129 de 04-12-1986. <https://bit.ly/3qbDeuH>

*Instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos.* Resolución de la Asamblea General 46/124 de 17-12-1991. <https://bit.ly/3BSvoJe>

- Observaciones generales del Subcomité de Acreditación* [adoptadas el 21-02-2018] Alianza Global de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (GANHRI). <https://bit.ly/43dFUX8>
- Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, adoptado durante la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible.* Johannesburgo, 04-09-2002. Doc. ONU A/CONF.199/20. <https://bit.ly/3BP5Lmv>
- Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos.* Resolución de la Asamblea General 48/134 del 20-12-1993. <https://bit.ly/3pYspvY>
- Professional Training Series No.4: National Human Rights Institutions: History, Principles, Roles and Responsibilities.* United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, New York and Geneva, 2010. <https://bit.ly/3iBuVic>
- Protecting the Right to Defend Human Rights and Fundamental Freedoms.* United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights. Fact Sheet N° 29. Geneva: UN publications, 2004. <https://bit.ly/3iDuuUy>
- Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.* Resolución A/RES/70/1 del 25-09-2015 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://bit.ly/3ov1BmP>

### **Venezuela**

- Censo de Población y Vivienda 2011.* Instituto Nacional de Estadística, INE. Instituto Nacional de Estadística, INE Monografía Total Nacional. <https://bit.ly/3MziPHA>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.* Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 12 de 1966. Publicado en la Gaceta Oficial N° E-2.146 del 28-01-1978.

### **Tribunal Supremo de Justicia**

- [s.S.P-A. N° 1214-10] Sentencia N° 01214 del 30-11-2010 que declara parcialmente con lugar el recurso por abstención o carencia incoado por la Comunidad Indígena Bari y la asociación civil Bokshi Bibari Karaja Akachinano (Bokshibika), en la cual se ordena al Ministerio del Poder Popular para el Ambiente preceder a la demarcación de sus territorios, previa cumplimiento del procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.564 del 01-12-2010. <https://bit.ly/430qntT>
- [s.S.C. N° 597-11] Sentencia N° 597 de fecha 26-04-2011, con ponencia de Luisa Estella Morales Lamuño, caso: Recurso de Nulidad incoado por Carlos Baralt Morán y otros. En el expediente N° 03-2594. <https://bit.ly/3iCpFet>
- [s.S.C. N° 1.325-2011] Sentencia N° 1325 de fecha 04-08-2011, con ponencia de Carmen Zuleta de Merchan, caso: Acción de Amparo Carlos Eduardo Ramos Vargas. En el expediente N° 11-0645. <https://bit.ly/45i8ibL>
- [s.S.C. N° 2-2012] Sentencia N° 2 de fecha 03-02-2012, con ponencia de Carmen Zuleta De Merchan, caso: Amparo presentado por Marisela Castro Gilly en su condición de Defensora Pública ante la Sala Constitucional a favor de un niño Warao. En el expediente N° 09-1440. Sentencia de la Sala Constitucional que reconoce la vigencia del juzgamiento de los tribunales indígenas legítimamente constituidos conforme a las costumbres ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas y la supeditación del derecho originario o consuetudinario de los indígenas a las normas, reglas y principios contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39865 del 15-01-2012. <https://bit.ly/43r8LHD>





# LOS DERECHOS Y GARANTÍAS QUE FUNDAMENTAN EL PROCESO PENAL VENEZOLANO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

María Trinidad Silva de Vilela\*

## Introducción

Si tenemos en cuenta que el proceso penal es la más poderosa herramienta que tienen los órganos del Estado para controlar a los ciudadanos y en algunas desafortunadas y cada vez más frecuentes ocasiones a sus adversarios políticos, tenemos forzosamente que concluir que entre el proceso penal y la política existe una muy íntima relación. Pero además esta afirmación nos lleva a considerar que dada la trascendencia e implicaciones que tienen las decisiones que se verifican dentro del proceso penal, las normas y criterios de Derecho Constitucional deben ser una presencia constante no solo para la interpretación y aplicación de las normas que lo regulan sino igualmente para establecer el sentido y objetivos que persiguen los principios y garantías que regulan la aplicación de las normas procesales penales.

De acuerdo a lo que afirma Rubio Llorente (2000) *“ninguna norma debe interpretarse aislándola de la Constitución”* (p.174) y si esta afirmación es válida para el ordenamiento jurídico en general, resulta, desde nuestro punto de vista más determinante cuando se refiere al proceso penal, pues en este ámbito de aplicación de las normas jurídicas en donde se encuentran comprometidos los más fundamentales derechos y garantías que afectan al ser humano, como lo son la libertad y eventualmente la vida<sup>1</sup>.

En el proceso penal se plantea un conflicto de la más alta relevancia por sus efectos no solo para el individuo, sino también para la sociedad en general, de allí que en último término se trata de un problema de Derecho Constitucional como acertadamente lo señala Tiedemann (1989), puesto que en este escenario se producen las más variadas intervenciones en los derechos fundamentales de los individuos que en él participan, con el agravante de que existe:

---

\* Abogado. Magíster en Derecho Constitucional. Profesora de Derecho Procesal Penal y Derecho Penal en postgrado y pregrado de la UCAB. Exfiscal y Directora del Ministerio Público. Egresó como Fiscal ante la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia.

<sup>1</sup> El tema del presente trabajo forma parte de la tesis de la autora para optar al título de Magister en Derecho Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello.

...el peligro de que todas las intervenciones de los órganos estatales tienden a ser siempre consideradas conformes a derecho, ya que es a los propios órganos del Estado a los cuales les corresponde decidir su conformidad o no, al orden constitucional.

Es mediante el desarrollo de los principios que se pretende hacer efectiva la finalidad del proceso penal; obtener la verdad mediante la reconstrucción intelectual de los hechos objeto del proceso, para arribar a una sentencia que se sustente sobre esos hechos probados legalmente como medio para impartir justicia. De allí la importancia de la justicia constitucional, pues su labor de interpretación resulta indispensable para garantizar el respeto a los principios fundamentales sobre los cuales se afianza el ordenamiento jurídico, así como resulta indispensable la existencia de efectivas garantías que aseguren la realización de esos principios fundamentales, solo entonces puede afirmarse el carácter jurídico del sistema.

### **1. Principios y garantías constitucionales en el proceso penal venezolano**

El proceso penal se organiza sobre la base de los principios y su estudio no solo nos brinda una visión general del sistema y la razón de la existencia de las estructuras y secuencias que lo conforman, así como los derechos y cargas de los individuos que participan en el proceso, sino que sirven para resolver los vacíos legales y las aparentes incoherencias del ordenamiento, pero además nos revelan los criterios políticos que guían a un Estado. Será la manera en la que se entienda a sí mismo el poder y la forma como aspira a ejercer su autoridad lo que determinará el tipo de proceso penal vigente en un determinado Estado. Podríamos decir que es en el proceso penal y como este se maneja en la práctica donde más fielmente se refleja un determinado sistema político.

De modo que a las garantías les corresponde asegurar que los principios se hagan realidad, están presentes en el inicio y en todas las etapas del proceso y no solo en el momento de emitirse el veredicto, y si bien, protegen a todos los sujetos del proceso, lo hacen muy especialmente respecto al imputado hacia el cual apunta el poder punitivo del Estado y quien se hace acreedor de las mismas no solo por su condición humana, sino igualmente de acuerdo a lo previsto expresamente por la Constitución y la leyes, deben protegerlo muy especialmente, durante el curso de la investigación y desenvolvimiento de toda la dinámica procesal, delimitando las actuaciones de los funcionarios que intervienen en ella, que deben circunscribir su ejercicio a los hechos presuntamente delictivos sin comprometer los derechos del imputado, así como tampoco los de todas aquellas personas vinculadas al proceso (Cafferata Nores, 2005).

Para Ferrajoli (1998) aquellas garantías procesales que hacen posible la imparcialidad, veracidad y control en el juicio son instrumentales, a diferencia de las contempladas en la legislación penal a las que el autor designa como sustanciales, estas últimas solo se harán realidad cuando las primeras funcionen, en criterio de Ferrajoli existe entre ellas una correlación fun-

cional, ya que, son garantía recíproca de efectividad, de manera que es al derecho procesal penal al que le corresponde hacer realidad el derecho penal que sin el proceso sería una mera enumeración de conductas antijurídicas.

Si bien el orden jurídico viene a ser la regulación externa de la conducta de los individuos que integran la sociedad, es así mismo un fenómeno cultural, porque representa y es el producto de los principios y valores que ese grupo social considera básicos para la convivencia e incluso para su propia supervivencia. Ese orden se manifiesta en el tiempo y en el espacio de manera que en materia jurídica hablamos de territorialidad y de vigencia temporal de las reglas que lo integran. Esas reglas están referidas no solo a la constitución de ese mismo orden estableciendo cuales son las conductas permitidas y prohibidas, sino igualmente a su realización.

Solo cuando es obligatorio el cumplimiento de esas reglas o normas el orden adquiere vigencia, de allí que la garantía de que estas normas sean acatadas es que su incumplimiento sea sancionado, generándose la responsabilidad que a su vez determina que ese incumplimiento obliga a una satisfacción jurídica, que solo puede hacerse efectiva una vez que sea declarada por los órganos del Estado a los que se le confiere la función jurisdiccional. Esa función jurisdiccional demanda una actividad integrada por una serie de actos que configuran el proceso, se trata de realizar el orden jurídico, hacerlo realidad.

Sin embargo, esa actividad que está destinada a determinar si las personas son responsables ante la sociedad por haber incurrido en conductas prohibidas debe regularse detalladamente, de manera que, los individuos sometidos al proceso tengan garantías de que la decisión que se tome sea producto de la más fidedigna reconstrucción de los hechos objeto de la presunta violación de las normas, esto es, lo más cercano posible a la verdad, solo así será legítimo imponer una sanción. Son precisamente las normas que regulan el proceso que deriva en una sanción de tipo penal, las que integran el Derecho Procesal Penal.

El objeto de ese proceso judicial, que no la finalidad, no es otro que un hecho humano, que tiene relevancia de acuerdo a las normas que regulan la materia penal y que por tanto se le considera y evalúa con fines punitivos, el sustento fáctico de la existencia de un objeto procesal es que sea pensado jurídicamente (Claria Olmedo, 98). El proceso sirve para esclarecer y enjuiciar un hecho que según el principio acusatorio que rige el proceso penal en nuestro país, debe estar descrito en la acusación, en relación con la persona señalada como autor o participe de tal acontecimiento y que establece los límites tanto de la investigación que ha de realizarse, como los de la prueba a practicarse y la sentencia que finalmente habrá de dictarse, con lo que se genera una garantía patente para la defensa, porque es sobre ese hecho, y no otro, en relación al cual van a desarrollarse los alegatos y la defensa del imputado. Ello tiene implicaciones prácticas, como lo señala Gómez Colomer (1985) por cuanto dependen de la identidad del objeto, asuntos tan delicados como la litispendencia, la cosa juzgada e incluso la modificación

o acumulación de causas, por tanto, el tema referido al objeto del proceso escapa a lo meramente teórico.

El sistema procesal penal venezolano, se define como mixto pues toma caracteres tanto del llamado proceso acusatorio como del inquisitivo, se podría hablar de un sistema mixto con preponderancia acusatoria. Resulta importante señalar que, en nuestro país con anticipación a la promulgación de la Constitución de 1999, pero con poca distancia en el tiempo, se dictó una nueva legislación en el año 1998, en materia procesal penal que cambió radicalmente la manera en que se tramitaban los asuntos en materia penal. De un sistema inquisitivo se pasó a un sistema con rasgos predominantes acusatorios, con lo que nuestro país actualizó de manera radical no solo las normas de procedimiento sino que estableció los derechos y garantías de los justiciables sometidos al poder punitivo del Estado. Siguiendo las pautas de los más modernos y garantistas sistemas procesales imperantes, se dictó una nueva legislación que colocó al país dentro del ámbito de los países en los que los derechos humanos son la base esencial de la justicia. Hay que destacar que si bien el Código Orgánico Procesal Penal se promulgó un año antes de que se hiciera lo propio con nuestra Carta Magna, ya en el primero se incluían los principios y garantías procesales que luego fueron establecidos en nuestra Constitución de 1999 y que no hubo necesidad de adaptar la ley procesal penal a la nueva norma fundamental del Estado, se podría decir que el Código Orgánico Procesal Penal se adelantó a ella.

De acuerdo al nuevo sistema, se diseñó un proceso dividido en cuatro fases o etapas, la primera dirigida por el Ministerio Público destinada a investigar los hechos objeto del proceso, en la que sin embargo el órgano judicial interviene a través del Juez de Control precisamente controlando y autorizando las actuaciones del Fiscal cuando en ellas pudieran eventualmente estar comprometidos los derechos fundamentales y garantizando la participación del imputado y de la víctima en el curso de la investigación.

La segunda es la fase intermedia que se inicia cuando se presenta la acusación correspondiente y que está a cargo del juez de control quien revisa las actuaciones practicadas en la etapa anterior con el fin de depurar la investigación y en caso de que considere que procede la acusación interpuesta dicta la orden de juicio y admite o inadmite las pruebas ofrecidas por las partes, se trata de asegurar la pulcritud del requerimiento del Estado, evitar juicios inútiles y verificar si procede un cierre anticipado del proceso.

La tercera fase es la de juicio que se realiza mediante un debate público y oral en el que se produce la prueba bajo la dirección del juez de juicio, quien determina si existen o no suficientes elementos probatorios que puedan sustentar una sentencia condenatoria, en caso contrario deberá absolver, con la posibilidad de dictar el sobreseimiento en determinados casos especiales.

La cuarta y última fase es la de ejecución en la que un juez vigila el cumplimiento de la pena y en caso en que sea procedente, en base a un sistema progresivo previsto en la ley concede alternativas al cumplimiento de la pena.

El reseñado es el llamado procedimiento ordinario para los delitos de acción pública, pero además el Código prevé procedimientos especiales para el caso de los delitos de acción privada, los delitos presuntamente cometidos por el Presidente y demás altos funcionarios, aplicación de medidas de seguridad para inimputables, delitos menores, extradición, admisión de hechos y procedimiento abreviado en caso de aprehensiones en flagrancia.

En este sistema mixto con preponderancia acusatoria, la persecución penal le corresponde al Ministerio Público, aunque se le concede a la víctima un amplio margen de participación en el proceso. El imputado es considerado un sujeto de derechos, al que se presume inocente, de forma que corresponde al Estado a través del Ministerio Público demostrar su responsabilidad, las normas disponen que la privación de libertad durante el proceso sea excepcional, igualmente, se le garantiza el derecho a la defensa y una posición de igualdad frente al acusador. En cuanto a la valoración de la prueba se desecha el sistema tarifado y se asume el sistema de la sana crítica, que impone al juez el análisis de las probanzas mediante las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, estando obligado a fundamentar sus decisiones. Para los recursos se adopta un sistema de impugnabilidad objetiva, de manera que las sentencias pueden recurrirse limitadamente. En cuanto al ejercicio de la jurisdicción penal si bien originalmente se dispuso que se ejercería por tribunales con participación ciudadana, posteriormente se reformó para reservarla solo a los tribunales asignados a jueces profesionales (Maier, 1989).

En el proceso se conservan rasgos inquisitivos como la persecución penal pública y la obligación de averiguar la verdad histórica y se adoptan del sistema acusatorio las garantías y derechos individuales, la presunción de inocencia y el juicio previo. Ello a pesar de que algunos como Montero Aroca (1997) piensan que el único sistema procesal es el acusatorio, pues el llamado inquisitivo no es un verdadero proceso porque sus postulados no permiten que se cumpla la verdadera esencia de un proceso, cual es, que dos partes contradictorias comparecen en pie de igualdad ante un tercero imparcial para que solucione el conflicto planteado.

Los sujetos procesales se clasifican como principales y secundarios. Los principales son aquellos sin cuya presencia no es posible realizar el proceso ya que ejercen los poderes dentro del mismo, el de acusar, juzgar y defender, cada uno de los cuales se atribuye a un sujeto diferente imprimiendo de este modo un rasgo democrático al proceso, la acusación se confiere al Ministerio Público, el juzgamiento al juez y la defensa al imputado asistido por su defensor. Los secundarios vienen a ser la víctima, los órganos de investigación que apoyan al Ministerio Público en la investigación y los asistentes de las partes, quienes desempeñan un papel importante dentro del proceso, pero su presencia no es indispensable para su desarrollo.

En cuanto a las fuentes del derecho procesal penal, tradicionalmente se afirmaba que la única fuente la constituía la ley, sin embargo, al promulgarse

la Constitución de 1999, esto cambió pues al atribuirse carácter vinculante a los pronunciamientos de la Sala Constitucional se creó una nueva fuente de derecho. Por otra parte, es indudable que aún en los sistemas jurídicos positivos la interpretación que se hace de las leyes representa un importante aporte para el derecho porque a través de ella se suplen las deficiencias del lenguaje y las lagunas de la ley, ello nos permite ver al ordenamiento jurídico como un sistema completo y armónico de reglas. Siguiendo a Julio Maier (1989), cuando toca el punto referido a la interpretación de la ley procesal penal en su tratado de derecho procesal penal, la interpretación de las normas de derecho procesal penal vista como la operación intelectual mediante la cual se pretende conocer el sentido prescriptivo de la norma resulta indispensable para proceder a su aplicación práctica. Las palabras y los conceptos a menudo resultan imprecisos, ello provoca tensión al momento de aplicar a un caso concreto la norma general y abstracta, se trata de pasar del mundo ideal al mundo real.

La labor de interpretación se inicia desde el momento en el que se plantea el hecho humano en cuestión, se trata de dilucidar cuales aspectos de este hecho tienen relevancia jurídica, ello implica seleccionar los aspectos que se consideran importantes, esa selección, sin embargo, se hace sobre la base de lo previsto en las normas legales, de manera que la propia descripción del hecho depende de la interpretación.

Desde el punto de vista formal, la interpretación se rige por la afirmación ideal de la plenitud y la coherencia del orden jurídico, se proclama que el sistema prevé todas las situaciones y que no existen contradicciones. Para ello es necesario tener en cuenta la indefinibilidad entre la acción prohibida y la permitida y la obligación que tiene el juez de decidir todos los casos. En cuanto a lo material la interpretación busca las respuestas en los criterios valorativos y los principios fundamentales que presiden el orden jurídico, ellos orientan no solo la actividad del intérprete, sino igualmente la del legislador y la del juez.

En cuanto a los métodos de interpretación en el derecho procesal penal, se trata de técnicas que sirven para esclarecer el significado y sentido de las normas cuando estas resultan oscuras. En un primer momento se recomienda el uso del método literal o gramatical, sin embargo, cuando este resulta insuficiente se acude al método sistemático que da por supuesto que el ordenamiento legal goza como ya arriba se señaló, de plenitud hermética y coherencia, de modo que todas las normas guardan relación y su significado no puede buscarse de manera aislada, sino que necesariamente se vinculan entre sí. En cuanto al contenido que abarca la norma se habla de interpretación restrictiva y extensiva, en la primera se procura abarcar la menor cantidad de casos entre los significados posibles, mientras que la segunda busca aplicar la solución prevista en la norma a casos que resultan semejantes. Al respecto la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 585 del 10-07-2001, ha establecido que en el campo penal la interpretación debe ser restrictiva cuando se trata de normas que representen perjuicio para el enjuiciado, mientras que debe ser extensiva cuando le favorece. Por su parte el propio Código Orgánico Procesal Penal dispone

que las normas relativas a la privación o restricción de la libertad y otros derechos del imputado deben ser interpretadas de manera restrictiva.

Contrario a lo que muchos parecen pensar la ley procesal penal no es simplemente la expresión de unas reglas destinadas a castigar a los culpables de la comisión de delitos, su verdadero objetivo y finalidad es limitar el poder punitivo del Estado para lograr no solo que se hagan realidad las normas contenidas en el código penal sustantivo sino que buscan garantizar que el procedimiento mediante el cual se reconstruye el hecho objeto del delito se rija por los principios y garantías que inspiran un Estado democrático donde se respeten no solo los derechos del imputado sino igualmente de la víctima y de todos aquellos sujetos que intervienen en el proceso, de manera que la sentencia sea la expresión de la justicia.

De allí que la manera en la que un Estado concibe el proceso penal será un reflejo de como concibe el ejercicio del poder y el respeto de los derechos humanos y esto resulta más evidente cuando entendemos que el proceso penal es la más poderosa herramienta que posee el Estado para controlar a los ciudadanos, así lo afirma Maier (1987):

...el poder penal tanto en su definición, cuanto en su ejercicio práctico, representa en manos del Estado, el medio más poderoso para el control social; su utilización en pos de lograr la paz social puede servir tanto a un grupo de individuos, que ostentan el poder político, para sojuzgar a sus semejantes, reprimiendo toda desobediencia, cuanto a mayorías para someter a minorías o, aplicado racionalmente, para resguardar ciertos valores esenciales para la vida de una comunidad organizada, a los que todos sus miembros han prestado consenso, a través de algún método de verificación sobre el acuerdo social (T.1b p. 235).

Igualmente, Binder (1999) desarrolla esta idea cuando afirma que el orden jurídico es un instrumento de control social, pero también un instrumento de protección de la dignidad humana, las garantías vienen a ser mecanismos jurídicos destinados a impedir el uso arbitrario o desmedido de la coerción penal, de allí la necesidad de la existencia de normas destinadas a darle eficiencia a la facultad punitiva del Estado y de otras destinadas a proteger de un castigo injusto a los justiciables. De allí la necesidad de que las normas del proceso penal sean diseñadas y aplicadas efectivamente de acuerdo a lo previsto en la normativa constitucional.

Para abordar el tema de los principios en el proceso penal, hemos considerado pertinente hacerlo desde diferentes perspectivas, en primer lugar revisaremos la doctrina, después analizaremos la normativa constitucional, para seguir con las disposiciones previstas en el Código Orgánico Procesal Penal.

## **2. Los principios y garantías del proceso penal en la doctrina**

Para estudiar los principios y garantías del proceso penal desde el punto de vista de la teoría, hemos seleccionado algunos autores que consideramos apropiados para tratar el tema, se trata de dos procesalistas que

trabajaron como asesores de la Comisión Legislativa del antiguo Congreso Nacional que en Venezuela realizó el cambio del sistema procesal penal en el año 1998, son Julio Maier y Alberto Binder, cuyas ideas indudablemente influyeron en la reforma, igualmente el maestro alemán Claus Roxin, cuya obra inspiró el cambio, no hay que olvidar que nuestro sistema se inspira en el modelo alemán, así mismo, hemos seleccionado a un tratadista argentino Carlos Creus y otro español Juan Montero Aroca, ya que las legislaciones de sus respectivos países guardan relación con la nuestra, en lo que respecta a la materia constitucional y procesal penal.

En cuanto a cómo ha sido tratado el punto desde la doctrina, comenzaremos por el análisis que hace el profesor Alberto Binder (1999), asesor de la Comisión Legislativa que en Venezuela realizó la reforma del sistema procesal penal, como ya arriba se anotó. En su criterio, son el juicio previo y la presunción de inocencia, los principios básicos en el proceso penal, sobre ellos se sustentan las restantes garantías que guían el proceso penal los describe como dos caras de una misma moneda.

Cuando nos referimos al derecho a un juicio previo, precisa el autor, no lo hacemos entendiéndolo como un mero juicio lógico, como sería si nos refiriéramos a una decisión, en este caso estamos hablando de una verdadera institución política porque es así como lo contempla la Constitución, se trata de un juicio previo como presupuesto para dictar una sentencia, una sucesión de actos que deben realizarse de una determinada forma, lo que implica que se haya efectuado un juicio oral, público y en el que se haya contado con la participación ciudadana, solo así, la sanción derivada contará con legitimidad.

Surgen entonces dos requisitos que determinan la legitimidad del juicio, uno objetivo, consistente en que se cumpla efectivamente un proceso y otro subjetivo, consistente en que el proceso sea realizado por un juez. De allí que, se considera que se ha violado el principio de juicio previo en lo objetivo cuando no se cumple con la oralidad o con la intermediación, cuando se hace uso de la prueba anticipada de manera injustificada o cuando se aceptan ficciones probatorias. Se violentará en lo subjetivo, cuando sean las autoridades administrativas las que apliquen sanciones por faltas, cuando el juez delegue sus funciones o cuando en los tribunales colegiados no se verifique la deliberación.

En lo que respecta al otro principio fundamental, esto es el principio de inocencia, reconocido ampliamente por los instrumentos de derecho internacional, Binder (1999) afirma que siendo la situación normal de un individuo la libertad, esta se conserva hasta tanto no se demuestre su responsabilidad penal. Las consecuencias que se derivan de este principio son: solo se puede declarar la culpabilidad mediante una sentencia construida jurídicamente, esta solo puede declarar al enjuiciado culpable o inocente y la culpabilidad requiere certeza ya que se aplica el principio según el cual en la duda se favorece al reo, por otra parte, el imputado no tiene que probar su inocencia, sino que corresponde al acusador demostrar su responsabilidad, por lo



que, debe dársele el trato de inocente hasta que se demuestre su culpabilidad, además no son inadmisibles las ficciones de culpabilidad.

De la garantía del juicio previo y principio de inocencia, según Binder (1999) se derivan la irretroactividad de la ley penal, el principio del juez natural, la imparcialidad e independencia judicial, la inviolabilidad del derecho a la defensa, la inadmisibilidad de la persecución múltiple, el derecho a no declarar contra sí mismo, la inviolabilidad del domicilio y la prohibición de tortura.

Por su parte, Claus Roxin (2000) eminente tratadista del derecho alemán, cuyo sistema procesal penal inspiró el que se acogiera en nuestro país, clasifica los principios del proceso penal en aquellos relativos a la iniciación del proceso, a la realización del proceso, probatorios y relativos a la forma.

Respecto a los principios relativos a la iniciación del proceso Roxin (2000) incluye el principio de oficialidad que determina que la persecución penal la realiza el Estado, en nuestro caso lo hace el Ministerio Público. El principio acusatorio según el cual lo que da inicio al proceso es la acusación. El principio de legalidad que en lo procesal obliga al Estado a perseguir los delitos. Igualmente, el principio del juez natural previsto en nuestro Código Orgánico Procesal Penal.

Los principios relativos a la realización del proceso son: el de investigación que obliga al Estado a averiguar los presuntos hechos punibles para establecer la verdad sin que se encuentre sujeto a los requerimientos de las partes ni a sus afirmaciones, ni se acepte el llamado procedimiento en rebeldía, esto es lo que en el proceso civil se denomina confesión ficta, el principio a ser oído conforme a la ley y el principio de celeridad.

En los principios relativos a la prueba Roxin (2000) incluye nuevamente el principio de investigación, agrega el de inmediación en la producción de la prueba, que determina que el juez debe presenciar la producción de la prueba y solo aquellos elementos probatorios cuya producción haya presenciado podrán fundamentar su sentencia. Así mismo incluye el principio de la libre valoración de la prueba y el principio *in dubio pro reo*.

Por último, en lo que respecta a los principios de las formas, el autor incluye la oralidad y la publicidad.

Julio Maier, discípulo de Roxin, cuya opinión resulta relevante en el presente trabajo pues junto con Binder, arriba reseñado, actuó como asesor de la Comisión Legislativa que adelantó en Venezuela la reforma del proceso penal, se refiere a los principios relativos al proceso y a sus fundamentos constitucionales cuando trata en su obra "Derecho Procesal Penal Argentino" (1989), sus conceptos resultan mayoritariamente aplicables en nuestro sistema nacional. Al abordar el tema Maier comienza por señalar cuales son los límites y la organización que deben aplicarse al poder penal del Estado, de manera de conformar lo que se denomina Estado de Derecho, una creación política en la que los derechos y garantías protegen a los individuos contra la utilización arbitraria de ese poder penal del Estado.

El autor analiza la necesidad del juicio previo y la de que el imputado sea tratado como inocente a lo largo de ese juicio, que pueda contar con una defensa libre y efectiva, que no pueda ser perseguido varias veces por una misma causa y que ese juicio se realice en cumplimiento de las formas esenciales de la oralidad y la publicidad. Igualmente, que en la búsqueda de la verdad esté prohibido el uso de medios de coerción contra el imputado y que se le garantice la privacidad del domicilio y de sus comunicaciones.

En lo que se refiere a las orientaciones que se deben tener en cuenta para la organización judicial, Maier (1989) incluye la independencia de los funcionarios que ejercen la administración de justicia, así como, su imparcialidad en la resolución del caso sometido a su conocimiento y la necesidad de que se respete el principio del juez natural y la conformación de los tribunales mediante la participación de ciudadanos como jueces no profesionales. Agrega que estos principios de organización representan la garantía de seguridad jurídica para el enjuiciado.

Montero Aroca (1997) analiza los principios del proceso penal y trata en primer lugar lo relativo a la aplicación del derecho penal, resaltando como existe una exclusividad en el ejercicio de la jurisdicción penal por parte del Estado a través de los tribunales, y solo mediante el proceso, lo que la diferencia de las otras ramas del derecho, lo que determina que las partes no puedan disponer de la pena y solo en supuestos especiales, como es el caso de los delitos de acción privada, la iniciación del proceso depende de la voluntad del ofendido. Todo ello genera la garantía jurisdiccional que forma parte del principio de legalidad en materia penal y el principio de necesidad que lo diferencia del proceso civil, en el sentido de que no depende de la discrecionalidad de las partes, sino que se le asignan esas funciones a una parte que es creación del propio Estado; el Ministerio Público a quien le corresponde la actividad preparatoria o de investigación que por su naturaleza es escrita, a la que sigue el juicio oral y público.

Dentro de esta exclusividad del Estado Montero Aroca (1997) llama la atención sobre el principio de oportunidad que permite al Ministerio Público disponer en casos especiales del ejercicio de la acción penal, a pesar de que se haya demostrado la comisión de un delito, ello por razones de economía de recursos y política criminal. Respecto al titular de la jurisdicción, sobre la base del principio de que quien investiga no puede juzgar, propone el principio de imparcialidad. En cuanto al ejercicio de la acción su titularidad se atribuye al Ministerio Público, pero anota que a los particulares debe reconocérseles su legitimación para instar la persecución de los delitos.

En cuanto a los principios relativos a la actuación de las partes, el autor incluye el derecho a la defensa, el principio de contradicción y el de igualdad. Respecto a las pruebas resalta el principio de inocencia, la no obligación de declarar por parte del imputado, la búsqueda de oficio de la prueba por parte del juez con el fin de descubrir la verdad y su libre valoración. En cuanto al derecho al recurso, Montero Aroca (1997) afirma que es un derecho que debe ser conferido a todas las partes del proceso y que además debe estar prevista la doble instancia.

Para Carlos Creus (1996) existen en la legislación argentina unos principios generales que rigen el derecho procesal penal y que tienen su base en la propia Constitución lo que los hace de obligatorio cumplimiento no solo para los funcionarios que administran justicia sino igualmente para el legislador. Estos principios con rango constitucional son la necesidad del proceso penal, la ley previa y el juez natural, el debido proceso y el derecho a la defensa, el principio de inocencia, la prohibición de persecución múltiple, la limitación a la coerción personal durante el proceso, el principio *in dubio pro reo* y la interpretación restrictiva de las normas relacionadas con la privación de libertad.

En lo que respecta a la iniciación del proceso incluye los principios de legalidad y de oportunidad. De acuerdo al primero los organismos del Estado están obligados a investigar y perseguir cuando tengan conocimiento de la comisión de un delito, por el contrario, el segundo permite que el titular de la acción penal puede en ciertos casos dejar de ejercerla por razones de interés social, posibilidades prácticas de lograr resultados o condiciones económicas o situación de las partes. En cuanto a los principios que rigen la mecánica de los actos del proceso Creus (1996) señala la inmediación, la oralidad, la publicidad y la concentración.

Después de revisar la Doctrina, la conclusión a la que se puede llegar en lo que respecta a los principios y garantías del proceso penal, es que los criterios que se manejan en esta materia, tanto en sistemas americanos como europeos, siguen pautas semejantes. Efectivamente, dado el reconocimiento de los principios y garantías fundamentales en el proceso penal, muy especialmente el derecho a un juicio previo y la presunción de inocencia en los diversos instrumentos internacionales, como la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana de los Derechos Humanos, así como la cada vez mayor generalización de las doctrinas democráticas que defienden el respeto de los derechos fundamentales y la necesidad de limitar el poder del Estado, es posible encontrar generales coincidencias respecto a la mayoría de los principios y garantías que presiden el proceso penal.

La finalidad que persiguen estas disposiciones fundamentales en el ordenamiento jurídico de las naciones, es garantizar a todos aquellos que ingresen a la esfera punitiva del Estado, que solo será posible imponer una sanción, una vez que se haya realizado un juicio imparcial, en el que se hayan respetado los derechos del imputado, muy especialmente su derecho a la defensa y se hayan verificado correcta y oportunamente los trámites y formalidades que la Constitución y la ley han considerado apropiados para generar el más justo y equilibrado escenario en el que se desenvuelva el proceso penal.

### **3. Los principios y garantías del proceso penal en la Constitución**

Los principios constitucionales nos informan acerca de la razón y fundamento de las normas que regulan el funcionamiento de las instituciones que conforman la dinámica procesal, pero además nos proporcionan las referencias necesarias para interpretar las normas legales, con lo que nos hacen posible resolver situaciones de supuestos legales aparentemente no contemplados o conflictos entre disposiciones legales, es a través de ellos que podemos tener una visión general del sistema procesal. Le corresponde a la ley desarrollar los principios y plasmarlos en las normas que le dan estructura al sistema procesal penal, esta estructura está concebida como el medio para lograr establecer la verdad por medios legales y respeto a los derechos humanos, es sobre la base de la verdad establecida en el proceso que se permite impartir justicia resolviendo el conflicto que se genera en la sociedad cada vez que se violentan las reglas establecidas en las normas penales.

La Constitución no se limita a declarar los derechos fundamentales, sino que establece una serie de requisitos destinados a hacerlos efectivos, es el incumplimiento de esos requisitos lo que produce la nulidad de los actos que violan el derecho, los principios dejan de ser entonces meras declaraciones de intención y se hacen efectivos, eso solo ocurre cuando están eficazmente garantizados.

Como ya se ha señalado, después de la promulgación de la Constitución de 1999, no se puede explicar el proceso penal sin tener en cuenta la Constitución, en sus normas esta la base y el fundamento del sistema. Si bien la Constitución en su integridad es el soporte conceptual de nuestra dinámica social y sus principios y valores nos brindan un marco de referencia para la interpretación de las instituciones que conforman el proceso penal, son básicamente las disposiciones contenidas en los artículos 44 y 49, que se refieren a la libertad personal y las garantías del proceso respectivamente, las que de manera más directa contienen los preceptos aplicables al tema procesal penal. A ellas habría que agregar el artículo 46 referido a la integridad física, psíquica y moral, así como los artículos 25, 138, 139 y 285 que tratan el tema de la nulidad de los actos, la usurpación de funciones, la responsabilidad de los funcionarios y las atribuciones del Ministerio Público. Por último, es importante ocuparnos del artículo 257 de la Constitución que se refiere a las formalidades en el proceso. De seguidas procederemos a reseñar y analizar estos principios y garantías de rango constitucional que configuran las bases del proceso penal.

#### **3.1. Libertad personal**

Contemplada en el artículo 44 que establece el principio de la inviolabilidad de la libertad personal, dentro del título correspondiente a los Derechos Humanos y Garantías, en el capítulo referido a los derechos civiles, coloca en segundo lugar e inmediatamente después del derecho a la vida, el dere-

cho a la libertad personal. Esa ubicación indica el reconocimiento expreso que el constituyente hace de la libertad como valor supremo y derecho de toda persona. Se trata de un valor fundamental, así se evidencia del texto del artículo 1º de la Carta Magna, que se ratifica en el artículo 2º, cuando dispone que Venezuela como Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, entre otros la libertad.

Nuestra Carta Magna, igualmente fija los límites de este derecho, a los que se somete toda persona en el desarrollo de sus actividades, que no es otro que el del respeto a los derechos de los demás y el orden impuesto por la Constitución y las leyes; así lo dispone el artículo 20: *"Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social"*.

Ahora bien, el texto del artículo 44 de la Constitución se circunscribe a la protección de las personas frente a los actos ilegítimos del poder que están destinados a impedir su desplazamiento, sometiéndolo a permanecer en el sitio o lugar que señale la autoridad. De allí que debemos concluir, que en principio la libertad a la que se refiere el artículo 44, es aquella que se vulnera a través de la reclusión de la persona por parte de una autoridad con lo que se le impide desplazarse a voluntad. En el mismo sentido, se contempla el derecho en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 7, numeral 2º dispone de manera expresa *"Nadie puede ser privado de su libertad física"*.

La Constitución dispone la inviolabilidad del estado de libertad, con la única excepción relativa a la comisión de delitos, sólo en esa situación será legítimo privar a una persona de la libertad y aun en ese caso, sólo podrá practicarse la aprehensión de aquel que se sorprenda cometiendo un delito o cuando se haya dictado en su contra una orden judicial. Podríamos decir que nuestra normativa constitucional es clara y no deja lugar a dudas, el derecho a la libertad personal está no solo expresamente reconocido, sino que además es desarrollado en la propia Carta Magna que dispone una serie de reglas destinadas a garantizar un derecho al que se le reconoce la más alta jerarquía, sólo superada por el derecho a la vida.

En ese sentido el artículo 44 dispone que una vez practicada la aprehensión o ejecutada la orden judicial, la persona detenida deberá ser presentada ante un juez, en un término que no puede exceder las cuarenta y ocho horas contadas a partir de su detención. Por otra parte, dispone la Constitución que en el caso en que alguien sea sometido a juicio, se le juzgará en libertad y sólo en presencia de alguna de las razones legales que así lo autoricen, se le podrá privar de la misma durante el proceso. En el caso de que sea procedente constituir una caución de tipo patrimonial como requisito para acordar la libertad de un detenido, este pago no causará impuesto alguno.

Respecto a la privación de la libertad del imputado durante el proceso, el Código Orgánico Procesal Penal establece que esta debe ser absolutamente excepcional y sólo se justifica en los casos en que se encuentre de-

mostrada la comisión de un hecho punible y existan elementos que vinculen al imputado con el delito; pero además debe estar presente el peligro de fuga o de obstaculización del proceso. En tal sentido, debe existir una sospecha seria de que el imputado pudiera sustraerse del proceso y con ello hacer imposible que este se verifique, puesto que no es posible un procedimiento en ausencia, o presentarse el peligro de que el imputado obstaculice la búsqueda de la verdad dentro del proceso. En ambos casos se trata de proteger la efectiva realización del proceso y la verificación y cumplimiento de los fines que este persigue.

Aun en estos casos, el legislador señala una serie de parámetros acerca de las circunstancias en las cuales el juez debe entender que se configuran el peligro de fuga o de obstaculización, así lo hace en el Código Orgánico Procesal Penal. Estas disposiciones guían al juez, le brindan elementos objetivos para basar su decisión y evitan que ella responda a razones subjetivas o caprichosas del operador de justicia. Ello quiere decir que esta medida, que dentro del proceso debe considerarse extrema, tiene exclusivamente fines procesales, ya que lo que se persigue cuando se acude a ella es precisamente preservar el proceso, de allí que nunca pueda utilizarse como sanción anticipada o como un medio de presión para obtener la verdad.

Dispone además la norma constitucional que una vez detenida una persona, nacen para ella una serie de garantías destinadas a hacer efectivo el derecho a la libertad, relacionadas con la información personal y para sus allegados, así establece el derecho del privado de libertad de comunicarse con sus familiares y con el abogado de su confianza, a quienes se les debe informar del lugar donde permanece detenido. Igualmente, el privado de libertad debe ser informado de los motivos de su detención, debe quedar constancia de su estado físico y psíquico, así como del registro de su detención, dejando constancia de su identidad, lugar, hora y condiciones de su aprehensión, y la identidad de los funcionarios que la practicaron. En el caso de los extranjeros deberá notificarse a la correspondiente autoridad consular.

El mismo artículo declara que en nuestro país no existen penas perpetuas ni infamantes y que estas no pueden exceder de treinta años de duración. El funcionario que practique la detención está obligado a identificarse. Dispone además la norma, que toda detención cesará después de dictada la orden de excarcelación o una vez cumplida la pena.

### **3.2. Garantías procesales**

Contempladas en el artículo 49 de la Constitución se encuentran una serie de garantías aplicables en el curso del proceso, podríamos decir que este artículo viene a ser la piedra angular sobre la que se sustenta nuestro proceso penal, aquí se encuentran previstas las disposiciones que constituyen la razón de las diferentes estructuras del proceso, así como de las cargas y derechos de los sujetos procesales.

a. En primer lugar, el ordinal 1º del artículo 49 contempla el derecho a la defensa, consagrándolo como derecho inviolable durante toda la investigación y el proceso, disponiendo una serie de garantías que lo hacen efectivo, ya que un principio solo se hace efectivo cuando se establecen una serie de requisitos dentro del proceso destinado a garantizarlo. Que el constituyente haya precisado que el derecho a la defensa asiste al imputado desde la investigación reviste gran importancia, pues es notorio que es en esta etapa donde suelen cometerse la mayoría de las violaciones a los derechos humanos. La investigación es parte del proceso y las garantías procesales tienen plena vigencia durante su desarrollo, ello a pesar de que el encargado de llevarla a cabo no es un órgano del Poder Judicial, sino que lo hace el representante del Ministerio Público, cuyas actuaciones están sometidas a la vigilancia del Juez de Control que no actúa por iniciativa propia, sino solo cuando es requerido por las partes en el proceso.

Así mismo, el constituyente dispone que las personas sometidas a un proceso deben contar con el tiempo y los medios para desarrollar su defensa, no se trata de la designación meramente formal de un abogado que le asista, es necesario que se le confiera al imputado tiempo para que su abogado conozca y analice los elementos que conforman la imputación en la etapa de investigación, así como, en su oportunidad, de la acusación, de las pruebas ofrecidas en su contra, de los pronunciamientos judiciales que le afectan, en fin, de cualquier actuación dentro de la causa, para de ese modo, tener la posibilidad de ofrecer los argumentos y apoyos jurídicos en favor de su defensa mediante los medios, recursos y herramientas jurídicas que le permitan su ejercicio.

Igualmente, se establece el derecho a conocer los cargos que se formulan en su contra, pues solo sobre la base de ese conocimiento puede argumentar en su favor. En ese mismo sentido, el derecho a acceder y consecuentemente conocer los elementos de convicción y las pruebas que lo incriminan o exoneran como autor o partícipe del delito. Respecto a las pruebas, el constituyente establece la máxima garantía en favor del imputado pues dispone la nulidad de todas aquellas que hayan sido obtenidas violando el debido proceso, en materia penal esto significa que las pruebas no solo deben haber sido obtenidas respetando los derechos humanos y los trámites procesales correspondientes, sino igualmente, que estas hayan sido incorporadas al proceso debida y oportunamente, respetando los principios de oralidad, publicidad, inmediación y concentración que rigen nuestro sistema procesal penal. Por último, el desarrollo adecuado del derecho a la defensa requiere que se establezcan dentro de la dinámica procesal recursos que permitan impugnar los pronunciamientos judiciales que le perjudiquen.

b. El ordinal 2º del artículo 49, establece la presunción de inocencia, principio capital dentro del proceso penal, tanto así que Binder (1999) considera que es sobre la presunción de inocencia y el debido proceso que se apoyan el resto de los principios y garantías procesales penales. Efectivamente, de la presunción de inocencia deviene la garantía de la libertad porque no puede admitirse que alguien que se considera inocente pueda privár-

selo de libertad durante el proceso cuando aún no se ha demostrado y declarado su responsabilidad. De allí también, surge el derecho a la defensa, pues si se lo considera de antemano culpable, no habría ninguna razón para oírlo y permitirle exonerarse o justificarse.

La presunción de inocencia opera durante todo el proceso hasta que esclarecidos los hechos, eventualmente se establezca y declare la responsabilidad del imputado, pero en una de las etapas donde es más relevante este principio es en la etapa probatoria, pues a diferencia del proceso civil en el que a cada una de las partes le corresponde probar sus argumentos, en el proceso penal es al acusador al que le corresponde destruir por las vías legales la presunción de inocencia que ampara al señalado como autor o participe de un hecho punible, de no haberse destruido por la vía probatoria la presunción de inocencia esta prevalece y debe absolverse al imputado.

c. El ordinal 3º del artículo 49 reúne una serie de garantías relativas al trámite procesal, pues dispone el derecho a ser juzgado por un tribunal con competencia para conocer de los hechos objeto del proceso, lo cual implica que se cumplan las normas legales relativas a la competencia por el territorio, materia y conexidad. Ese tribunal, además, debe gozar de independencia e imparcialidad, lo que quiere decir que como órgano del Poder Judicial, otros poderes del Estado no pueden influir ni girarle instrucciones y que en el conocimiento de la causa no puede tener un interés diferente a aquel que representa el cumplimiento del derecho y la administración de justicia.

Para Bovino (1998), el contenido de la imparcialidad está constituido en sentido genérico por la objetividad en la actividad jurisdiccional y el apego a la ley, que posibilitan un juicio justo, pero además implica que la sentencia se debe fundar exclusivamente en la prueba válidamente producida en el debate. En el proceso penal en particular, la imparcialidad se traduce en que el funcionario que realiza la investigación es distinto a aquel al que le corresponde juzgar.

Igualmente, el constituyente precisa que ese tribunal debe haber sido establecido con anterioridad, lo que significa que debe ser anterior a la comisión del hecho punible que ha de conocer, con lo que, se prohíbe la creación de tribunales especiales para el conocimiento de un caso particular, lo que indiscutiblemente afecta la percepción de su independencia e imparcialidad.

El Tribunal durante el proceso debe permitir y garantizar al imputado ser oído cada vez que corresponda legalmente y cuando este lo considere procedente a los fines de su defensa, todo dentro de los plazos razonables, de allí que resulta contrario a la norma constitucional retrasar su comparecencia cuando corresponda o lo solicite. Así mismo, en el caso de que el imputado no comprenda o no pueda expresarse en el idioma castellano, se dispone que se le provea de un intérprete que le permita comunicarse con el tribunal y conocer lo que otros expresen dentro del proceso.

d. El ordinal 4º del artículo 49, ratifica en cierta forma parte de las garantías anotadas en el ordinal anterior respecto a los requisitos que debe



reunir un tribunal para gozar de legitimidad, pues consagra el principio del juez natural, algunos de cuyos caracteres fueron arriba enunciados, pues ciertamente este principio garantiza que nadie puede ser juzgado por un tribunal cuya existencia no fuere anterior a la comisión del delito que ha de conocer. La disposición recalca que el principio del juez natural rige en la jurisdicción ordinaria, pero también en las especiales. Respecto a las jurisdicciones especiales es oportuno anotar que no es admisible adjudicar el conocimiento de una causa a un tribunal de una jurisdicción especial creada con posterioridad a la comisión del delito y que también son ilegítimas aquellas jurisdicciones especiales que responden a criterios discriminatorios y que por ende atentan contra el principio de igualdad procesal.

El concepto de Juez Natural surge en la antigüedad a fin de garantizar a los justiciables que serían juzgados por personas idóneas para desempeñar esa tarea, individuos conocidos y respetados por la comunidad, que además conocían los usos y costumbres de esa sociedad en particular. No puede desligarse el concepto de juez natural de la idoneidad de la persona que desempeña el cargo, pues su función es de tal importancia no solo para aquel que está sometido al poder punitivo del Estado representado por el titular del tribunal, sino igualmente, para los miembros de la comunidad que aspiran gozar de la paz que solo una justicia legítima y apegada a la Constitución y la ley les puede proporcionar, así lo señala Binder (1999):

...no resulta correcto el hecho de desligar el principio del Juez Natural de la persona física del juzgador. La justicia, en especial la justicia penal, es un poder eminentemente personalizado, pensado para ser desarrollado a partir de determinadas personas con nombre y apellido (p. 147).

Por esa razón, también atentan contra el principio del juez natural las maniobras que se realizan desde los órganos del poder para cambiar por otra, la persona que ejerce el cargo de juez en un determinado tribunal en el que cursa un caso particularmente relevante desde el punto de vista político, social o económico, ello con la evidente intención de que sea ese nuevo funcionario, que goza de mayor confianza respecto a los intereses de quienes lo designaron, el que conozca el caso. Pero también se lesiona este principio con el uso abusivo e injustificado de instituciones como el avocamiento y la radicación, que persiguen sustraer los casos del conocimiento del tribunal que originalmente debería conocerlo, para atribuírselo a otro que se considera afín con los propósitos ilegítimos que se persiguen. Es por estas razones que la doctrina suele relacionar este tema con el de los métodos de elección y designación de los jueces y la estabilidad de los funcionarios judiciales (Silva de Vilela, 2013).

Tan es cierto que la actividad de juzgar está íntimamente relacionada con la persona misma que ejerce esa función, que la Constitución en el ordinal 4º del artículo 49 que nos ocupa, exige que el justiciable tenga el derecho de conocer la identidad de quien lo juzga, a tal efecto en el desarrollo de esa garantía el Código Orgánico Procesal Penal dispone la llamada competencia subjetiva, mediante la que se crean las figuras procesales de la inhibición y recusación y se establecen las normas que regulan las situaciones en las que el juez encargado de conocer un caso, aun cuando reúna todos

los requisitos legales exigidos para el desempeño del cargo, sin embargo, tiene interés particular en el mismo o está en una determinada situación que le impide garantizar su imparcialidad.

De la misma manera y por las mismas razones que buscan garantizar un proceso justo en manos de un funcionario independiente e imparcial, expresamente la Constitución prohíbe los tribunales de excepción y las comisiones ad-hoc. La razón por la cual el constituyente ratifica el derecho a ser juzgado por el juez natural que tantos y exigentes requisitos debe cumplir, es que a dicho funcionario le corresponde hacer realidad un interés del más alto valor ético en un estado democrático; que las personas sean procesadas y juzgadas en un escenario en el que se respeten las garantías previstas en la Constitución y la Ley.

e. El ordinal 5º del artículo 49, establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, es lo que en el argot judicial y policial se conoce como “precepto constitucional”, pues existe la obligación legal de poner de manera expresa en conocimiento a todo aquel que declara en calidad de imputado de la presente disposición, ello con el fin de que decida si está dispuesto a declarar o no y en caso negativo “acogerse al precepto constitucional”. Se trata de salvaguardar las más íntimas e importantes relaciones familiares de lealtad para los seres humanos, las que frecuentemente le impiden poner en evidencia ante un funcionario judicial o policial su propia conducta delictiva o la de sus parientes cercanos. Sin embargo, esto no impide que si el imputado en esta situación decide declarar pueda hacerlo, eso sí, siempre en presencia de su abogado defensor.

Esta disposición se relaciona con la siguiente pues en caso de que alguien declare contra sí mismo, ósea confiese; esta declaración solo tiene validez legal si se rinde libre de todo tipo de coacción. Es procedente anotar que esta es la única norma que regula la confesión en el proceso penal, pues el Código Orgánico Procesal Penal no se refiere a esta posibilidad dentro de su texto, probablemente para evitar la tentación de hacer uso de este medio de prueba, importantísimo en los sistemas inquisitivos, pero poco confiable en un sistema como el nuestro, diseñado para garantizar los derechos humanos.

f. El ordinal 6º del artículo 49, contiene un principio clásico y fundamental en el derecho procesal penal, *Nulla pena sine lege*, es el principio de legalidad sustantiva, nadie puede ser condenado por un hecho que la ley no contemple como ilícito. Para Ferrajoli (1998) este es uno de los principios que define el modelo garantista de derecho, una de las reglas del juego fundamentales en el derecho penal, que si bien fue elaborado como principio moral y político por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII como límite al poder absoluto, aún conserva su vigencia, de manera que ha sido incorporado a las constituciones del moderno Estado de Derecho.

Ferrajoli lo considera el primer postulado del positivismo jurídico pues solo las leyes dicen lo que es delito, no la moral ni otras fuerzas externas, pero además, las leyes solo dicen lo que es delito, pues no se ocupan por

ejemplo, de lo que es pecado. Este principio por lo demás, representa una condición necesaria para que sea posible aplicar una pena, aunque en su criterio, el principio no expresa lo que efectivamente ocurre en un sistema penal, sino más bien, como debería ser ese sistema. Cuando un sistema es efectivamente garantista supone adoptar este y otros principios fundamentales como valores normativamente tutelados. En definitiva, toda condena por una conducta no tipificada como ilícita por la ley, es una condena ilegítima, viciada de nulidad absoluta.

**g.** Por su parte, el ordinal 7º del artículo 49 contempla la institución de la cosa juzgada, con esta disposición se establece un límite definitivo al poder punitivo del Estado, si bien este asume la potestad de castigar la comisión de los delitos, tiene una y única oportunidad para hacerlo, pues una vez que ha proferido una sentencia y esta se encuentra definitivamente firme, debe respetar ese resultado y no le es posible someter al mismo individuo, por los mismos hechos a un nuevo proceso. La única excepción la representa el recurso de revisión contemplado en el Código Orgánico Procesal Penal que permite que una sentencia definitivamente firme pero que presuntamente es injusta pues no se ajusta a la verdad, a tenor de lo que se desprende de elementos o circunstancias que se han conocido con posterioridad al pronunciamiento judicial, sea anulada y se dicte una nueva sentencia apegada a la verdad y que haga realidad la justicia. Es importante anotar que solo procede el recurso de revisión en favor del condenado y nunca para castigar a alguien que de manera definitiva ha sido declarado inocente.

...la posibilidad de anular a través del recurso de revisión la cosa juzgada, nos lleva a reflexionar acerca de la existencia de un verdadero Estado de Derecho y de la improcedencia de que este haga uso del proceso penal como una constante amenaza contra los ciudadanos; de allí que no solo existen límites en el tiempo para ejercer la acción penal y perseguir los hechos punibles, sino que igualmente tampoco es posible pretender juzgar nuevamente aquellos asuntos sobre los cuales ya ha recaído una sentencia firme (Silva de Vilela, 2003, p. 391).

**h.** Por último, el ordinal 8º del artículo 49, que tan fundamental resulta respecto a la configuración del proceso penal, contiene las previsiones relativas a la responsabilidad en la que incurren los juzgadores sea cual fuere su jerarquía dentro del sistema de justicia. Esta responsabilidad deriva de lesiones provocadas por errores judiciales, retardo procesal u omisiones injustificadas. En estos casos el particular afectado tiene el derecho de solicitar el restablecimiento o reparación de la situación jurídica afectada y además de exigir la responsabilidad personal del funcionario judicial y según lo dispuesto en la norma, también el Estado tiene el derecho de actuar contra dicho funcionario.

Esta responsabilidad deriva de lo dispuesto en la propia Constitución que establece que el ejercicio del poder público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder, así como, por violación a la Constitución y a la ley. En razón de esta responsabilidad, el Estado tiene la obligación de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares como consecuencia de la actuación de sus funcionarios. En lo que respecta específicamente a los jueces, estos son responsables por

error, retardo u omisiones injustificadas, así como por inobservancia de las normas procesales, por denegación de justicia, por actuar en los procesos de manera parcializada y por la comisión de los delitos de cohecho y prevaricación en el ejercicio de sus funciones. Así se desprende de las normas contenidas en los artículos 139, 140 y 255 de la Constitución.

### **3.3. Integridad física, síquica y moral de las personas**

El artículo 46 de la Constitución garantiza la integridad física, síquica y moral de las personas.

a. Se prohíbe la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como la imposición de penas que tengan esas mismas características. Toda persona que haya sido víctima de estas violaciones a sus derechos, tiene derecho a su rehabilitación, cuando estos hayan sido cometidos o tolerados por agentes del Estado.

Es indudable que cuando en el curso de cualquiera de las etapas del proceso se cometen estas graves violaciones a los derechos humanos, toda la información, elementos de convicción o pruebas obtenidas por esos medios carecen en absoluto de valor y las actuaciones que de ellas deriven están igualmente viciadas de nulidad. Así la sentencia condenatoria fundamentada en esos elementos es nula, sin embargo, cuando se dicta una sentencia absolutoria en favor del acusado, no puede anularse sobre la base de estas violaciones, pues no se puede hacer uso de la violación de los derechos del imputado para perjudicarlo, así lo dispone el Código Orgánico Procesal Penal.

b. Igualmente dispone el artículo 46 en su ordinal 2º que las personas privadas de libertad deben ser tratadas con respeto a su dignidad humana, esto quiere decir que no solo deben respetarse sus derechos previstos en la Constitución y la ley, sino que también debe recibir el trato compatible con su condición humana.

c. El ordinal 3º prohíbe someter a las personas a experimentos científicos, exámenes médicos y de laboratorio sin su consentimiento, salvo que se encuentre en peligro la vida o porque la ley expresamente lo autorice.

En el marco del proceso penal, esta disposición se relaciona con las experticias, inspecciones oculares y exámenes médicos ordenados generalmente en la fase preparatoria, como diligencias tendientes a dejar constancia de la comisión de un delito y la responsabilidad penal. Se produce así una situación de tensión entre el derecho constitucional de no ser sometido a estas pericias sin el consentimiento del imputado o testigo y el interés legítimo de esclarecer los hechos punibles, sobre todo en los casos en que el examen requiere una intervención física de cierto nivel en la persona del imputado, como sería la extracción de fluidos.

Al respecto Binder (1999) opina que, si bien el imputado no está obligado a aportar elementos que lo incriminen, cuando se trata de exámenes, experticias o inspecciones que deben realizarse sobre su persona, hay que

tener en cuenta que el elemento obtenido no ingresa al proceso a través del imputado sino por la deposición del experto. En este tema podría considerarse la interpretación de la expresión del constituyente dentro del texto del ordinal 3º “...o por otras circunstancias que determine la ley” como una posibilidad para legitimar estas intervenciones científicas en el proceso penal, pero debe admitirse que en este asunto la solución no es fácil y que los elementos probatorios obtenidos a través de intervenciones físicas en la persona del imputado que se realizaren sin su consentimiento estarían eventualmente viciadas de nulidad.

d. El ordinal 4º del artículo 46 ordena que sean sancionados de acuerdo con la ley, los funcionarios que en razón de su cargo maltraten a una persona o le provoquen sufrimientos físicos o mentales o cuando instiguen la ejecución de esos maltratos o los toleren. Se trata de la comisión de un hecho punible por parte del funcionario, en ejercicio de sus funciones, de allí que procede en su contra no solo una sanción disciplinaria sino igualmente su procesamiento penal.

### **3.4. La nulidad de los actos del Poder Público**

Se hace necesario también examinar el texto de los artículos 25 y 138 de la Constitución que disponen la nulidad de los actos del poder público cuando estos violen los derechos constitucionales y la responsabilidad de los funcionarios que los ejecuten, sin que sea admisible la excusa de que responden a órdenes superiores. Igualmente y en razón de que la propia Constitución establece que toda autoridad usurpada es ineficaz, los actos que dimanen de la autoridad usurpada se considerarán nulos.

La nulidad es la más severa sanción que el derecho aplica a los actos procesales, pues determina su inexistencia cuando se ejecutan en contravención de la Constitución y violando las normas contempladas en el ordenamiento jurídico, con ello lo que se impide es que surtan efecto. En el proceso penal se contemplan las sanciones de la nulidad, cuando el acto ya ingresó al proceso y la inadmisión cuando aún no ha ingresado y pretende incorporarse a la causa.

### **3.5. Ministerio Público**

Dentro de los principios del proceso penal contemplados en la Constitución, es importante tratar las atribuciones del Ministerio Público establecidas en el artículo 285 de nuestra Carta Magna, sobre todo por las implicaciones que esta disposición tiene en el tema relacionado con la posibilidad de que la víctima ejerza la acción penal en el procedimiento ordinario previsto para los delitos de acción pública, con prescindencia de la actuación del Ministerio Público.

El artículo 285 le atribuye al Ministerio Público la obligación de garantizar en los procesos judiciales el respeto a los derechos y garantías contemplados en la Constitución y en los tratados, convenios y acuerdos interna-

cionales, igualmente garantizar la celeridad y la buena marcha de la administración de la justicia, el juicio previo y el debido proceso. Eso quiere decir que el Ministerio Público es el órgano del Poder Público encargado de hacer operativas dentro del proceso las garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que constituye una misión del más alto nivel dentro de la organización del Estado y lo que lo convierte en el apoyo más importante con el que deberían contar los individuos, para hacer realidad sus derechos y restablecer a su favor las situaciones que les perjudiquen cuando estas sean resultado de la violación de la Constitución o la ley.

Por otra parte, le corresponde al Ministerio Público ordenar y dirigir la investigación en los procesos penales y ejercer en nombre del Estado la acción penal cuando no fuere necesaria la instancia de parte, con las excepciones expresamente establecidas en la ley. Por ello se dice que el Ministerio Público tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal, pues no solo investiga y recaba los elementos para establecer la comisión de los delitos y la responsabilidad de los autores y partícipes sino que igualmente le corresponde instar a los órganos del Poder Judicial para que inicien y tramiten los procesos, así como, darles seguimiento en representación del interés de las víctimas y de la sociedad en general, para que sean castigados los culpables de la comisión de los hechos punibles.

El Ministerio Público aparece como una institución fundamental dentro de la estructura del proceso penal, con su incorporación en el proceso a partir de los siglos XV y XVI se busca garantizar la imparcialidad de los jueces, al conferírsele la función de ejercitar la acción penal, con ello se persigue la ausencia de perjuicios por parte del juzgador. Así mismo se pretende evitar la impunidad como consecuencia de la inacción de la víctima y garantizar la efectividad de la persecución penal, dado el deber que tiene el Ministerio Público de investigar y perseguir todo hecho con apariencia delictiva (Armenta Deu, 1995).

También le corresponde al Ministerio Público intentar las acciones legales para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, militar, penal, administrativa o disciplinaria en la que incurran los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Vista esta facultad se hace evidente la importancia que reviste que esa institución este dirigida por una persona no solo competente y de alto nivel moral, sino que igualmente, sea totalmente independiente e imparcial, de manera que este desvinculada de intereses extraños a la justicia, sean estos de carácter político, social o económico, pues siendo el Ministerio Público una organización jerarquizada todos los funcionarios actúan en representación o delegación del Fiscal General.

El artículo 285 establece que al Ministerio Público puede conferírsele cualquier otra atribución que le asigne la Constitución y la ley, con lo que se deja abierta la posibilidad de ampliar sus facultades. Para concluir, en su último aparte, el artículo 285 dispone que el ejercicio de estas facultades por parte del Ministerio Público no menoscaba el ejercicio de los derechos de los particulares y de otros funcionarios públicos, se trata aquí, desde nuestra perspectiva, de depositar en esta institución el protagonismo en el desem-

peño de las importantes funciones dentro del proceso, precisamente en beneficio de los individuos y no para menoscabar sus derechos y acciones o las de otros funcionarios. De forma que los derechos y acciones en cuyo ejercicio los particulares y funcionarios no pueden ser menoscabados son aquellos que expresamente les confiere la Constitución y la ley.

### **3.6. Finalidad del proceso**

Por último, pero no menos importante, es necesario referirnos al artículo 257 de la Constitución como norma de capital importancia pues contiene no solo la finalidad que deben perseguir los procesos legales, sino igualmente, las bases sobre las cuales debe estructurarse el procedimiento. Respecto a la finalidad, la Constitución establece que el proceso es el instrumento fundamental para la realización de la justicia, es ese el fin que justifica la intervención del Estado, hacer justicia, cumpliendo con su obligación y compromiso frente a la sociedad de crear mecanismos que hagan posible garantizar los derechos y dar a cada uno lo que le corresponde. En lo que respecta a la finalidad del proceso el artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal se ajusta a esta disposición, pues determina que el proceso penal debe establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, y la justicia en la aplicación del derecho, finalidad a la que habrá de atenerse el juez al decidir.

No es legítimo convertir el proceso en instrumento político para controlar y anular al adversario, ni en medio de dominación social para profundizar las desigualdades, ni en mecanismo para obtener beneficios económicos, su finalidad es la justicia que se imparte sobre la base de la verdad obtenida a través de medios jurídicos respetuosos de los derechos humanos, estas son las reglas básicas para la actuación de los funcionarios judiciales, sea cual fuere su jerarquía y competencia dentro de la estructura del Poder Judicial.

El artículo 257 se refiere también de manera directa a las líneas generales que deben regir en el trámite procesal. Así establece que en ellos debe imperar la simplificación, la uniformidad y la eficacia, en razón de lo cual se deben adoptar formas procedimentales relativas a la brevedad, la oralidad y la publicidad, reglas estas que ya han sido adoptadas por lo menos en lo que se refiere a lo legislativo en la jurisdicción penal y laboral pero que deben dar lugar a futuras reformas en otras áreas del derecho.

En lo que se refiere al proceso penal, estas reglas están reflejadas de manera diáfana en la estructura del procedimiento, pero para nuestra frustración, en nuestra realidad en muchos casos estos principios en la práctica se ignoran o distorsionan. En todo caso, los principios contemplados en esta norma se enlazan con lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal, que los desarrolla a través de sus artículos iniciales, del 1 al 23, que por su naturaleza están destinados a hacer efectivo el mandato constitucional.

Para cerrar, el artículo 257 establece un principio destinado a cambiar de manera determinante nuestra realidad judicial, pues dispone que no se sacrifique la justicia por la omisión de formalidades no esenciales. Por lo menos en lo que se refiere al área penal, esta prevalencia que se daba a formalidades carentes de valor efectivo dentro del proceso era la causa de innumerables injusticias. Las excesivas formalidades son propias del sistema inquisitivo que fue sustituido en nuestro país con la reforma del proceso penal efectuada en 1998 que buscó la simplificación del proceso despojándolo de esas formalidades inútiles, a las cuales en el pasado, se echaba mano para generar sucesivas reposiciones inútiles de la causa, no solo para perjudicar al procesado sino igualmente para dilatar y relevar al juez de su obligación de dictar sentencia definitiva en las causas sometidas a su conocimiento.

Sin embargo, no podemos perder de vista, como pareciera que algunos lo han hecho, que si bien hay formalidades inútiles, también el proceso requiere contemplar otras formalidades que resultan esenciales y que están previstas para garantizar el derecho de las partes. Así por ejemplo la existencia de lapsos para impugnar las decisiones tiene por objeto garantizar la seguridad jurídica y que la dinámica procesal se desarrolle dentro de un prudente espacio de tiempo. Asimismo, que las pruebas se produzcan en audiencia pública y de manera oral, garantiza la publicidad y que estas puedan ser conocidas y controladas por todas las personas involucradas en el proceso.

Como lo señala Binder (2000) en su obra sobre el incumplimiento de las formas procesales, en el sistema inquisitivo los trámites son un modo de ejercicio del poder, por lo contrario, en un proceso donde lo prioritario es la garantía de los derechos humanos, *“las formas permanecen subordinadas a los principios porque solo son garantías del cumplimiento de esos principios”* (p. 92). El proceso con las formalidades que le acompañan son las herramientas para hacer efectivos los principios y valores fundamentales que son la base de la propia Constitución y cuya vigencia dentro del proceso penal está garantizada, precisamente por las formalidades. De allí que, como el mismo constituyente lo reconoce, hay que distinguir entre formalidades inútiles y aquellas que no lo son. Las inútiles no son esenciales y por ello no pueden dar lugar a que por reafirmarlas se sacrifique la justicia, pero las esenciales, que tienen su razón de ser en la salvaguarda de los principios, son precisamente las que garantizan la justicia.

#### **4. Los principios y garantías del proceso penal en el Código Orgánico Procesal Penal**

##### **4.1. Juicio previo y debido proceso**

Contemplado en el artículo 1º del Código Orgánico Procesal Penal, este principio viene a ser la base del proceso penal. La disposición establece que la única vía para arribar a una sentencia es la realización de un juicio, celebrado dentro de un proceso que debe ser el escenario donde se respetan y



realizan todas las garantías, es esa precisamente la condición para que se considere que se ha verificado un “debido proceso”. Se trata, según el criterio plasmado por el legislador, de un juicio oral, público y sin dilaciones indebidas, sin formalismos inútiles, ante un juez o tribunal imparcial y de acuerdo a lo previsto en la Constitución, en el propio Código, las leyes y los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República. En opinión de Ferrajoli (1998) esta es la principal garantía procesal, la jurisdiccionalidad basada en el axioma *nulla culpa sine iudicio* representa el presupuesto de todas las demás, en materia penal existe un nexo específico entre ley y juicio, una estricta jurisdiccionalidad y una estricta legalidad se presuponen recíprocamente, en la jurisdicción penal se configura de hecho, con más intensidad que en otras formas de jurisdicción como aplicación o afirmación de la ley.

El proceso se constituye en el único medio a través del cual el individuo puede ver de manera legítima materialmente reconocidos sus derechos públicos subjetivos, pero no cualquier proceso, sino a través del debido proceso, que es un proceso con todas las garantías que se recogen en la Constitución y las leyes (Suau, 1995).

Es importante tratar lo que se refiere a la admisión de los hechos, prevista en el Código, porque en este caso el imputado es condenado sin que se haya realizado previamente el juicio, por lo contrario esta institución persigue evitar la realización de este acto, que requiere una serie de esfuerzo tanto en su preparación como en su realización, el imputado admite los hechos objeto de la acusación y a cambio el Estado le promete una rebaja sustancial de la pena. Estamos en presencia de una excepción al principio del juicio previo que constituye una alternativa legalmente autorizada y reglamentada para la resolución expedita del caso, lo que redundará en una evidente economía procesal. Si bien en este caso no se da cumplimiento a lo previsto en el principio del juicio previo, sin embargo, se trata de una alternativa prevista por la ley en la que el juez es responsable de verificar que el imputado actúa libremente y con conocimiento pleno de las consecuencias de su decisión y que no es objeto de presiones, sino que efectivamente decide admitir los hechos objeto de la imputación y recibir consecuentemente una condena con una sustancial rebaja de la pena.

## **4.2. Ejercicio de la jurisdicción**

Contemplado en el artículo 2 del Código Orgánico Procesal Penal referido a la función de administrar justicia, reservada a los órganos legitimados para ello, esta potestad si bien esta atribuida y reservada a los tribunales, sin embargo, emana de los propios ciudadanos, los funcionarios que la imparten lo hacen en nombre de la República y de la ley que es la que les confiere esa autoridad. Esta disposición guarda consonancia con el artículo 253 de nuestra Constitución que dispone el ejercicio de la jurisdicción por parte de los órganos del Poder Judicial, quienes deben hacerlo de conformidad con los procedimientos dispuestos en la ley y a quienes se les atribuye autoridad para ejecutar y hacer ejecutar sus decisiones. La norma constitucional

igualmente establece cómo se conforma el llamado Sistema de Justicia. La jurisdicción viene a ser la actividad necesaria para obtener la prueba.

La función de mayor fuerza entre aquellas que ejerce el Estado es sin duda la referida a la aplicación de la justicia penal, puesto que se traduce en la eventual restricción de la libertad, de allí que esta actividad requiere que se impongan límites al poder punitivo del Estado, de modo que los delitos respecto a los que se activa la jurisdicción deben estar previamente establecidos por la ley y la tarea solo puede ser ejercida en exclusiva por los jueces.

Para Duque (2008) son los poderes del juez como director del proceso los que constituyen el principio fundamental de la jurisdicción, cuando el juez ejerce sus funciones en el curso del proceso manifiesta su autoridad frente a los sujetos procesales y frente a los otros poderes que conforman el Estado. Por otra parte, el ejercicio de esos poderes es lo que permite al juez cumplir con la función que le atribuye la Constitución de manera, gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita. También estos poderes tienen un límite, en lo que respecta al proceso penal, el juez solo decide sobre los hechos probados en un juicio oral y público, de acuerdo a la competencia que le ha sido conferida, respetando los derechos que garantizan el debido proceso, muy especialmente el derecho a la defensa, evitando la arbitrariedad a través de la autorización de actos violatorios de los derechos fundamentales, ejerciendo la función jurisdiccional de manera imparcial sin convertirla en activismo político partidista, gremial o sindical y parcializándose solamente con el derecho.

### **4.3. Participación ciudadana**

Prevista en el artículo 3 del Código Orgánico Procesal Penal que dispone la garantía de participación de todos los ciudadanos en la administración de la justicia penal. Actualmente esta participación se concreta a través de los mecanismos de control social consistentes en la selección de los jueces, asistencia y contraloría social en los juicios orales y seguimiento para la aplicación de fórmulas alternativas a la prosecución del proceso y cumplimiento de la pena. Esta norma sufrió una reforma en el año 2012, originalmente preveía la participación de los ciudadanos en la conformación de tribunales colegiados en las que actuaban como jueces conjuntamente con los jueces profesionales. Esta modificación en nuestro criterio representó una restricción indebida del derecho a la participación ciudadana. Este artículo debe concordarse con lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución que dispone el ejercicio de la democracia participativa y el 253 que incluye en el Sistema de Justicia, a los ciudadanos llamados a participar en la administración de justicia. Según Ferrajoli (1998) *"la principal garantía de control sobre el funcionamiento de la justicia es lo que he llamado responsabilidad social, que se expresa en la más amplia sujeción de las resoluciones judiciales a la crítica de la opinión pública"* (p. 601), por ello, la importancia de la incorporación de los ciudadanos a las actividades relacionadas con la

administración de justicia, sobre todo, cuando como en nuestro caso, esta ha sido tan cuestionada.

#### **4.4. Autonomía e independencia de los jueces**

Artículo 4 del Código Orgánico Procesal Penal, según el cual los jueces solo deben obediencia a la ley y al derecho, la independencia no solo es del órgano que administra la justicia, esto es, el Poder Judicial, sino que igualmente debe ser una obligación para la propia persona del Juez. El artículo 254 de la Constitución dispone que el Poder Judicial sea independiente, por ello le confiere autonomía funcional, financiera y administrativa al órgano que lo preside, el Tribunal Supremo de Justicia. Además el artículo 256 de la Constitución prohíbe a los jueces en ejercicio de sus funciones participar en actividades políticas a fin de garantizar su imparcialidad e independencia. Igualmente, establece el artículo 4 del Código Orgánico Procesal Penal que en caso de que un juez sea víctima de interferencias en sus actividades, informará al Tribunal Supremo de Justicia y este tiene la obligación de hacerlas cesar.

La independencia del Poder Judicial y la del juez es una garantía del llamado Estado de Derecho en la época moderna, implica la existencia de una autentica separación de poderes. El juez como árbitro debe actuar en el proceso como un tercero que no tiene interés en las resultas del mismo, eso le confiere autonomía, si esto no fuera así puede ser recusado y sacado del conocimiento del asunto, pero además, su condición de funcionario libre de presiones ejercidas desde otras instancias del poder nacional, le brinda independencia, cualidades estas que le garantizan a los individuos la igualdad ante la ley. La independencia y autonomía no solo son aplicables al juez como persona, sino igualmente al Poder Judicial como institución.

Siendo que en el ejercicio de su labor jurisdiccional el juez goza de total autonomía e independencia, solo puede sancionársele disciplinariamente cuando incurra en violación de sus deberes legales, mas no en lo que se refiere a su labor jurisdiccional, de allí que los jueces superiores no pueden interferir en la función del inferior, porque todos gozan del mismo poder y lo que varían son las competencias. Salvo el caso de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y su efecto vinculante, no puede obligarse al juez a decidir en uno u otro sentido, su norte es la ley y el derecho.

#### **4.5. Autoridad del juez**

Artículo 5 del Código Orgánico Procesal Penal. Es indudable que las decisiones de los jueces no tienen sentido si no es posible ejecutarlas, de allí la autoridad conferida a los jueces para hacer cumplir sus decisiones y la obligación de todas las autoridades de la República de prestar su colaboración para que esto sea posible. A este respecto es procedente señalar que esta autoridad del juez si bien está establecida por la propia ley, demanda de parte de este funcionario una ejecutoria honesta y responsable que brinde

legitimidad a sus decisiones, las cuales, si bien pudieran no ser compartidas, sean sin embargo percibidas como fruto de una actividad correcta e imparcial por parte de quien imparte justicia. La norma incluye directrices en cuanto a un eventual desacato e instruye al juez en el sentido de notificar al Ministerio Público en caso de que esta desobediencia a sus decisiones pudiera llegar a configurar la comisión de un hecho punible.

### **4.6. Obligación de decidir**

Artículo 6 del Código Orgánico Procesal Penal. Para sustentar la afirmación de que el ordenamiento jurídico goza de plenitud y coherencia, es necesario que los jueces no puedan abstenerse de decidir los casos que fueren sometidos a su consideración. El sistema legal está en la obligación de dar respuesta a todas las situaciones que se le planteen, de manera que a la facultad que otorga la Constitución y la ley a los jueces para decidir conforme a derecho, se corresponde la obligación de hacerlo, de lo contrario incurren en denegación de justicia. Para ello no solo es necesario que los jueces sean concedores del derecho y estudiosos, sino igualmente valientes, dotados del carácter suficiente para enfrentar situaciones delicadas y no ceder ante presiones externas.

### **4.7. Juez natural**

Artículo 7 del Código Orgánico Procesal Penal. Esta garantía busca asegurar que aquellos sometidos al poder punitivo del Estado sean juzgados por un juez imparcial, de manera que se prohíbe que jueces nombrados ad-hoc o con posterioridad a la comisión del delito, conozcan del caso en cuestión. Se quiere evitar de este modo, las manipulaciones mediante las cuales se pretenda el juzgamiento por parte de jueces que representen intereses contrarios y aún favorables al imputado. Esta norma tiene correspondencia con el ordinal 4º del artículo 49 de la Constitución que dispone que todos gozan del derecho a ser juzgados por sus jueces naturales, ya sea en las jurisdicciones ordinarias o en las especiales. Esto quiere decir que igualmente está prohibido el juzgamiento en jurisdicciones especiales creadas con posterioridad a la comisión del delito.

Se trata de un derecho fundamental, que determina que el funcionario encargado de decidir debe ejercer la autoridad atribuida por una norma legal y estar a cargo de un tribunal que ya existía para el momento en que ocurre el hecho objeto del proceso y en ningún caso un tribunal sobrevenido o creado para la ocasión. Respecto a este principio, la realidad nos enfrenta a situaciones en las que se ha distorsionado el objetivo que persiguen instituciones perfectamente legales, ello con el fin de burlar este principio, así ha ocurrido con la radicación, mediante la cual se han trasladado casos con marcada relevancia política a jurisdicciones diferentes a aquellas a la que correspondía conocer. Igualmente dada la inestabilidad de los funcionarios judiciales y su precaria situación por la inexistencia de una verdadera carrera judicial, en ocasiones se han producido cambios y destituciones de jueces con el evidente propósito de dirigir los casos al conocimiento de deter-

minadas personas a quienes se ha colocado de manera repentina a cargo de un tribunal (Silva de Vilela, 2013).

#### **4.8. Presunción de inocencia**

Artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal. Este principio impide que se pueda condenar al señalado como autor o participe de un delito, sin que previamente haya quedado plenamente establecida su culpabilidad mediante sentencia firme, por ello es que el imputado debe ser tratado como inocente hasta tanto no se demuestre lo contrario, eso incluye el tratamiento que recibe de los funcionarios policiales y de los medios de comunicación. El artículo 49, ordinal 2° de nuestra Constitución consagra este principio que ostenta el más alto rango y que tiene una consecuencia práctica importantísima en el proceso, pues es al acusador al que le corresponde demostrar la culpabilidad del imputado, puesto que su inocencia se presume. En el proceso penal la producción de la prueba se diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, pues si bien allí, cuando se accede a las pruebas estamos frente a un papel en blanco en el que las partes van a escribir de acuerdo a las probanzas obtenidas, en el proceso penal en cambio, ese papel no está en blanco, allí está claramente escrito que el imputado es inocente y es al acusador al que le corresponde destruir esa presunción.

Este principio de la presunción de inocencia está íntimamente relacionado con el de la afirmación de la libertad, *“puesto que donde impera la presunción de inocencia del imputado, no hay justificación para detener a una persona que por principio se considera inocente hasta que no se demuestre lo contrario”* (Silva de Vilela, 2006, p. 221). A este respecto, Ferrajoli (1998) es radical al señalar que si hace falta un juicio para producir la prueba de la culpabilidad, hasta que esta no se produzca, no puede considerarse que se ha cometido un delito y por tanto tampoco existe un culpable.

#### **4.9. Afirmación de la libertad**

Artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal. La privación de la libertad durante el proceso es excepcional y debe ser proporcional a la sanción prevista para el delito que se imputa, justamente porque esta medida es excepcional, toda interpretación que se haga de las normas privativas de la libertad debe hacerse de manera restrictiva, esto es aplicándola solo a los casos que se correspondan en la totalidad de los elementos requeridos para dictar una medida privativa de libertad. El artículo 44 de la Constitución consagra el derecho a la libertad y limita la medida durante el proceso a los casos en los que exista una decisión judicial o que al individuo se le haya detenido en flagrancia, siempre y cuando el delito que se le ha sorprendido cometiendo sea de aquellos que tienen prevista una sanción privativa de libertad.

Durante el proceso la única razón que legitima una medida privativa de libertad es la protección de ese proceso, bien porque se tema que el imputado obstaculice la búsqueda de la verdad, finalidad esencial del proceso, o

porque exista un peligro cierto de que el imputado se fugue, con lo cual al sustraerse del proceso impide que este efectivamente se verifique. Sin embargo, debe quedar claro que el procesamiento en libertad es el que debe prevalecer, puesto que como ya arriba se anotó, donde impera la presunción de inocencia no hay justificación para privar de la libertad a quien aún no ha sido encontrado culpable (Silva de Vilela, 2006).

Por otra parte, la propia ley en el Código establece una serie de limitaciones respecto a la persona del imputado cuando están presentes ciertas características en las que no es posible su privación judicial preventiva de la libertad, estas características están relacionadas con las personas mayores de setenta años, las mujeres en los tres últimos meses de embarazo, las madres durante la lactancia hasta seis meses después del nacimiento de la criatura y las personas afectadas por enfermedades en fase terminal. En estos casos de resultar imprescindible se decretara la detención domiciliaria o la reclusión en un centro especializado.

### **4.10. Respeto a la dignidad humana**

Artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal. El trato que se debe dar a cualquier persona que intervenga en el proceso, sea como parte o como tercero llamado a colaborar en la búsqueda de la verdad, es el que reconoce su dignidad como ser humano. Le toca al juez proteger a todos los que participan en el proceso, no solo reconociéndoles los derechos expresamente reconocidos por la ley, sino igualmente los inherentes a la condición humana. Por otra parte, dispone este artículo que todos tienen derecho a hacerse acompañar por un profesional del derecho de su confianza, quien podrá intervenir a los fines de garantizar el debido proceso.

Se ha discutido si a tenor de esta disposición, aquellas personas que intervienen como testigos tienen el derecho de declarar en los actos de la investigación en compañía de su abogado de confianza, al respecto, consideramos que dada la naturaleza reservada de las actuaciones durante la fase preliminar e intermedia del proceso no es posible que esto ocurra, pues sería darle acceso al conocimiento de la investigación a personas que no están legitimadas para ello. Los testigos pueden asesorarse previamente con su abogado y pueden acudir a los despachos en su compañía, pero no tienen acceso al acto de la declaración.

### **4.11. Titularidad de la acción penal**

Artículo 11 del Código Orgánico Procesal Penal. El Estado tiene la titularidad de la acción penal y la ejerce a través de un órgano especialmente creado para esta función, el Ministerio Público, es lo que Roxin (2000) designa como principio de oficialidad, al que incluye dentro de aquellos relativos a la iniciación del proceso.

Corresponde a los fiscales investigar la comisión de los delitos de acción pública y perseguir a los culpables, con la única excepción de las cir-

cunstancias que hacen aplicable el principio de oportunidad. Esta iniciativa que se la ha denominado monopolio del ejercicio de la acción está contemplada en la Constitución en su artículo 285 ordinales 3 y 4, cuando enumera las atribuciones-deberes de este organismo.

Esta disposición tiene estrecha relación con el llamado principio de legalidad procesal que determina la obligación que tiene el Estado de perseguir los delitos, obligación que dimana históricamente de la cesión que hicieron los particulares al Estado de la venganza privada, ello a cambio del compromiso del Estado de perseguir el delito, por eso es que resultan de extrema gravedad las situaciones de impunidad, pues se trata del Estado dejando de cumplir sus compromisos, lo que suele traer consecuencias nefastas respecto al incremento de la violencia en la sociedad, los individuos toman la justicia por su mano, generándose descontrol en el tejido social y situaciones de injusticia.

Debido a que al Ministerio Público le corresponde la iniciativa en el proceso penal, así como investigar, perseguir y acusar como órgano del Estado que representa a todos los miembros de la sociedad que aspiran a vivir dentro del respeto de las normas esenciales de convivencia, que se prevenga y castigue el delito, es por lo que resulta tan importante que esta institución goce de independencia respecto del resto de los poderes del Estado, pues solo así le será posible actuar siempre que corresponda, aun cuando los señalados como autores o partícipes del delito sean funcionarios o personas ligadas al poder, sin que factores extraños se lo impidan.

Además, siendo como es el Ministerio Público por su naturaleza un organismo jerárquico, con una estructura vertical, presidida por el Fiscal General, quien gira instrucciones a sus subalternos, de manera que todos los funcionarios que se desempeñan dentro de la institución actúan en su representación, es por lo que ese alto funcionario no puede representar ni estar comprometido con parcialidad política alguna, ni intereses particulares, por el contrario debe gozar del prestigio que deriva de la honestidad, la responsabilidad, la imparcialidad y la independencia que se requieren para desempeñar tales funciones, ya que en definitiva de su voluntad y conocimientos dependen las actuaciones de todos los funcionarios que conforman el Ministerio Público.

#### **4.12. Defensa e igualdad entre las partes**

Artículo 12 del Código Orgánico Procesal Penal. La defensa es un derecho que debe hacerse efectivo en todo estado y grado de la causa, la propia Constitución en el ordinal 1° del artículo 49 así lo dispone. Dentro del proceso las partes deben tener la garantía de litigar en pie de igualdad, sin privilegios ni diferencias que favorezcan a unos y perjudiquen a otros, solo se puede garantizar la defensa si las partes se encuentran en posición de igualdad. Corresponde a los jueces garantizar esta igualdad.

La igualdad como principio puede entenderse en dos sentidos, en un primer sentido significa que las partes en el proceso deben ser tratadas en

iguales condiciones, permitiendo que cada una ejerza las facultades que la Constitución y la ley les confiere en cada caso, procurando concederles en el ejercicio de sus respectivos derechos las mismas oportunidades y condiciones. En un segundo sentido como lo explica Suau Morey (1995) el principio de igualdad abarca la igualdad en la aplicación de la ley, un tribunal en situaciones sustancialmente iguales debe respetar el precedente, salvo que el cambio de criterio posea una fundamentación suficiente y razonable.

A los efectos prácticos, se prohíbe de manera expresa a los jueces mantener comunicación con una de las partes sin la presencia de las otras, esta circunstancia viene a ser una de las causales de recusación previstas en el Código, que de declararse con lugar podría causar la destitución del juez, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 89 ordinal 6º y 91. Por otra parte, la defensa dentro del proceso debe resultar eficaz, no se trata solo de tener el derecho a designa un abogado, sino que se debe tener oportunidad de comunicarse con el defensor, de consultarlo y trazar estrategias, como lo establece la propia Constitución en el ordinal 1º del artículo 49, de disponer de tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa.

Si bien el derecho a la defensa en sentido amplio corresponde a todas las partes que deben tener la oportunidad de exponer y defender sus particulares alegatos, en lo que respecta al imputado, dada la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra, de conformidad con lo pautado en el Código Orgánico Procesal Penal, toda declaración que el imputado rinda sin la presencia de su defensor está viciada de nulidad absoluta, aun cuando el propio imputado haya prestado su consentimiento para que el acto se realice sin la presencia de su abogado.

Por otra parte, dada la especial situación que el Ministerio Público ocupa en el proceso, como representante del Estado, la propia ley ha establecido que sus representantes tienen la obligación durante la investigación de dejar constancia de los elementos de convicción que sirvan para inculpar pero también para exculpar al imputado. Igualmente, se le garantiza al imputado y su defensor el acceso a las actas del proceso, ello a pesar de que se ha pretendido retardar este acceso haciéndolo depender del llamado acto de imputación, creación jurisprudencial no prevista por la ley.

### **4.13. Finalidad del proceso**

Artículo 13 del Código Orgánico Procesal Penal. La finalidad del proceso es establecer la verdad, pero esa verdad no se puede investigar o establecer de cualquier modo, solo es posible a través de las vías jurídicas. La verdad que dentro del proceso se obtiene a través de la prueba, mediante la reconstrucción intelectual del hecho objeto del proceso, es lo que permite hacer efectiva la justicia en la aplicación del derecho. El artículo 257 de la Constitución establece que es el proceso el instrumento fundamental para la realización de la justicia.



#### **4.14. Oralidad**

Artículo 14 del Código Orgánico Procesal Penal. La oralidad viene a ser una de las características más resaltante de los sistemas procesales penales modernos, pero la verdad es que se trata de recuperar la forma del juicio propia de la antigüedad. El mismo artículo 257 de la Constitución determina que se debe adoptar un procedimiento breve, oral y público. La oralidad garantiza la publicidad ya que todos pueden oír y controlar lo que ocurre en el juicio, además propicia la celeridad, ya que siendo que el juez escucha la producción de la prueba debe procurar que los juicios no se prolonguen a fin de no olvidar lo ocurrido. Por lo demás solo aquellas pruebas que se han producido de manera oral en el debate del juicio pueden fundamentar la sentencia.

Lo expuesto nos lleva al tema de la llamada prueba anticipada que se autoriza en la etapa preliminar cuando existe un peligro cierto de que pudiera perderse el órgano de prueba o la evidencia, se le solicita al Juez de control quien la autoriza si se dan los requisitos legales y se procede a practicar la prueba, notificando a las partes en el proceso, de todo lo ocurrido se deja constancia en un acta, que luego se lleva al debate y se incorpora por su lectura. Siendo que su práctica no cumple con el requisito de la oralidad y por tanto carece del control de las partes y de la publicidad, solo se puede acudir a ella de manera excepcional y teniendo en cuenta que, si llegado el momento del debate es posible traer al órgano de prueba porque afortunadamente no se perdió, estos no pueden negarse a comparecer.

El Código desarrolla el principio de la oralidad y dispone que para conservarla todas las decisiones que se tomen durante el debate deben hacerse de manera oral, sin que se puedan admitir escritos en esta etapa del proceso.

#### **4.15. Publicidad**

Artículo 15 del Código Orgánico Procesal Penal. El juicio es público, todos los que lo deseen tienen acceso al recinto donde se celebra, con ello lo que se persigue es no solo permitir el control ciudadano en la administración de justicia, sino igualmente garantizar la transparencia en la actividad judicial, puesto que las sentencias deberían dictarse y fundamentarse de manera pública. Es sin embargo, necesario señalar que la realidad actual de nuestros juicios ha dejado de lado en gran medida el principio de la publicidad, pues los jueces dilatan sus sentencias y en muchos casos coartan la presencia del público en las audiencias de juicio alegando razones de seguridad, en muchos casos sin ninguna sustentación.

El relajamiento de este principio se ha verificado incluso por obra de la reforma del Código Orgánico Procesal Penal que dentro de las excepciones originalmente establecidas y que autorizaban la reserva del debate en algunas situaciones especiales expresamente previstas en la propia ley, incluyó la posibilidad de efectuar el acto a puertas cerradas en cualquier otra cir-

cunstancia que en criterio del juez perturbe el normal desarrollo del debate, de manera pues, que la publicidad es ahora facultativa.

#### **4.16. Inmediación**

Artículo 16 del Código Orgánico Procesal Penal. De acuerdo con este principio característico del sistema oral acusatorio los jueces que deciden deben ser los mismos que presencian la producción de la prueba, no pueden ser sustituidos en el curso del juicio y en el caso de que no fuera posible su presencia y se encargara del caso otro juez, el debate debe reiniciarse para que el nuevo funcionario pueda percibir directamente la producción de la prueba y consecuentemente dictar sentencia fundamentada en dichas pruebas. Lo que se busca es que el juez que dicta el pronunciamiento tenga un conocimiento profundo de la cuestión objeto de la controversia.

Este principio lo desarrolla el Código cuando establece que la presencia del juez durante el juicio será ininterrumpida. Si en el sistema inquisitivo la delegación es la norma, pues los jueces dejan en manos de sus asistentes los interrogatorios y pesquisas, en el sistema acusatorio se busca el contacto directo del juzgador con la búsqueda de la verdad.

#### **4.17. Concentración**

Artículo 17 del Código Orgánico Procesal Penal. Iniciado el debate debe procurarse que no se interrumpa para que concluya en el menor número de días consecutivos posible. La reforma de este artículo eliminó de su texto la disposición de que el debate debía realizarse en una sola audiencia y solo si era necesario podía prolongarse en días consecutivos. La concentración de los actos propios de la etapa de juicio, específicamente aquellos que se producen en el debate, garantiza que el juzgador tenga fresco en la memoria el resultado de la actividad probatoria que allí se realiza. Esta disposición hay que concordarla con aquella que establece que, en caso de interrupción del debate, esta no debe superar los quince días (con anterioridad este plazo era de diez días), si se superara ese plazo, deberá realizarse nuevamente el debate desde su inicio.

En nuestra opinión este es uno de los principios más maltratados en el proceso penal venezolano, ya que sobre la base de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se han relajado injustificadamente los criterios de suspensión del debate y en la práctica este se prolonga indefinidamente perjudicando a las partes, contrariando el principio de celeridad procesal y perdiéndose el sentido de una justicia aplicada a tiempo. Al respecto se recomienda revisar la sentencia de la Sala Constitucional N° 2144 de fecha 01-12-2006, que establece que los días de suspensión del debate se contarán por días hábiles, ósea aquellos en los que el tribunal ha dado despacho y no como se desprende del propio texto del artículo 17 que se refiere a días consecutivos. Vale la pena traer a colación el criterio de Moras Mom (1999, p. 360):

**SILVA DE VILELA.** Los derechos y garantías que fundamentan el proceso penal...

El debate una vez abierto es continuo y no puede suspenderse en su trámite, por lo que las audiencias en que se realiza deben ser cumplidas día tras día tomando el curso de cada uno. Este carácter se debe a la vigencia de los dos aspectos ya explicados (oralidad y publicidad) por cuanto los jueces que aquí intervienen, fuera de las notas que pueden llevar y los extractos ya citados, retienen todo en la mente, lo mismo que las partes, por lo que se impone su intervención en el dictado de la sentencia en la aspiración de la mayor memoria de cada paso.

#### **4.18. Contradicción**

Artículo 18 del Código Orgánico Procesal Penal. Que el proceso tenga carácter contradictorio significa que las partes deben y pueden tener acceso oportuno a las actuaciones del proceso, porque solo así es posible el ejercicio del derecho a la defensa, solo sobre la base del conocimiento de las actuaciones es posible contradecir los elementos que son adversos y expresar los alegatos que favorecen las posiciones de cada una de las partes. Por otra parte, la prueba que fundamenta la sentencia debe haber sido controlada por todas las partes en el proceso. Este principio con el de oralidad, publicidad y concentración se interrelacionan entre sí, cada uno resulta la justificación de los otros. Solo un juicio que cumple con estos cuatro principios asegura a todas las partes un escenario en el que se puedan hacer realidad las garantías procesales propias del sistema acusatorio.

#### **4.19. Control de la constitucionalidad**

Artículo 19 del Código Orgánico Procesal Penal. Sobre esta facultad atribuida a todos los jueces de la República para controlar la constitucionalidad de las leyes, descansa el llamado control difuso de la constitucionalidad. Se trata de una facultad pero también es un deber velar por la incolumidad de nuestra Carta Magna desaplicando en el caso concreto cualquier norma que colida con la Constitución, con efecto limitado a las partes en el proceso. Este control difuso que ejercen todos los jueces de la República convive en nuestro ordenamiento jurídico con el control concentrado que ejerce la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. El artículo 334 de nuestra Constitución consagra esta facultad-deber conferida a todos los jueces por igual.

#### **4.20. Prohibición de nueva persecución**

Artículo 20 del Código Orgánico Procesal Penal. Es el principio clásico *Ne bis in ídem* nadie puede ser perseguido y juzgado nuevamente por un mismo hecho. Se trata de un límite que se le coloca al Estado que solo tiene una oportunidad para ejercer su poder punitivo, lo contrario atentaría contra la seguridad jurídica. Este principio comparte con el de la cosa juzgada la necesidad de que se verifique la identidad de los elementos del caso en cuestión, pues si existe diversidad no estaríamos en presencia de la persecución por un mismo hecho.

El artículo incluye dos situaciones en las que es posible una nueva persecución, se trata en ambos casos de supuestos en los que los tribunales no han entrado a conocer el fondo del asunto, bien porque la primera vez se ejerció la acción ante un tribunal incompetente que por esa causa concluyó el procedimiento o porque en la primera oportunidad el caso fue desestimado por defectos en la promoción o ejercicio de la acción.

### **4.21. Cosa juzgada**

Artículo 21 del Código Orgánico Procesal Penal. Esta garantía igualmente contemplada en el artículo 49 ordinal 7º de la Constitución prohíbe que alguien pueda ser juzgado nuevamente en relación a un hecho respecto al cual ya se ha dictado una sentencia definitivamente firme, nuevamente estamos frente a una garantía que preserva la seguridad jurídica. La cosa juzgada dimana de la sentencia definitivamente firme y exige la identidad de la persona sentenciada, de los hechos objeto del pronunciamiento y del motivo de la persecución, solo puede ser enervada a través del recurso excepcional de revisión, teniendo en cuenta que este recurso solo procede a favor del condenado cuando con posterioridad a la sentencia surge una circunstancia que determina la injusticia de la sentencia definitivamente firme.

Como ya lo señalamos en nuestro trabajo sobre el recurso de revisión (2003) la existencia del principio de la cosa juzgada nos lleva a reflexionar acerca de la improcedencia de que en un verdadero Estado de Derecho se haga uso del proceso penal como constante amenaza e ilegítimo medio de control contra los miembros de la sociedad, por ello la necesidad de colocar límites al poder punitivo del Estado. Pero si consideramos que el fin último del proceso es la justicia, cuando una sentencia no cumple con ese fin, aun cuando haya adquirido el efecto de cosa juzgada, el ordenamiento jurídico debe crear mecanismos que permitan remediar la situación y reestablecer el equilibrio social alterado.

### **4.22. Apreciación de la prueba**

Artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal. El legislador estableció que en el proceso penal venezolano la valoración de la prueba debe hacerse mediante el sistema de la sana crítica, en el que no solo el juez debe hacer uso de las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sino que además debe justificar motivadamente su fallo.

Con el cambio del proceso penal se eliminó el sistema de la tarifa legal, según el cual la ley establece previamente cual es el valor que al momento de dictar su sentencia el juez debe dar a cada medio probatorio. El cambio en este tema fue total pues se dispuso un sistema de libertad de prueba según el cual pueden probarse los hechos por cualquier medio, sin que estos estén limitados por disposición legal, salvo a lo que se refiere a su incorporación de acuerdo a lo previsto en la ley o que exista prohibición expresa.

En el sistema inquisitivo si bien se le da al juez iniciativa y un amplio poder, exento prácticamente del control de las partes para buscar la prueba, sin embargo llegada la etapa de la apreciación de esa misma prueba se le limita en exceso en cuanto a su valoración. El sistema acusatorio tiende sin embargo a la libre convicción del juzgador que analiza la prueba y la acoge o no según le haya impresionado, para dar luego detallada cuenta de ese proceso intelectual de análisis y valoración, fundamentando su decisión de manera lógica.

Inicialmente en el año 1998 cuando se promulgo el Código Orgánico Procesal Penal, esta disposición no hacía referencia a la sana crítica, sino que establecía que la pruebas se apreciarían por el tribunal según su libre convicción, posteriormente el legislador consideró apropiado cambiar el texto sustituyendo la expresión libre convicción por sana crítica que viene a ser un método de valoración que exige del juzgador la fundamentación debidamente motivada de su decisión. El sistema de la sana crítica o de libre convicción es en criterio de Jauchen (2002) un sistema intermedio entre los más radicales de la prueba tarifada y el de la íntima convicción. La sana crítica busca la compatibilidad de todas las garantías y si bien permite la libre valoración de la prueba ya que la ley no le atribuye un valor preestablecido, igualmente le permite al juzgador escoger entre esas pruebas cual es la que considera idónea para probar el hecho en cuestión. Señala el autor que el sistema se caracteriza por la inexistencia de dogmas acerca de cómo deben probarse los hechos y sobre el valor que se le debe dar a la prueba, lo que sin embargo, no significa arbitrariedad, ya que se le impone al juez una valoración conforme a la sana crítica que demanda la fundamentación racional de la decisión.

#### **4.23. Protección de las víctimas**

Artículo 23 del Código Orgánico Procesal Penal. Esta disposición se incluyó en una de las reformas del Código, para responder a las críticas que se hicieron al nuevo sistema procesal penal en el sentido de considerarlo excesivamente garantista para el imputado, olvidando o relegando los derechos de las víctimas. Una crítica que consideramos injusta pues en la versión original de 1998, se incluían una serie de normas destinadas a proteger a las víctimas de los delitos. Sin embargo, la reforma reforzó estos criterios incluyendo dentro de los principios y garantías del proceso que presiden el Código Orgánico Procesal Penal este artículo 23, con el que se cierra el título preliminar.

La norma incluye tres disposiciones relacionadas con las víctimas, en primer lugar, su acceso a los órganos de administración de justicia de manera gratuita, expedita, sin dilaciones indebidas o formalidades inútiles, en segundo lugar, se ratifica el principio según el cual la protección a las víctimas y la reparación del daño son objetivos del proceso y la tercera se dispone la sanción para los funcionarios que no procesen las denuncias oportuna y diligentemente.

No puede concluirse el tema referido a los principios del proceso penal contemplados en el Código Orgánico Procesal Penal, sin referirnos a otra serie de principios esenciales en el proceso penal que se encuentran diseminados dentro del texto del Código, como lo son los principios y garantías relativos a la prueba, los recursos, la privación de la libertad y las nulidades.

### **4.24. Licitud de la prueba**

Solo pueden ser valorados por el juez, aquellos elementos de convicción que hayan sido obtenidos e incorporados al proceso por medios lícitos, queda expresamente prohibido hacer uso de la información que se haya obtenido mediante tortura, amenazas, engaño, mediante un procedimiento violatorio de los derechos fundamentales como la privacidad del domicilio de las comunicaciones. Esta norma viene a ser el desarrollo de la disposición prevista en el ordinal 1º del artículo 49 de la Constitución, que establece que serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso.

Igualmente, se prohíbe el uso de información que provenga directa e indirectamente de un medio ilícito. Con ello nuestro legislador acoge la teoría del árbol envenenado, según la cual, no se puede hacer uso de los frutos obtenidos de un medio o procedimiento viciado. *“Para esta tesis la tacha de ilicitud no solo debe alcanzar las pruebas que en concreto constituyan en sí mismas la violación de la garantía constitucional del debido proceso...sino también las que sean su consecuencia inmediata”* (Delgado, 2004, p. 55).

### **4.25. Proporcionalidad de la medida privativa de libertad**

De acuerdo con esta disposición no podrá ordenarse una medida de coerción personal cuando esta aparezca desproporcionada respecto a la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable. El principio de proporcionalidad es en la jurisdicción constitucional de capital importancia, constituye un requisito material que debe cumplirse cada vez que se toma una decisión, pues permite ponderar toda medida limitativa o restrictiva de un derecho.

La privación de la libertad prevista en el Código Orgánico Procesal Penal es de carácter excepcional cuando se verifica en el curso del proceso, representa una restricción a un valor fundamental como es el de la libertad, de allí que, cuando esta medida se decreta debe el juzgador actuar con el mayor apego a lo previsto en el ordenamiento jurídico, interpretando restrictivamente las normas que regulan la materia y valorando si el perjuicio que se ocasiona con la medida es proporcional al fin que se persigue a través de ella.

### **4.26. Impugnabilidad objetiva**

Este principio determina que las decisiones judiciales solo serán recurribles por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley.

La impugnabilidad objetiva se define como la delimitación de las decisiones que admiten el ejercicio concreto de la facultad de recurrir. Es la ley la que se encarga de hacer esa delimitación señalando cuales son las resoluciones judiciales que pueden impugnarse, indicando así mismo cuales son los recursos procedentes en cada caso. Igualmente, la ley determina quienes tienen facultad para ejercer dichos recursos, en ese caso, la doctrina habla de impugnabilidad subjetiva, refiriéndose al ámbito de personas autorizadas para impugnar una decisión judicial. Todo ello con el fin práctico de impedir la saturación de los tribunales por una incontrolable abundancia de impugnaciones que no necesariamente persiguen un fin útil (Guariglia, 2004).

#### **4.27. Nulidades**

Para que los principios dejen de ser meras declaraciones de intención y se hagan efectivos es necesario que estén garantizados. La garantía más eficaz es aquella que determina que todo acto que viole un principio o derecho fundamental se considerará inválido. La nulidad viene a ser la sanción que se aplica a los actos que ya han ingresado al proceso y que, sin embargo, incumplen los principios, su efecto consiste en considerarlos como no ocurridos, inexistentes, por tanto, no forma parte del proceso. Cuando se pretende sancionar un acto violatorio de los principios que aún no ha ingresado al proceso pero que se pretende incorporar, se acude a la inadmisibilidad como sanción.

### **Conclusiones**

Una vez realizado el examen de cada uno de los derechos y garantías que a tenor de la Constitución y de la Ley procesal penal deben prevalecer y orientar la actividad jurisdiccional dentro del área penal y así mismo, revisada la Doctrina aplicable a la materia, es evidente que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con las herramientas necesarias para garantizar una administración de justicia plena y confiable a los ciudadanos que de alguna manera se ven inmersos dentro de un proceso penal, sin embargo, la actual situación y la forma en la que se desarrolla la actividad de los tribunales penales de nuestro país, así como las reformas que por vía jurisprudencial y legal se pretenden introducir en esta materia, parecen indicar lo contrario, de allí la necesidad de reafirmar y defender el verdadero sentido y propósito de esos derechos y garantías, dentro del proceso penal. Si como antes ya lo afirmamos, el proceso penal es la más poderosa herramienta con la que cuenta el poder del Estado para controlar a los ciudadanos, resulta indispensable que se rija de acuerdo a los principios y garantías previstos en la Constitución y las leyes, lo contrario pone en peligro el correcto desenvolvimiento del Estado y la efectiva vigencia de los valores que sustentan la democracia.

Con este propósito resulta útil resaltar una serie de aspectos que deben tenerse presentes cuando los operadores de justicia interpretan y aplican los principios y garantías relativos al proceso penal.

Si bien en las constituciones modernas se incluye un amplio catálogo de principios que junto con los derechos fundamentales generan un escenario de un gran dinamismo, su interpretación como lo refiere Mathias Herdegen (2006) *“abre un potencial de construcción discrecional a los exegetas casi ilimitado. Estos valores constitucionales son vehículos para fortalecer o frenar el impacto de otros principios o reglas de rango constitucional”* (p. 72). Esta labor que busca el sentido profundo de los principios en una sociedad democrática y que trata de lograr un equilibrio entre ellos, es sumamente difícil y delicada, porque cuando se le da preeminencia a un principio sobre otro u otros en la resolución de una situación concreta, se generan consecuencias que a veces no fueron ni siquiera previstas por el intérprete.

El asunto se torna aún más delicado cuando se tiene en cuenta que las constituciones no establecen un orden jerárquico para ordenar o aplicar estos principios y valores, a pesar de lo cual, no es legítimo que el intérprete los utilice según sus intereses y los coloque según le convenga para justificar su decisión.

Herdegen (2006) refiere que los jueces constitucionales para cumplir con su labor, muchas veces hacen uso de parámetros extra-constitucionales, como son los estándares de derecho internacional; sobre todo en lo que se refiere a los derechos humanos, así mismo del derecho comparado, la empírica e incluso *“la historia que determina la autopercepción de la comunidad constituida”* (p. 74) a través de los cuales se le facilita indagar y descubrir el correcto sentido y jerarquía de los principios y valores constitucionales.

Además hay que tener en cuenta, como lo señala Rubio Llorente (1988), que la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se constituye en fuente de derecho en el proceso penal, porque como producto de su labor establece normas jurídicas, preceptos de eficacia *erga omnes*, ya que vincula con su criterio de manera necesaria a todos y cada uno de los tribunales de la República, incluidas las restantes salas del Tribunal Supremo de Justicia y esto ocurre por mandato constitucional.

Por eso es que desde la perspectiva de los principios y garantías constitucionales en general y aquellas relativas al proceso penal en particular, resulta preocupante la doctrina de la Sala Constitucional a la cual hace referencia el profesor Duque Corredor en su tratado sobre fuentes e interpretación del derecho constitucional (2014) en la que la Sala crea la noción de orden público constitucional y en casos de conflicto sostiene que debe prevalecer sobre los intereses del individuo. El problema reside en que ese orden público constitucional garantiza los intereses de la defensa del Estado y la sociedad, con lo que los derechos fundamentales quedan relegados a un segundo lugar, lo que resulta contrario al principio según el cual los derechos de la persona humana deben prevalecer sobre los intereses generales. Esta doctrina constitucional ha sido plasmada, como lo indica Duque en varias sentencias de la Sala Constitucional (N° 77 del 09-03-2000 y N° 85 del 24-01-2002).



Igualmente, resulta importante resaltar las relaciones entre el principio de legalidad y el de proporcionalidad en la materia penal, al respecto, Ávila Santamaría (2008) expone que los operadores de justicia deben dar preferencia a la materia de derechos humanos sobre la aplicación de la ley penal. Empieza por afirmar que los jueces cuando toman decisiones lo hacen para garantizar intereses que han variado según la época histórica de que se trate, así, en el Estado absoluto eran los de la autoridad, en el Estado liberal clásico se trataba de garantizar la ley y en el moderno Estado constitucional, los jueces deben garantizar los derechos del individuo reconocidos en la Constitución, también les toca controlar a los distintos poderes del Estado, bien sea cuando se ocupan de la legitimidad de la creación de la ley que dimana del poder legislativo, o de la ejecución de la misma como facultad del poder ejecutivo, o de la actividad de los órganos del poder judicial cuando aplican indebida y arbitrariamente el derecho, en todos estos casos, los jueces constitucionales controlan los órganos del poder del Estado y a la vez tienen la obligación de garantizar los derechos fundamentales.

En el caso de que al juez le corresponda conocer de un caso concreto, según Ávila Santamaría (2008), no puede olvidar que se trata de personas y problemas reales, que hay una víctima y un presunto autor o partícipe que son los protagonistas del conflicto que le corresponde decidir, debe actuar sin dejarse llevar por las etiquetas que establecen prejuicios y discriminaciones contra una u otra parte. Si bien en la justicia constitucional el juez decide entre uno u otro derecho que entran en conflicto, en el ámbito penal le toca decidir entre dos derechos, el de la víctima que reclama la tutela del Estado en relación al derecho que le ha sido afectado y el del imputado que tiene en juego su derecho a la libertad. Según Ávila Santamaría el juez que conoce un caso penal, en virtud de su carácter de garante de la justicia, puede apartarse de la norma aplicable al caso concreto, para preferir una de naturaleza superior de carácter constitucional o internacional en materia de derechos humanos, en estos casos, aplica el control difuso de la constitucionalidad mediante el uso del principio de proporcionalidad, procedente siempre que se limitan los derechos humanos, sin embargo, en estos casos está obligado no solo a desaplicar una norma que considera contraria al orden constitucional, sino que para arribar a su decisión está obligado a ponderar para complementar la subsunción normalmente aplicable y a argumentar para complementar al silogismo jurídico.

Por último, en razón de la ponderación el juez está obligado a analizar si existe un fin legítimo constitucionalmente reconocido y si la medida es la idónea, necesaria y proporcional. Este análisis le impone la obligación de usar la argumentación como vía para arribar a su decisión, aportando las razones que justifiquen la norma elegida y la solución adoptada, para arribar a un resultado que sea y aparezca legítimo ante los miembros de la sociedad.

## Bibliografía

- Ávila, R. (2008) El principio de legalidad vs. el principio de proporcionalidad (Reflexiones sobre la constitucionalidad de las leyes penales y el rol de los parlamentos y los jueces). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. 307-349. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf>
- Binder, A. (1999). *Introducción al derecho procesal penal*. 2ª. Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- (2000). *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Bovino, A. (1998). *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Cafferata Nores, J. (2005). *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Claria Olmedo, J. (1998). *Derecho Procesal Penal*. Tomo 1. (Actualizado por Vásquez Rossi, J). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Creus, C. (1996). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Astrea.
- Delgado, R. (2004). *Las pruebas en el proceso penal venezolano*. Caracas: Vadell Hermanos.
- Duque Corredor, R. (2008). *Los poderes del juez y el control de la actividad judicial*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- (2014). *Sistema de fuentes de derecho constitucional y técnica de Interpretación constitucional*. Caracas: Ediciones Homero.
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y Razón*. Tercera Edición. Madrid: Editorial Trotta.
- Gómez Colomer, J. (1985). *El proceso penal alemán introducción y normas básicas*. Barcelona: Bosch.
- Guariglia, F. (2004) Régimen general de los recursos en el código procesal penal de la nación. *Los recursos en el procedimiento penal*. 1-18. Comp. Maier, J. Bovino, A. Díaz, F. (2da. ed. act.) Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Herdegen, M. (2006). La corte constitucional en la relojería del Estado de derecho. *Justicia constitucional. El rol de la corte constitucional en el estado contemporáneo*. 65-80. Bogota: Legis.
- Jauchen, E. (2002). *Tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Maier, J. (1989). *Derecho procesal penal argentino*. Vol. 1a y 1b. Buenos Aires: Hammurabi.
- Montero Aroca, J. (1997). *Principios del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Moras Mom, J. (1999). *Manual de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Roxin, C., Arzt, G. y Tiedemann, K. (1989). *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. (Trad. Arroyo, L y Gómez, J.). Barcelona: Editorial Ariel, S.A.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Trad. Córdova G, y Pastor, D de la 25ª. edición alemana. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Rubio Llorente, F. (2000). La constitución como fuente de derecho. *Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos*. 155-176. México: Editorial Porrúa.
- Silva de Vilela, M. (2003). El recurso de revisión contemplado en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano. *Ciencias penales: temas actuales*. 389 – 441. Caracas: UCAB.
- (2006). El derecho a la libertad y el efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público en contra de la orden de excarcelación del imputado. *IX Jornadas de derecho procesal penal*. 195 – 238. Caracas: UCAB.
- (2013). El principio del juez natural, las jurisdicciones especiales y la participación ciudadana. *Consideraciones sobre el Código Orgánico Procesal Penal Modificaciones de la estructura original ¿vuelta al sistema inquisitivo?*. 75-96. Caracas: UCAB.
- Suau Morey, J. (1995). *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, S.A.

# RECONSTRUCCIÓN, REDEMOCRATIZACIÓN Y REINSTITUCIONALIZACIÓN, CON MIRAS AL RESTABLECIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO. ROL DEL LEGISLATIVO Y SU RELACIÓN CON OTROS ÓRGANOS

Argenis S. Urdaneta G.\*

## Introducción

En consonancia con los parámetros definidos para la Tercera Edición del Anuario, en el presente trabajo se hace una reflexión conceptual de los procesos de transición política, en consideración a su posible aplicación en el caso venezolano de hoy, entendido como la transición hacia la reordenación del sistema democrático, sin que ello implique el restablecimiento de la experiencia pasada, sino la conformación de una nueva realidad que supere sus errores, preservando sus aciertos. Para ello se requiere atender a las lecciones aprendidas de la experiencia de nuestro siglo XXI, y cuidar de no repetir desaciertos ocurridos en los finales del siglo pasado.

Así, en la estructuración de este trabajo, se parte de consideraciones preliminares sobre Estado de derecho, para luego tratar los temas siguientes: **(i)** Desmejora de condiciones socio económicas y su incidencia en lo institucional; lo que incluye revisión de diversos ámbitos. **(ii)** Institucionalidad y cambio; tratando el concepto de institución como reglas de juego, así como el diseño institucional. **(iii)** Legislativo nacional y paralelismo institucional; destacando el rol de ese órgano del poder público y las circunstancias coyunturales de paralelismo y desconstitucionalización. **(iv)** Reconstitucionalización y redemocratización como propuesta; que contiene consideraciones acerca de lo que pudiera hacerse al respecto.

## 1. Consideración preliminar. Acerca del Estado de Derecho

Una premisa importante para este trabajo es la idea de Estado de derecho (*rule of law*), lo que en principio implica la política y lo político sometidos a la ley (Josef Thesing, 1997).

---

\* Abogado, Magíster en Ciencia Política, Doctor en Ciencia Política. Profesor Jubilado de la Universidad de Carabobo. Profesor invitado en área de Postgrado en otras Universidades. Presidente Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional.

Históricamente, el Estado, entendido como organización política de la sociedad, trascendió de la organización para el ejercicio del poder político conforme a la voluntad de quien lo poseía (incluido su ejercicio mediante la fuerza), hacia la actuación política regularizada en el marco de una normativa que establece los parámetros para el ejercicio del poder y para la relación del Estado con la sociedad. Esa evolución significa haber pasado del Estado policía a otro que funciona dentro del marco del derecho o de un sistema de reglas y normas formales, es decir, hacia el Estado de derecho; con el intermedio del Estado de legalidad. Esto también forma parte de la evolución de la política, en tanto que vinculada al ejercicio del poder.

El surgimiento del Estado de derecho es expresión de las luchas políticas que condujeron a las primeras Constituciones escritas y a las Declaraciones de derecho. De allí que la idea de Estado de derecho también incluye los derechos humanos, los derechos fundamentales. Y también coincide su surgimiento con el asentamiento de orientaciones teórico-políticas que implican ruptura con el absolutismo, como es el caso de la ilustración, el liberalismo y el republicanismo, así como todo lo que tiene que ver con la democracia moderna.

Pero, el Estado de derecho tiene su propia evolución, pues del inicial Estado liberal de derecho se pasó al Estado democrático de derecho, luego al Estado constitucional y posteriormente al Estado social. Y aunque esa evolución denota una historia de disrupción, pues su surgimiento, su aparición, está vinculada a momentos de cambio y expresiones revolucionarias que tuvieron como escenarios a Francia, Alemania e Inglaterra en Europa y a Estados Unidos de América, tanto en relación a las ideas de cambio político como a la regulación normativa de esas situaciones y sus productos; de allí que el tema sea de interés tanto para los estudios políticos como para los estudios jurídicos constitucionales.

Y es bueno advertir que los cambios derivados de esa evolución no significan desplazamiento o sustitución, sino que tienen un sentido de complementariedad y progresividad. De manera que el Estado democrático de derecho no desplaza al Estado liberal, ni el democrático es sustituido por el constitucional, ni éste por el social. Se trata de: **(i)** la progresividad de ampliar los fundamentos liberales al asentamiento de la democracia moderna, siendo lo democrático un complemento de lo liberal; **(ii)** el sentido complementario, tanto jurídico como político, de asegurar la sujeción del ejercicio del poder y la actuación política del Estado a las reglas de derecho, siendo que la Constitución es la ley de leyes, la máxima norma; **(iii)** el cambio en lo socio-político, pero también en lo jurídico, derivado de las luchas de los trabajadores organizados se traduce en el Estado social de derecho, implicando ampliación de los derechos fundamentales, surgimiento de un nuevo ámbito normativo y una nueva área en lo teórico jurídico.

No compartimos la expresión constitucional de la Venezuela de este siglo: Estado democrático y social de derecho y de justicia. Ella está bañada de cierta redundancia, en tanto que la natural aspiración de justicia ha de alcanzarse con la vigilancia, atención y cautela de la ciudadanía, y ha de

estar garantizada por el Estado de derecho, con el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales y con la separación y colaboración de los órganos del poder público. Se trata de una expresión retórica del constituyente de 1999 con la que se quiere resaltar que los cambios constitucionales son de avanzada. Redundancia que podemos identificar con otra también vinculada al Estado de derecho, y es la distinción de cinco en lugar de tres órganos del Poder Público, con lo que se quiere proyectar mayor funcionalidad estatal, obviando que la separación y colaboración es una dinámica que se corresponde con las tres funciones: legislativa-deliberativa, ejecutiva y judicial y no están determinadas por el número de organizaciones (A. Urdaneta, 2012).

Tenemos que asumir que esa progresividad y complementariedad, propia de la evolución del Estado de derecho, no implica descartar posibles cambios a futuro. Así que por el momento, nos referimos al Estado constitucional, democrático y social de derecho.

Pero, tampoco podemos obviar las amenazas de retroceso o reversión. Tales amenazas, hoy tendrían que ver con el resurgimiento de liderazgos populistas, sin distinción de izquierdas y derechas, que conllevan la tendencia a las prácticas propias de la dominación total. De manera que un regreso a formas absolutistas y despóticas, se expresaría no sólo en autocratismo y autoritarismo remozado con alianzas criminales, sino en el resurgimiento del totalitarismo. Y esas amenazas se perciben en ámbitos nacionales y globales.

## **2. Desmejora de condiciones socioeconómicas y su incidencia en lo institucional**

### **2.1. Bienestar general como objetivo**

En la dinámica social el individuo busca su bienestar, pero eso no está desligado del bienestar general, por el contrario, el alcance de éste conduce al bienestar individual; de allí que sea muy importante la mejora constante y progresiva de la calidad de vida, con ella tendremos una sociedad robusta conformada por ciudadanos, que son quienes le darán orientación a esa dinámica social, y la ciudadanía es una condición social que se logra con educación. En ese sentido, debemos destacar la importancia de las iniciativas para la formación de ciudadanos asumidas por organizaciones sociales; así como el diseño e instrumentación de políticas de formación y educación ciudadana desde diversos órganos y organismos estatales. Solo con ciudadanos sólidamente formados se podrá mantener una república democrática.

En el logro del bienestar general se inscribe la política como orientación de la actuación en sociedad, aunque lo político o los hechos políticos, inmersos en la agotante diatriba cotidiana, tienda a conspirar contra ello. Se trata de la política como centro, centralidad que descansa en un notros-democrático, como lo refiere Fernando Mires (2016), lo que contribuye a la deliberación que es clave para la democracia. Por lo que política implica

manejarse en confrontación y diálogo. En tal sentido vale recordar lo explicado por Chantal Mouffe (1999) en cuanto a la dinámica política, distinguiendo lo político de la política, entendido lo primero como los hechos en la diatriba cotidiana impregnada de antagonismos, mientras lo segundo implica domeñar esa conflictividad, lo que corresponde hacer con la acción política. Y esto se une a la idea de la política como arte de lo posible, en el entendido que ha de actuarse en medio de posibles acuerdos y entendimientos, buscando contribuir a que haya convivencia en la coexistencia de los diversos en sociedad. Y en esa tarea, en estos tiempos, se hace relevante conocer de los medios alternativos de resolución de conflictos, para manejarlos en forma positiva. Planteamiento que podríamos consolidar con lo afirmado por Laurence Whitehead (2011, 166) ante la insuficiencia del órgano de justicia, en tanto que daría respuesta fundamentalmente a *"los casos de violación más flagrantes"*, por lo que se requeriría de un *"acatamiento tácito"*, y así considera que *"como soporte de la defensa formal del imperio de la ley debe haber una estructura informal de monitoreo y controles o reglas implícitas que siempre estarán bajo tensión"*; y ello implicaría la existencia de reglas de juego no formales dirigidas a desarrollar una cultura política ciudadana de ejercicio de las virtudes y desarrollo de opinión anticorrupción, así como de sentido de convivencia y de la confianza que deriva del capital social. En esas condiciones ha de surgir una cultura de buenas relaciones humanas, que se expresa en el diario intercambio en la dinámica social, proclive a un ambiente de respeto y reconocimiento del otro (otredad).

Y aunque constituye un aspecto importante, el bienestar general no se reduce a lo económico; siendo que se expresa en las condiciones económicas favorables para el ciudadano, pero también en un ambiente de buena comunicación, de compartir y de tolerancia.

En sentido extremo, la historia nos ha mostrado momentos difíciles de destrucción de lo existente, deterioro orgánico social, detrimento de la vida en sociedad. Aunque, en ocasiones ello es producto de la descomposición de la misma sociedad, también se vincula a la actuación errada de dirigentes o líderes, por incapacidad o con intencionalidad. Y es algo que hay que examinar en cada contexto.

## **2.2. Bienestar general en la Venezuela del siglo XX y su reflejo en lo político-institucional**

Durante el siglo XX, en términos generales, Venezuela logró un avance importante en las condiciones de vida de la población en lo socio económico; pero ello estuvo relacionado con la producción petrolera, y en su condición de petro-Estado (Terry Karl 1997), lo que Asdrúbal Baptista (1997) prefiere denominar capitalismo rentístico, se generó una dependencia del individuo y de la sociedad en general, derivada del paternalismo estatal asumido tanto por el Estado como por la sociedad. Así, también se desarrolló una cultura rentista que llegó a marcar subjetivamente al individuo.

En el ámbito político, luego de la primera fase de ese siglo, caracterizada por la superación de la inestabilidad del siglo XIX, pero sostenida en la

rigidez de regímenes autoritarios, se inicia una experiencia democrática, que en nuestra historia constituye un oasis en dos siglos de república plenos de autocratismo. Ella tuvo un precedente en los años cuarenta, que fue el periodo conocido como "Trienio adeco". Así durante la segunda mitad del siglo pasado vivimos en una democracia que fue consolidándose con el tiempo, pero que en el momento de surgir una crisis de crecimiento, que es muy propia de la democracia en su evolución, por su complejidad (Danilo Zolo 1994) y por ser algo que siempre está en desarrollo (Marcel Gauchet 2008), lo que se expresa en una historia activa, como lo indica David Held (2001), no hubo una conducta acertada de parte de sectores de las élites socio-económicas (incluidos los medios de comunicación). Ellos jugaron a la anti-política, con un discurso antipartidista que centraba en los políticos la culpa de los males. Mientras la élite política cedió a esa presión, perdiendo el norte ante la dificultad del descontento social por medidas económicas del segundo Gobierno de Carlos Andrés Pérez, las que habían sido definidas con acierto, pero fueron instrumentadas con errores estratégicos en su inicio, como se desprende del análisis de Héctor Silva Michelena (2006). El Presidente Pérez, asesorado por los denominados "Chicago Boys", quiso impulsar y emprender un cambio de orientación en la economía venezolana, lo que implicaba la intención de superar su carácter rentístico, y se expresó públicamente con el inicio de la instrumentación de unas políticas económicas que fueron anunciadas, al comenzar la gestión de su segundo periodo de gobierno, mediante una estrategia "tipo shock"; con lo que se produjo la reacción de febrero de 1989 (el "caracazo"), expresión de cierta frustración, pues la dinámica de la campaña electoral estuvo indirectamente ligada a la expectativa de volver a las condiciones de su primer periodo de gobierno, derivadas del auge mundial del petróleo vivido en ese momento. Ese shock sirvió de excusa para que posteriormente, se irrumpiera (en sentido fáctico) contra el Estado y el sistema democrático, acción que según Silva Michelena (Ibidem) ya no se justificaba, en razón de los avances económicos alcanzados para ese momento (1992), según los estudios realizados y sus resultados expresados en números.

No obstante, debemos destacar que para esos momentos se había desarrollado un significativo debate en torno a una posible reforma del Estado, y ello se había traducido en propuestas institucionales formalmente presentadas, como lo fue el Proyecto de Reforma de la Constitución; pero más significativo aun, se había iniciado una experiencia institucional de Reforma del Estado, con modificaciones en la legislación que condujeron a la elección directa de gobernadores y alcaldes en diciembre de 1989; siendo que los electos estaban realizando gestiones que derivaron en mejor prestación de los servicios de salud, en lo que se destacaron seis de los estados integrantes de la federación, además de la mejoría en otros aspectos.

Pero en esas condiciones en las que nos encontrábamos, se dio una situación paradójica, pues bajo la influencia de la acción de esos sectores socio-económicos ya mencionados, la élite política tomó desacertadas decisiones político-institucionales que afectaron significativamente el funcionamiento del régimen democrático, como lo fue el enjuiciamiento y defenes-

tración del Presidente de la República, finalizando ese periodo presidencial (quedaba sólo un año) con cierta inestabilidad de un Gobierno transitorio, durante el cual se expresaban, en condiciones de conflictividad, la instrumentación de reformas y la presión de la antipolítica (Urdeneta 2012). El enjuiciamiento giro en torno a una colaboración instrumentada de forma irregular como ayuda al gobierno nicaragüense del momento, amenazado en su estabilidad; lo que sumó una cantidad irrisoria con respecto a los montos manejados por los gobiernos del actual régimen, en ayudas menos justificadas, y lo que, en su momento, no ha generado la reacción producida en los 80-90 del siglo pasado. Una paradoja en sentido inverso a la anterior.

En medio de la situación antes señalada, irrumpe en la escena política un nuevo sector conformado por ex integrantes de las Fuerzas Armadas que habían participado en los dos fallidos golpes de Estado, producidos al comienzo y a finales de 1992, más aquellos políticos que se aliaron a ellos, conformando un movimiento político expresado en una organización que fue identificada con las siglas MVR-200, haciendo alusión a la Quinta república como aspiración política de cambio; pero ello no pasaba de ser una expresión retórica, en tanto que a diferencia de Francia y De Gualle (en su oportunidad), en Venezuela es discutible que haya existido esa cuarta república, por lo que no hay una quinta ni habrá una sexta que algunos han ofrecido (Urdeneta *Ibidem*). Esa organización partidista estaba constituida por dirigentes políticos desprendidos de sus antiguos partidos (incluidos AD y COPEI, no sólo la izquierda) y militares retirados golpistas, alianza que refleja cierto sentimiento pretoriano existente en civiles y militares, al que se refiere José Machillanda (1988); y que forma parte de la cultura política en la historia de nuestro país, al punto de expresarse en actitud de madres que desean fervorosamente que sus hijos se hagan militares, además de la manida costumbre de conmemorar fechas patrias de naturaleza civil con la celebración de desfiles militares; y lo que contribuye al sostén de mitos, tales como: el héroe, el hombre fuerte pero bueno, y otros (J. C. Rey 2002; G. Carrera Damas 2006; E. Pino Iturrieta 2006; H. Bauzá 2007).

En ese contexto, se desarrollan condiciones propicias para el surgimiento de un liderazgo populista, encabezado por quien estuvo al mando del primero de esos golpes, quien al concedérsele la libertad, mediante decisión presidencial de sobreseimiento de la causa, asumió una actitud abstencionista; pero luego al ser convencido por algunos dirigentes políticos (con experiencia) que se le habían acercado, se atrevió a desarrollar una campaña política con miras a su participación en las elecciones de diciembre de 1998, evento en el que obtuvo el triunfo con una votación considerable.

Ya en su condición de Presidente de la República, Hugo Chávez promueve la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, para lo que se logra una interpretación favorable de parte de la Corte Suprema de Justicia, mediante sendas decisiones de la Sala Político Administrativa; lo que significó un respaldo institucional suficiente para esa convocatoria, además de cierta justificación de tipo jurídico. Se trata de sentencias explicables por el ambiente favorable a los cambios derivados del debate al que nos hemos referido antes. Con esa ANC, como órgano disruptivo de la institucionalidad,



se aprueba una nueva Constitución (la número 26). En su Preámbulo se asume como motivación del cambio, ese reinicio que se ha asentado como mito histórico-cultural y que ha llevado a la profesora Kosak Rovero (2008) a definir a Venezuela como *“el país que siempre nace”*. Así, encontramos en el texto del Preámbulo: *“El pueblo de Venezuela ...con el fin supremo de refundar la República ...en ejercicio de su poder originario ...decreta la siguiente Constitución”*.

### **2.3. Deterioro socioeconómico, cultural y político**

La acción de gobierno del actual régimen ha conducido a la destrucción constante de la sociedad venezolana en los diversos ámbitos: social, económico, político y cultural.

En lo económico, además del deterioro en la producción de bienes y en el desarrollo de las actividades comerciales, se ha destruido la producción de hidrocarburos, la industria petrolera y el comercio de sus derivados. De tal manera que se ha afectado las fuentes de producción, procesamiento y comercialización, así como toda la infraestructura para el desarrollo de esas tres fases de la economía petrolera. Resulta patético que siendo uno de los países con mayores reservas petroleras y uno de los principales productores insertos en la OPEP, y además uno de sus fundadores, no sólo se haya disminuido significativamente los índices de producción, sino que hayamos llegado al extremo de importar gasolina para el consumo interno. Y lo más grave en todo esto es la orientación que se ha dado a la política petrolera, siendo que lo determinante ha sido el uso de esas riquezas, y del producto elaborado, para soportar políticas de alianza internacional, mediante concesiones gratuitas de hidrocarburos y sus derivados, acompañado del descuido de la producción, procesamiento y comercio, así como de la respectiva infraestructura. Todo ese deterioro va unido a la fatal decisión presidencial, en los primeros años de este siglo, de despedir la mayor parte del personal de la empresa *“Petróleos de Venezuela”* (PDVSA), desprendiéndose de ese significativo soporte que era el recurso humano especializado, capital humano altamente formado y con experiencia; dejando luego a PDVSA en manos de un nuevo personal sin preparación adecuada, sin experiencia en el área y sin una orientación clara del qué hacer y cómo hacer en esa área. Ese abandono de la empresa petrolera se ha reflejado (entre otras cosas) en la desaparición del mantenimiento, no sólo como necesaria práctica de preservación, sino como concepto a ser entendido y manejado por el personal de la empresa. Lamentablemente esa falla y deficiencia se ha proyectado a otras esferas, incluida la estructura requerida para la prestación de los servicios por parte de organismos estatales; lo que redundará en efectos negativos sobre el bienestar general.

De tal manera que lo sucedido con el petróleo, al reflejarse y proyectarse en el funcionamiento del resto de la organización económica y social, así como en la prestación de los servicios, a lo que está obligado el Estado venezolano en los diferentes niveles del poder público, ha derivado en la destrucción de la economía venezolana en general, afectando la obtención de

los necesarios ingresos para garantizar las mejores condiciones de vida en sociedad. Así, ha sido afectada la natural aspiración al bienestar general y a obtener calidad de vida suficiente. Debaque que se ha traducido, no sólo en el precario desenvolvimiento de la vida del venezolano, el empobrecimiento y casi desaparición de la clase media, la desmejora de condiciones del empresariado nacional, sino que también ha provocado una impresionante diáspora, al punto de elevarse los índices de emigración hasta los siete millones de venezolanos. Es una paradoja histórica. La mesticidad (condición mestiza) de nuestra sociedad que fue clave en la conformación de la expresión cultural del venezolano y en el sustento de un conjunto de ventajas comparativas de las que disponía, entre las cuales se puede destacar la fácil adaptación, se había consolidado en diversas fases de inmigración ocurridas en el siglo pasado; pero ahora es el venezolano el que emigra, siendo que esas ventajas comparativas le permiten sobrevivir, pero también pueden ser de utilidad para la posible contribución al desarrollo del país receptor. No obstante, no se puede obviar que también ha habido problemas de recepción en algunos países, lo que ha incidido tanto en el venezolano en su condición de inmigrante, como en los familiares que permanecen en Venezuela (por lo menos en sentido anímico).

Lo antes descrito expresa la situación actual del país. Y ese deterioro que la caracteriza se hace de obligatoria consideración para el desarrollo del tema planteado, en tanto que la definición de políticas de recuperación y restablecimiento de la infraestructura está considerada como un objetivo central, y en ello se inscribe la reinstitucionalización. Asimismo, se advierte que con la reinstitucionalización planteada se dará un marco claro para el diseño de políticas dirigidas al restablecimiento de las condiciones de recuperación socio-económica, en las que se formulen las bases para la participación ciudadana y la deliberación democrática, con la inclusión de todos en ese proceso. De manera que la transición hacia una nueva democracia (re-democratización) será una tarea de todos, orientada con criterios inclusivos, y entendida como un reto para la dirigencia.

Y como consideración final de este punto, hemos de recordar que cuando, por razones diversas, una sociedad pierde o va perdiendo las condiciones necesarias para una suficiente calidad de vida, en el seno mismo de la sociedad (por ser un cuerpo vivo) se generarán respuestas e iniciativas que tiendan a recuperarla, o en caso contrario, ahondar la pérdida. De allí la apuesta de sectores sociales por una renovación en busca del restablecimiento del bienestar general; haciéndose necesario que la dirección política asuma su obligación de orientar los procesos de recuperación con miras a un futuro desarrollo sostenible, que también ayude a la gobernabilidad y la gobernanza en las relaciones Estado-sociedad, y de esa manera prevenir las amenazas de reincidir en crisis.

### 3. Institucionalidad y cambio

#### 3.1. Reglas de juego y diseño institucional

Partimos de considerar que las instituciones son las reglas del juego, tal como lo considera Douglas North en su obra "Instituciones, cambio institucional y desempeño económico" (2001). Ello trasciende consideraciones de técnica jurídica y colide con una clasificación teórica que distingue instituciones reglas e instituciones organismos, la que marca el uso tradicional del vocablo instituciones para referirse, indistintamente, a las normas que rigen en un contexto determinado y a las organizaciones que actúan en esos contextos. Así, al asumir las instituciones como reglas de juego, debemos entender que los actores sociales (jugadores) activan en la sociedad (juegan) conforme a esas reglas.

Asimismo, abrigamos la amplitud y complejidad del neo institucionalismo, superando la rigidez de un viejo institucionalismo rígido y formalista, con soluciones centradas en cada disciplina, y asumiendo la existencia de diversidad de ópticas para el estudio de las instituciones, por lo que se ha dicho que no hay un neo institucionalismo, sino varios neo institucionalismos (Guy Peters 2003). De allí que el neo institucionalismo implica inter y transdisciplinariedad en el análisis y estudio de las instituciones.

Siguiendo esta interpretación no formalista de las instituciones, y en especial atención a su condición de reglas del juego, tenemos que recurrir a los conocimientos derivados de la teoría de juegos y de la teoría de sistemas aplicados a los estudios sociales y políticos (Lilienfield 2004 y David Easton 2001). Asumiendo la distinción entre sistema cerrado y abierto, con las ventajas de flexibilidad del segundo; así como la preferencia por el juego suma variable (ganar - ganar) con el que se puede resolver conflictos, antes que el suma cero (gano lo que tu pierdes), propio de la guerra.

Y para los efectos del tema que estamos tratando, siendo que lo fundamental de las instituciones es su durabilidad, debemos destacar que la clave para ello está en una característica muy importante de las instituciones: la adaptabilidad. De manera que la perdurabilidad de las instituciones está importantemente determinada por la capacidad que ellas tienen de adaptarse a los cambios, a las nuevas situaciones, a las nuevas realidades. Por lo que es importante entender que respondiendo a la necesidad de adaptación, el marco normativo (o marco regulatorio) deberá transformarse para que haya eficacia en la regulación, lo que se produciría no sólo con cambios o sustituciones en las reglas formales, sino también con nuevas interpretaciones en la aplicación de las mismas. De allí que sea necesario diseñar, con variabilidad, instituciones flexibles y abiertas con base en la experiencia y la evolución; de manera que se pueda atender a posibilidades de revisión, siendo que por su solidez pueda adaptarse de manera superficial a nuevas circunstancias que no signifiquen cambio fundamental o estructural, y por lo que han de ser sensibles a la complejidad motivacional.

Pero, hay que advertir que esa eficacia está reñida con los posibles abusos, en el sentido de un exceso normativo, caracterizado por ilimitada creación de normas, tanto en cantidad de reglas como de materias reguladas (situaciones, objetos, temas), por lo que lejos de regular, se traduce en limitación fáctica a la actuación ciudadana. Esos excesos en la producción normativa se constituyen en una asfixia regulatoria que puede comprimir la dinámica social en sus diversas expresiones, incluido el desarrollo de la actividad económica.

Asimismo, debemos tener en cuenta que esas reglas no sólo son formales o escritas, también tenemos las no formales o no escritas, y ambas son expresiones de las reglas sociales y las jurídicas. Así, en nuestro caso, podemos señalar que en el ámbito jurídico, no obstante caracterizarse nuestro derecho por ser fundamentalmente escrito, operan normas formales y normas no escritas, tanto en la regulación que afecta el comportamiento de los particulares como en la regulación de la actuación de los entes públicos (estatales). De manera que las reglas que rigen una sociedad determinada se mueven en una simbiosis que vincula norma y realidad, siendo que la una incide sobre la otra en una dinámica fluida que contribuye a la adaptabilidad sin el aprisionamiento de un marco rígido. Esa flexibilidad es la apropiada para los entendimientos y acuerdos necesarios para la coexistencia en busca de la convivencia social, los cuales se alcanzan por medios informales, aunque luego puedan expresarse de manera formal. Lo que es clave para entender la política como arte de posible.

En cuanto al diseño institucional, abrigamos la tesis del neo institucionalismo, teniendo en cuenta las consideraciones de autores como Robert Goodin (2003), B. Guy Peters (2003) y Robert Lilienfield (Ibidem), y asumimos la apreciación según la cual hay una diversidad de ópticas sobre el estudio y análisis del surgimiento de las instituciones y el cambio institucional. Y ésta es una materia que abarca: diseño de políticas, de mecanismos y de sistemas completos, por lo que resulta importante atender al ingrediente intencional en estas tareas, así como a las restricciones de carácter histórico que afectan la acción individual y grupal que es fuerza motriz de la vida social.

Asimismo, debemos considerar que los procesos de transformación se dan de tres maneras: accidente, evolución e intención; siendo que la primera tiene que ver con imprevistos, la segunda responde a un proceso de modificaciones que se producen en el transcurrir del tiempo y conforme a condiciones temporales e históricas, y la tercera es el producto de la intervención deliberada de individuos, grupos y dirigencia, lo que puede incluir una eventual planificación. Son tres elementos que no se excluyen sino que se combinan, de manera que hasta en los cambios por accidente puede detectarse algún grado de intencionalidad, lo que en ocasiones se asienta en errores de los actores y de la dirigencia. A esto hay que añadir que las instituciones cambian de modo incremental y no de forma discontinua, incluso revolución y conquista no son totalmente discontinuas. De manera que al producirse un cambio estructural, en el nuevo sistema habrá elementos generados en el viejo.

Y atendiendo a las explicaciones de la teoría de juegos, hay que distinguir dos tipos de cambio: de equilibrio y de estructura. En el primero, el equilibrio del sistema no se rompe sino que sufre una modificación que da lugar a un nuevo equilibrio; mientras que en el segundo la presión hacia el sistema (de origen interno o externo) es tan fuerte que ocasiona la ruptura del equilibrio, afectando la naturaleza del sistema, produciendo un cambio significativo, transformando el universo cultural de valores y la función de estabilidad normativa.

El grado de intencionalidad va relacionado con la tarea de diseño institucional, lo que no significa decretar el surgimiento de instituciones ni sus cambios; ambos se dan en condiciones de complejidad, por lo que para el análisis y estudio del diseño institucional hay que tener en cuenta diversas variables: los planes, los actores, los valores histórico-culturales, los elementos socio-económico y políticos, las condiciones coyunturales, las acciones hacia el sistema (intra y extra societales), la efectividad del *feedback* o retroalimentación ante tales acciones, y otras variables. Y al traducirse la intencionalidad en la planificación se ha de buscar el diseño óptimo, lo que implica que la correspondencia con el contexto o ambiente conduce a instituciones funcionalmente bien adaptadas.

A los efectos del presente trabajo, y específicamente con respecto al área de los estudios constitucionales, debemos tener en cuenta, además, el planteamiento de Giovanni Sartori (2000) en el sentido de la ingeniería constitucional como expresión del diseño normativo, sobre todo si entendemos que esta área es la que permite comprender la convergencia o encuentro de lo político y lo jurídico (sin confundirlos), siendo que ninguno determina la existencia del otro, por lo que no compartimos la expresión Derecho Político que ha sido utilizada para identificar el Derecho Constitucional como especialidad. Esta interpretación de Sartori nos ayuda a entender la necesaria relación entre la creación de ese marco normativo mayor con las condiciones sociales, económicas, históricas, culturales y políticas, a las que ha de responder la normativa constitucional como marco institucional, lo que el constituyente debe entender y manejar desde su presente con miras a futuro. Asimismo, debemos recordar que Sartori se refiere a ingeniería en el mismo sentido de mecánica (diseño y funcionamiento de máquinas); y llevado al sentido institucional, significa que se requiere estructuras basadas en incentivos, lo que está vinculado a castigos y recompensas; por ello las Constituciones son entendidas como "*instrumentos de gobierno que limitan, restringen y permiten el control del ejercicio del poder*" (Sartori *Ibidem*). De manera que el diseño constitucional se corresponde con la ingeniería de un efectivo funcionamiento de la sociedad (instituciones y dinámica social).

### **3.2. Institucionalidad en crisis**

Ante la desmejora de condiciones socio-económicas, a la que nos hemos referido antes, dado que se dio con una sensible incidencia en la institucionalidad, tanto social como estatal, se hacía necesario, de parte de la dirigencia social impulsar los cambios necesarios que estuvieran dirigidos a

solventar la situación, produciéndose en consecuencia lo que en sentido sistémico es considerado como cambio de equilibrio, que no afecta de manera importante las bases del sistema; y con ello evitar que pudiera ocurrir un cambio de estructura, que, afecta de manera importante las variables sistémicas fundamentales, produciendo su transformación, la que se puede traducir en el surgimiento de un nuevo sistema. Mientras que a la dirigencia política, desde instancias estatales o fuera de ellas, le correspondía instrumentar esos cambios de equilibrio o contribuir en ello. Lo que en el caso de la dirigencia estatal implicaba hacerlo en previsión de un tránsito, no querido, hacia la conformación de otro régimen o sistema político. Pero, en la Venezuela de la última década del siglo pasado, eso no fue lo que ocurrió, pues parte importante de ambas dirigencias actuaron en sentido contrario, aunque se había desarrollado un significativo debate en torno a una posible reforma del Estado.

En el marco de ese debate, la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), creada en 1984 y eliminada en 1999, presentó las propuestas de reformas en 1986. La labor realizada hasta entonces por ese ente, consistió en el diseño de propuestas de reformas para ser discutidas y que luego pudieran ser instrumentadas por los órganos del Estado a los cuales correspondiera hacerlo según sus funciones y competencias. Esa era la tarea que le correspondía, y la cumplió oportunamente y con la calidad que se requería; por lo que no podía ser entendida como un ente obligado a hacer las reformas, como lo expresaron algunos críticos que endosaban a la COPRE parte de la responsabilidad en lo ocurrido, por “conducta omisiva”. En ese trabajo de diseño hubo una significativa participación de profesionales universitarios formados en diversas áreas, algunos lo hacían en la condición de asesores contratados o como funcionarios adscrito a ese ente, y otros como colaboradores; y de ellos, los que hacían docencia universitaria lo llevaban a sus labores de investigación y lo expresaban en sus clases. Por lo que el debate sobre las reformas se daba de manera institucional y se reflejaba, de alguna manera, en la comunidad.

Era una especie de reinstitucionalización en democracia, en tanto que parte del amplio debate que se realizaba a finales de los 80 fue asumido como expresión de la institucionalidad estatal por la Comisión Bicameral que presidió el Senador Vitalicio Rafael Caldera; lo que se centró en una posible modificación parcial de la Constitución de 1961 (enmienda). De modo que, en ese momento, la discusión se desarrolla fuera y dentro del Parlamento, siendo que el debate en la Comisión contó con la asesoría indirecta, y sin remuneración, de un importante número de expertos que asistían a reuniones de la Comisión o estaban pendientes de sus resultados; e igualmente hubo la presentación de propuestas de parte de organizaciones sociales, a lo que la Comisión dio la debida atención. Y en vista del ambiente creado por lo ocurrido desde 1989, se asomaba con cierta fuerza, entre los años 1991-92, la idea de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente. Asimismo, la Comisión fue influida por el ambiente creado por los golpes frustrados, y acelerando su trabajo presentó, en marzo de 1992, el Informe contentivo del Proyecto de Reforma General de la Constitución, iniciándose

como consecuencia un debate parlamentario mal llevado y mal orientado, que según Caldera (Discurso / Senado. 1992) había caído en la rutina parlamentaria (Combellas, 1993).

### 3.3. Órgano legislativo

En razón de lo antes revisado, observamos que en la experiencia democrática de nuestro siglo XX, el órgano legislativo nacional cumplió un importante papel. Además de garantizar la deliberación en el orden político y la producción de leyes a los fines de dar un marco regulatorio a la dinámica socio-económica y política, como tarea natural; jugó un papel relevante en ocasiones de trascendencia, como fue: (i) la aprobación de la Constitución de 1961, (ii) ser sede del debate político en los momentos críticos iniciales, (iii) albergar en parte los escenarios para el debate sobre la reforma del Estado y en tal sentido aprobar algunas reformas legislativas, estudiar, debatir el Proyecto de Reforma general de la Constitución en 1992-93. No obstante vivió momentos negativos, como lo fue: (i) la suspensión de garantías en los 60 y su extensión hasta el momento de entrar en crisis la experiencia democrática, (ii) su debilidad en la conducción del debate sobre la Reforma del Estado, incluido y el diferimiento del debate constitucional en los 90, (iii) su papel en torno al enjuiciamiento del Presidente CAP. Lamentablemente, su aporte a la federación se quedó en la aprobación de leyes y reformas de leyes para hacer posible la elección directa de gobernadores y alcaldes en diciembre de 1989.

En este texto se resume la significación del rol del órgano legislativo nacional en la institucionalidad democrática venezolana del siglo pasado.

## 4. Legislativo nacional y paralelismo institucional

### 4.1. El diseño

En principio es importante tener en cuenta que en nuestro siglo XXI tenemos un parlamento, cuya denominación formal ha cambiado (como parte de un excesivo ejercicio de retórica) de Congreso Nacional a Asamblea Nacional, pero además su estructura fue transformada por el Constituyente de 1999, pasando de bicameral a unicameral, con explicación (también retórica) que la justificaba por tratarse de una revolución, lo que carece de base, pues en el mundo la condición unicameral o bicameral del parlamento se observa tanto en una como en otra tendencia de orientación teórico-política. Lo importante a destacar es que tal modificación estructural es totalmente contradictoria con la definición constitucional del Estado federal, pues en esta forma de Estado es necesaria, además de la Cámara de representación de la población, la existencia de otra Cámara, considerada y definida como la Cámara federal, con la integración paritaria de sus componentes. Comúnmente se les ha distinguido como Cámara Alta y Baja.

Así, es importante recordar que en el artículo 4 constitucional se indica que la República venezolana "...es un Estado federal descentralizado en los

*términos consagrados en esta Constitución y se rige por los principios de integridad territorial cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad*". Ello significa que el constituyente recogió la preocupación que había en el debate sobre la Reforma del Estado, en cuanto al mantenimiento de lo que fue denominado como federación centralizada, aunque en la Constitución de 1961 se preveía la posibilidad de afianzar el Estado federal con las ventanas abiertas de los artículos 22 y 137, los que fueron puestos en funcionamiento con las reformas legislativas de 1989, permitiendo vivir la experiencia descentralizadora de los 90. Y asimismo, tomó de ese debate cierta preferencia por la experiencia alemana, lo que está recogido en la enunciación de los principios del modelo de federación cooperativa que es el alemán. Y estas consideraciones que aquí hacemos tienen su soporte en lo señalado en la Exposición de Motivos, siendo que en el párrafo respectivo se hace referencia a esa denominación, relacionándola con el pasado, así como a los principios, identificándolos con el modelo cooperativo.

### **4.2. Su actuación**

En el caso de este legislativo su actuación se ha caracterizado por consolidar una mayoría obtenida inicialmente en procesos electorarios en los que se dio cierto respeto a las formas democráticas, que es lo propio de un régimen híbrido, hasta consolidarse como una mayoría excluyente, y estructurada por medios no democráticos. No obstante, con tal mayoría, ese parlamento no logró la aprobación de la reforma constitucional en 2007. De allí que la acción del régimen derivó hacia formas más explícitas de control, en las que el Parlamento tiene un papel secundario o menos importante, aunque sigue "legislando" en consonancia con el objetivo de consolidar el rol central del Ejecutivo nacional.

La legislación se ha debilitado como función específica del parlamento con la creación de leyes excesivamente favorables a la orientación específica del ejecutivo, incluyendo la violación expresa de las normas constitucionales; pero más significativo aun con la delegación legislativa amparada en la declaración de Estados de excepción, muy repetidos (y en un número importante), muchos de ellos simulados en la aprobación de leyes habilitantes, lo que se traduce en un excesivo número de "Decretos con rango y fuerza de ley", mediante los cuales también se viola las disposiciones constitucionales.

Es en ese marco contextual que debemos revisar el rol del parlamento en un proceso de paralelismo institucional, en el que los órganos Legislativo y Judicial actúan a favor del Ejecutivo nacional respaldando sus acciones y decisiones.

De tal manera que el órgano legislativo nacional se degrada, siendo que la función legislativa se reduce de manera significativa con una excesiva delegación, la función deliberante no ha implicado diferencia sustantiva con el Ejecutivo, en una primera fase enmarcada en la contradicción de posiciones gobierno-oposición, para luego reducirse, con una oposición ausente, al



apoyo manifiesto al Ejecutivo, lo que significa la definitiva inhibición en el ejercicio de su función de control político del ejecutivo nacional.

### **4.3. Legislativo y federación descentralizada**

Tal como lo señalamos antes, el diseño constitucional incluye al Estado federal descentralizado. Pero las contradicciones en el texto constitucional, en tanto que declara ese Estado federal (art. 4) y consagra la descentralización como política nacional (art. 158), al mismo tiempo amplía las competencias del Poder Nacional (art. 156) y las atribuciones del Presidente de la República (art. 236), con respecto a lo que estaba establecido en la Constitución anterior (1961). Y no obstante que crea el Consejo Federal de Gobierno como un órgano para “...la coordinación de políticas y acciones para el desarrollo del proceso de descentralización y transferencia de competencias...”, del cual dependerá el Fondo de Compensación Territorial, la composición de su Secretaría es favorable al Ejecutivo nacional (art. 185).

Estas condiciones institucionales tienden a dificultar que se haga una realidad la descentralización del Estado federal. Pero, además, hemos de tener en cuenta que al diseñar la institucionalidad parlamentaria con la ausencia del Senado como Cámara de la federación, en tanto que representa a los estados federados, la actividad parlamentaria redundando en la ausencia de un mecanismo para impulsar la descentralización y fortalecer la federación.

A ello se añade que las acciones, que hemos relatado antes, han incidido en el ejercicio de un centralismo que niega la condición del Estado venezolano como federal, al que la Constitución distingue como descentralizado. Lo que implica que en la práctica, ambas condiciones (fácticas y normativas) hayan redundado en la anulación de las gobernaciones y alcaldías y los respectivos órganos legislativos de estados y municipios (tema en el que no ahondaremos por formar parte central de otros trabajos).

### **4.4. Desconstitucionalización y otras ilegitimidades**

El paralelismo institucional, al que nos hemos referido antes, ha ido combinado con la expresa violación y desconocimiento de la Constitución formalmente vigente.

Ello se evidencia en la actuación de funcionarios afectos al régimen, que conduciendo órganos de gobierno, desconocen la existencia de otros órganos, por la sola razón de estar dirigidos por quienes no comparten la misma posición política. Lo que ha implicado, entre otras cosas, la “sustitución” de esas autoridades con la designación ilegal e ilegítima de una autoridad paralela. Su ilegalidad viene dada por la inexistencia, formalmente válida, de un instrumento normativo que lo fundamente; mientras su ilegitimidad tiene relación con el desconocimiento de la voluntad popular expresada en un acto electoral, pues el “sustituido” es un funcionario que ha sido electo. La ilegalidad de tal usurpación de autoridad, significa el desconocimiento de la ley de leyes, siendo que la Constitución vigente considera que:

*“Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos”* (art. 138); por lo que tal ilegalidad, de ser una cuestión simplemente formal pasa a ser soporte para considerar la ilegitimidad del acto de usurpación, y reclamar en consecuencia.

En el ámbito normativo, con una cierta aceptación de la existencia del funcionario usurpado, se han producido normas de diversos rangos o niveles (ley, reglamento, decreto, resolución), alterando la funcionalidad del ejercicio del respectivo cargo. Ese paralelismo institucional ha contado con el respaldo de decisiones de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), con interpretaciones que constituyen una flagrante violación o desconocimiento de la Constitución. Todo esto, nos llevó en una oportunidad a plantear que el régimen actuaba siguiendo una “Constitución” no escrita que estaría conformada por toda esa normativa, pero sustentada en la voluntad de quien ejerce el poder y no en los hábitos y costumbres del pueblo. La denominamos (con la intencionalidad del caso) “la otra Constitución” (A. Urdaneta 2013).

Esa violación expresa y continua de la Constitución ha sido considerada por diversos constitucionalistas como expresión de quebrantamiento y mutación constitucional. Entendiendo por quebrantamiento la infracción de una disposición o precepto en particular, sin que ello se corresponda, necesariamente, con otras situaciones; mientras la mutación es considerada como una alteración que se produce sin modificar el texto constitucional.

Pero, también tenemos la desconstitucionalización, la perversión y el fraude constitucional (Casal 2011). Siendo que el fraude se produce frente al poder de reforma; y la desconstitucionalización se refiere a la sustracción de una materia de la Constitución, llevándola a nivel de ley, aunque ello no implique desconocimiento general de la carta Magna; mientras que la perversión tiene un sustento histórico en el camuflaje de regímenes autoritarios y totalitarios, lo que estaría sucediendo en nuestro caso, correspondiéndose con el discurso expresado con una retórica que habla de cambio democrático, mientras que en lo fáctico se produce dominación y control, lo que se justifica con la propaganda revestida con la justificación del “bolivarianismo”. De esta manera, la ley de leyes es utilizada como arma política para la preservación del poder; por lo que, con respecto a la Constitución, Casal (Ibidem, 8) afirma que más que paralelismo se trata de *“supresión o puro uso instrumental”*. En tal sentido, podríamos pensar que recurrir a fortalecer mitos como el de la refundación tiene que ver con una insuficiencia en el proyecto de cambio que se había planteado un sector, combinada con la necesidad de justificar su actuación, llevándolo a condiciones de propaganda como se entiende en el totalitarismo; por lo que mitos como ese sirven de apoyo para su uso instrumental.

Toda esa forma irregular e ilegítima de asumir la Constitución revela que la de 1999 fue producto de las condiciones contextuales, y aunque parcialmente encierra la intencionalidad de asumirla como asiento normativo de un régimen autocrático, su contenido es el producto del encuentro y entendimiento de sectores que coincidieron en el objetivo común de crear una

nueva Constitución. De tal manera que lo ocurrido entre 2007 y 2009 con el frustrado intento de reformarla y la aprobación de lo que llamaron “la enmienda”, evidencia que se había producido su agotamiento como instrumento para el sostenimiento de un proyecto personalista, aunque a ello contribuyera tanto algunas instituciones, disposiciones y reglas, como la interpretación hecha por el TSJ. La insuficiencia y agotamiento de la Constitución como instrumento de sostén del régimen, una vez frustrado el intento de sustitución o modificación constitucional, derivó en la intensificación de un proceso de producción de legalidad sin legitimidad, semejando cierto paralelismo constitucional, si se asume la existencia de otra no escrita, como lo hemos señalado antes (A. Urdaneta 2011, 18).

Haciendo una revisión crítica de los defectos de la Constitución de 1999, encontramos que ella: **(i)** forma parte de un pacto democrático con importantes déficits, es un instrumento aceptable pero perfectible; **(ii)** contiene el germen de la tendencia autocrática que con elementos de dominación total se desarrolló posteriormente hasta traducirse en el régimen autoritario militarista que es hoy; **(iii)** alberga elementos para asumir el desarrollo de un régimen democrático; **(iv)** contiene problemas de lenguaje, y en el fondo es un texto contradictorio; **(v)** en su vigencia se ha revelado una importante brecha de separación entre realidad y Constitución, lo que se relaciona con viejos problemas de cultura en los ámbitos jurídico y político.

Lo antes descrito permite explicar el comportamiento errático en torno a la Constitución, expresado en cierta falta de constancia en su uso, observación y respeto como norma clave de la institucionalidad. También, pudiera explicar que la inconstitucionalidad, no disimulada de parte de factores del régimen, se haya traducido en una paradoja. Muchos de quienes manifestaron oponerse a la aprobación de la Constitución, votaron “no” y promovieron el voto negativo en el referéndum aprobatorio en diciembre de 1999, ahora han manifestado o declarado considerar la Constitución vigente (la de 1999) como texto fundamental que ha de ser respetado para consolidar la democracia en Venezuela.

En todo caso, la revisión crítica permite entender la posibilidad de un restablecimiento de condiciones democráticas bajo la vigencia de esa Constitución. Por lo que no estaría negada una actuación parlamentaria transitoria que allanara el camino hacia la redemocratización.

## **5. Reinstitucionalización y redemocratización como propuesta**

### **5.1. Transición y reinstitucionalización**

La idea de transición implica el paso o el tránsito de un punto a otro, de un estado a otro o de una situación a otra. Implica un cambio o mudanza en un modo de ser o estar y supone una especie de etapa no permanente entre dos estados. Asimismo, se entiende por tránsito, el paso de una situación,

etapa o estado a otra u otro de carácter generalmente superior, lo que alude a un periodo de tiempo con diversas fases o etapas.

En política puede ser el tránsito entre sistemas, regímenes, situaciones, gobiernos; siendo más complejo en el caso de situaciones, regímenes o sistemas, pues no hay reglas o formas preestablecidas. Circunstancias y condiciones peculiares determinan la duración de ese periodo y la cualidad del proceso, dando un importante margen para la interpretación. De manera que la transición política es un proceso complejo, de duración y alcance indeterminados. El tránsito de un gobierno a otro carece de esa complejidad y está sometido a ciertas reglas, pero circunstancialmente pudiera formar parte de un proceso de transición.

También hay que tomar en cuenta el referente histórico y el análisis contextual, pues los cambios suelen ser el producto de la acumulación de tensiones, inconformidades, insatisfacciones, desesperanzas que progresivamente van alimentando la posibilidad de una transformación, o la necesidad colectiva de culminar un periodo para iniciar otra fase. Ellos se dan en su momento y tiene su propia dinámica; por lo que hay distinguir los que generan, producen o derivan en transformación, de aquellos que van derivando de una transformación inicial (Eladio Hernández, 2008: 87). Para esto es importante recordar la distinción sistémica entre cambios: de equilibrio y de estructura.

Cuando se trata de transición de régimen político, se observa que el mismo ha sido afectado por presión social y polarización política, con dispersión de actores, lo que puede derivar en crisis política e institucional, produciéndose una fase de inestabilidad e ingobernabilidad, crisis de credibilidad, manifestación de rechazo al régimen por una parte de la ciudadanía, inconformidad de una parte de su defensores; lo que genera pérdida de cohesión política y se traduce en un creciente descrédito y deslegitimación del régimen dominante y hasta del sistema político (M. L. Rodríguez U., 2011).

Y en lo que respecta a las transiciones a la democracia, los factores que contribuyen a ello son diversos y varían según el país analizado, pero se destacan: los conflictos en la clase dirigente, la modernización del empresariado, la crisis económica, los movimientos sociales, los cambios en la cultura política a favor de la democracia, y las transformaciones en el ámbito internacional que favorecen el colapso de las dictaduras (Rosario Espinal).

También cabe destacar las nociones de progreso y evolución, en tanto que históricamente se observan inevitables cambios evolutivos como la transición política desde las sociedades aristocráticas a las democráticas, y el paso de las sociedades premodernas (feudales, feudalizantes y tradicionalistas) a las republicanas (democráticas, individualistas y dotadas de una sociedad civil autónoma) como expresión de progreso (Salvador Giner, 2001: 154). Por lo que la idea de transición implica el paso a etapas o estados de carácter superior.

## 5.2. Proceso de transición

Asimismo, debemos aclarar que los procesos de transición pueden ser previstos, sospechados, intuidos, y hasta pueda contribuirse, en algún grado, a su aceleración o a su retardo o freno; pero no se les puede predefinir, pre-determinar, y menos decretar. Además, durante la transición las reglas de juego no están bien definidas sino que se encuentran en un estado cambiante y de fluidez (Rosario Espinal, *ibidem*). Esos procesos se dan, se viven; y a veces conducen a nuevas situaciones no esperadas por los actores en el proceso. No obstante, su estudio sistemático permite que, entendidos como procesos de democratización o hacia la democracia, se puedan distinguir tres tipos: **(i)** transición por transformación, reforma o tutela, **(ii)** transición por reemplazo, ruptura o colapso, y **(iii)** transición pactada o por traspaso (Méndez y Negri, 2010: 142); asimismo, se ha distinguido entre transición por autoexclusión, por colapso y por transacción.

Por otra parte, el estado de las relaciones entre actores condiciona y explica el desenlace de cada proceso y sus diferencias. Siendo que se producen interacciones cruciales entre gobierno y oposición, mientras hay división de fuerzas entre reformistas y extremistas en la coalición de gobierno, y entre radicales y moderados en la oposición. Y también se puede distinguir que: **(i)** en las transiciones por transformación, reforma o tutela, dentro del gobierno, los reformistas dominan sobre los ultraconservadores y en la oposición los moderados sobre los radicales; **(ii)** en las transiciones por reemplazo, ruptura o colapso, la interacción clave se produce entre moderados y radicales de la oposición, por un lado, y entre oposición y gobierno por el otro; y **(iii)** en las transiciones pactadas o por traspaso (transacción), la negociación principal se da entre grupos moderados de ambos bandos que, a su vez, dominan a los intransigentes de su sector (*Ibidem*: 142-143).

De igual manera, se observa que: **(i)** en la transición por transformación, es desde el gobierno que nace la intención de iniciar un proceso de apertura, debido a la debilidad o inexistencia de la oposición, por lo menos en un comienzo, y al éxito y fortaleza del régimen saliente frente a la sociedad civil, lo que le permite imponer su ritmo al proceso; **(ii)** la transición por ruptura se produce en contextos donde la oposición es capaz de ganar poder frente a un gobierno cada vez más desprestigiado, y en cuyo seno son inexistentes o son muy débiles los interlocutores moderados; y **(iii)** en el caso de la transición pactada o por traspaso, dentro del gobierno, los duros no son lo suficientemente fuertes como para imponer sus términos, y en la oposición los moderados controlan a los radicales; lo que permite que gobierno y oposición vean en la negociación un camino posible y ventajoso (*Ibidem*: 143).

Pero, puede suceder que una transición planteada originalmente como transformación o renovación, derive en colapso, aunque con algún grado de acuerdos; es el caso de la URSS (80-90). Gorbachov como líder apostó a superar deficiencias heredadas del stalinismo (Stalin-Brézhnev), y transitar a una democratización que consolidaría al socialismo, con las banderas de la perestroika (reestructuración) y el glasnost (transparencia); no obstante el proceso derivó en la disolución de la URSS.

### 5.3. Democratización y re-democratización

En la literatura política de finales del siglo pasado se hace énfasis en la transición a la democracia, o democratización, con especial referencia a América del Sur y la Europa Oriental y del Sur; y se da especial atención a la transición democrática española. Sin olvidar la compleja experiencia de la URSS y su área de influencia. Para ese momento, la experiencia democrática venezolana parecía consolidarse, como excepción a la realidad del sur del continente. En las décadas 80-90 se planteaba hacerla más democrática con la reforma del Estado, en un proceso de democratización en la democracia, no se pensaba en transición, propiamente. Pero, el análisis sobre la democratización ha perdido ímpetu en los últimos años, cediendo espacio al importantísimo tema sobre la calidad y los desafíos de las nuevas democracias, vinculado a los cambios y transiciones a finales del siglo pasado (Méndez y Negri, *ibidem*: 143). Y de nuevo Venezuela pareciera ser una excepción, nos hemos apartado de la calidad y desafíos de la democracia, y ahora debatimos sobre transición, pensando en re-democratización.

Ahora bien, hablar de democratización implica referirse a calidad de la democracia, entendido que en su seno se encuentran palancas para su perfeccionamiento y profundización; por lo que se hace necesario el fortalecimiento de la participación ciudadana y la ampliación de la agenda de deliberación; así como asumir la ciudadanía política como un estatus legalmente definido y, en los marcos del Estado de derecho, las garantías de libre información; y todo ello constituye condición necesaria al régimen democrático. De allí que las mediciones de calidad, además de elecciones libres de gobernantes, incluye la capacidad de elaboración de respuestas y legitimación de demandas sociales (O'Donnell 2003: 11-79).

También hay que señalar que en lo que va de siglo se ha venido produciendo una nueva ola de democracia deliberativa en el contexto europeo (Claudia Chwalisz, 2019), experiencias que podrían ser significativas para posibles opciones de institucionalización o reinstitucionalización democrática en otros contextos como el nuestro.

Finalmente, y con sentido de delimitación, hay que asumir con Bobbio (2003: 24-26) que hay elementos para una definición mínima de democracia: **(i)** las decisiones obligatorias han de ser tomadas con base en reglas, lo que corresponde a un importante número de miembros, **(ii)** es fundamental la regla de la mayoría para la toma de decisiones, pero ello va acompañado del respeto a las minorías, **(iii)** decidir o elegir a quienes lo harán requiere garantía de derechos (expresión, reunión, opinión, asociación...).

Por lo antes planteado, hablar de reinstitucionalización, en el caso venezolano de hoy, implica asumirla en el marco de las perspectivas de transición a la democracia. Y esa redemocratización se inscribe en un marco más amplio, la necesaria reconstrucción de un país, que ha sido destruido en diversos ámbitos (social, económico, cultural y político) como consecuencia de las políticas erradas (sobre todo las económicas) de un régimen que, habiéndose expresado en su hibridez inicial, se ha consolidado como régi-

men autoritario, militar y militarista. Y se ha degradado el Estado de derecho (que llegó a ser democrático, constitucional y social), al extremo de convertirlo en un Estado de hecho que inscribió su actuación en una alianza con la delincuencia internacional organizada, con sus expresiones locales para consolidar el control interno; mientras a escala internacional o global se enlaza con Estados que sostienen al terrorismo internacional, y con el narcotráfico. Lo que ha llevado a identificarlo como Estado forajido y criminal.

## **6. Lineamientos generales para una propuesta de reinstitucionalización democrática**

En los puntos que anteceden hemos delineado los elementos de análisis sobre transición democrática, mientras en este punto describimos un conjunto de elementos de orientación para asumir un proceso de reinstitucionalización. Es un aporte a un necesario debate sobre el tema, pero también va dirigido a contribuir en una propuesta impulsada por algunos sectores sociales y políticos. Las siguientes consideraciones, forman parte de una propuesta en la que hemos estado trabajando; los otros aspectos requieren de una publicación aparte.

**a.** La actual situación de crisis se caracteriza por su complejidad, llegando a niveles considerables de ingobernabilidad que inciden en la insostenibilidad del régimen; lo que permite pensar en posibilidades de cambio y transición. E implica la necesidad de reconstrucción de la república, lo que incluye una necesaria reinstitucionalización.

**b.** Esa reinstitucionalización no significa creación voluntarista de una nueva realidad mediante actos normativos, sino el acuerdo de nuevas reglas de juego de conformidad con condiciones contextuales, y con objetivos bien definidos. Tampoco puede ser asumida en el sentido de restauración del orden anterior. Redemocratización no significa restablecer lo que había antes, sino constituir (de nuevo) una república democrática. Implicaría preservar lo que haya de bueno en la experiencia anterior, así como la creación de nuevas condiciones para el desarrollo democrático. Tampoco ha de confundirse con la idea de refundación. En todo caso, el objetivo tiene que ver con la superación del pasado.

**c.** Ha de ser entendida, en sentido progresivo, como rediseño institucional de la República democrática, ante la destrucción institucional operada por el régimen. Su eje ha de ser la creación de condiciones para que haya gobernanza y gobernabilidad democrática, y atender a desarrollar ciudadanía, fortaleciendo las bases de la república y alcanzando calidad de democracia y buen gobierno. Igualmente, para generar capital social, ha de buscarse la creación de condiciones que produzcan un clima de confianza; así como alcanzar la necesaria cohesión social. Para ello será importante generar cooperación (juego cooperativo) entre diversos actores; así como atender a la disminución (en lo posible) de los respectivos costos de negociación e intercambio. La tarea de rediseño institucional requiere un marco de necesario consenso.

**d.** Implica la re-democratización tanto del Estado como de la sociedad. Ese proceso incluye un periodo de gobierno de transición; fase inicial que estará condicionada por posibles acuerdos o entendimientos.

**e.** Las previsiones que garanticen fluidez de información deben formar parte del rediseño institucional, a fin de crear garantías suficientes para un efectivo ejercicio de los derechos ciudadanos.

**f.** En cuanto a sufragio y sistema de partidos, se requiere de modificaciones al sistema electoral que permitan superar distorsiones de la actual legislación; así como la regulación del funcionamiento de los partidos políticos, tanto en su rol sistémico de ser parte de la institucionalidad democrática, como en su funcionamiento interno con base a reglas democráticas; superando insuficiencias de la actual legislación. Así mismo, deberá redefinirse la organización del CNE, suspendiendo su intromisión en procesos internos de sindicatos, gremios y organizaciones de la sociedad. Y en el caso de los partidos políticos deberá reducirse a su condición de instancia superior administrativa (previa a la judicial).

**g.** Desmilitarización, tanto del Estado como de la sociedad. Ello incluye redefinición del papel de la Fuerza Armada, como institución subordinada a la autoridad civil, despolitizada, al servicio de la república democrática, y defensora del régimen democrático. En tal sentido, la condición de Comandante en Jefe de la Fuerza Armada que la Constitución otorga al Presidente de la República, siendo que, en ejercicio de esa Suprema autoridad jerárquica, tiene como atribuciones dirigirla y fijar su contingente; no significa que el Presidente sea parte de la estructura militar con el cargo de Comandante en Jefe. Distorsión "legal" sólo explicable por la situación particular de Chávez. La reinstitucionalización en el ámbito militar requerirá de la asesoría de expertos en asuntos militares, sobre todo de expertos civiles en esa área.

**h.** Desestatización económica. El Estado ha de tener un papel regulador, sin que ello implique control de la economía, ni su actuación como Estado empresario. Su papel regulador tiene como limitación que la protección de los sectores vulnerables no afecte el funcionamiento de la economía, sino alcanzar el equilibrio necesario encerrado en la idea del Estado social de derecho. También significa superar la condición de capitalismo de Estado; proceso que implicará (no obstante) mantener, con empresas mixtas, cierto grado de intervención del Estado en la producción, especialmente en el área petrolera, en algunos casos temporalmente; pero, al mismo tiempo, el Estado se desprenderá (de manera definitiva) de instrumentos de producción en otras áreas, lo que podría asumirse progresivamente. Asimismo, esta faceta del rediseño institucional implica promover y garantizar condiciones para el funcionamiento de los mercados, lo que va ligado a la reindustrialización y a la mejora de condiciones para la producción agrícola. E igualmente deberá suspenderse tanto el control de cambio como el control de precios. También, habrá que tomar en cuenta el dialogo tripartito, para los efectos de algunas decisiones en esta materia. En términos generales, la definición de ese proceso habrá de tener en cuenta orientaciones tanto de tipo macroeconómico como microeconómico.



**i.** Federación y descentralización. Es necesario el restablecimiento del Senado como Cámara de la Federación, así como la creación de necesarias instancias de coordinación. Será un proceso de re-descentralización, partiendo de lo normado en la experiencia de los 90 del siglo pasado, más lo establecido en la Constitución de 1999 (superando sus contradicciones), como eje del federalismo descentralizado señalado en el texto constitucional. Pero, el objetivo será establecer condiciones para una efectiva descentralización, tanto política como administrativa, incluyendo el área de las finanzas públicas. Y ese proceso deberá darse en conexión con el desarrollo social y económico.

**j.** Educación. La efectividad del rediseño institucional está vinculada a una redefinición en el ámbito de la educación, en diversas áreas y niveles; y en ello es importante la educación ciudadana, pues sin ésta no se desarrollará la ciudadanía que sería soporte de la institucionalidad de la república.

**k.** Dado el rol fundamental que deberá jugar el parlamento democrático, en la definición de condiciones y negociación de acuerdos para un proceso de transición, deberá producirse un reconocimiento expreso de la AN, de parte de otros factores de poder. Y su actuación se dará en el marco del principio de separación y colaboración de los órganos de poder público.

**l.** Asimismo, se requerirá de una necesaria formalización de los acuerdos de transición, lo que se haría con actos parlamentarios. En algunos casos con actos legislativos, en otros mediante acuerdos de la AN.

**m.** La tarea de rediseño institucional no se agota en lo técnico, aunque éste es un aspecto muy importante para la instrumentalización. En términos generales, y a los efectos de su orientación, habrá de tenerse especial atención a la política; y en términos particulares se atenderá a las condiciones sociales y económicas. Asimismo, a los fines de su implementación efectiva, se requerirá de suficiente voluntad política de diversos actores.

**n.** En términos generales, se requiere asumir que se trata de un proceso y, por tanto, no se decreta.

## **A modo de conclusiones**

Hemos descrito las condiciones en las cuales ha de emprenderse la tarea de la redemocratización, la reinstitucionalización, y el restablecimiento del Estado de derecho (liberal-democrático, constitucional y social), y en la busca de un mayor ejercicio de la justicia, como consecuencia de la consolidación del orden institucional restablecido. Con esto se busca contribuir a la orientación del debate sobre una posible transición.

Proceso en el cual, corresponderá al Legislativo nacional cumplir un rol muy importante, actuando con el debido respeto al principio de separación y colaboración.

Y los lineamientos presentados al final de este trabajo han sido definidos para la elaboración de una propuesta de reinstitucionalización y re-

democratización; y pudieran servir también para un intento de planificación de una política dirigida a esos fines. Con el debido respeto de los derechos de autor.

### Bibliografía

- Altez, Rogelio 2011. Independencia, mito genésico y memoria esclerotizada. En: *El relato invariable, mito y nación*. Caracas. Editorial Alfa.
- Baptista, Asdrúbal 1997. *Teoría económica del capitalismo rentístico*. Caracas. IESA.
- Bauzá, Hugo 2007. *El mito del héroe*. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, Norberto 2003. *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica. México.
- Carrera Damas, Germán 2006. Mitologías políticas e ideologías alternativas. El bolivarianismo-militarismo. En: *Mitos políticos en las sociedades andinas. Orígenes, invenciones y ficciones*. Caracas. Equinoccio.
- Casal H. Jesús M. (Coordinador) 2011. *Defender la Constitución*. Caracas. Publicaciones UCAB.
- Chwalisz, Claudia 2019. *Una nueva ola de democracia deliberativa*. Carnegie Europe / Reformando la democracia europea, <https://bit.ly/3BRbD4H>
- Combellas, Ricardo (Coordinador) 1993. *Venezuela, crisis política y reforma constitucional*. Caracas. Instituto de Estudios Políticos UCV.
- \_\_\_ 2013 *Estado de Derecho. Crisis y renovación*. Caracas. Fondo Editorial UNAM.
- Easton, David 2001. Categorías para el análisis sistémico de la política. En: *Enfoques sobre teoría política*. Buenos Aires. Amorrortu Editores.
- Espinal, Rosario 2014. *Transición a la democracia*, <https://bit.ly/43pZmA7>
- Gauchet, Marcel 2008. *La democracia, de una crisis a otra*. Buenos Aires. Ediciones Nueva Visión.
- Giner, Salvador 2001. *Teoría sociológica clásica*. Barcelona. Ariel.
- Goodin, Robert E. 2003. *Las instituciones y su diseño*. Barcelona. Gedisa.
- Held, David 2001. *Modelos de democracia*. Madrid. Alianza Editorial.
- Hernández Muñoz, Heladio 2008. *Transición en democracia (Venezuela, 1935-1999)*. Caracas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV. Serie Trabajos de ascenso; N° 12.
- Karl, Terry 1997. *The paradox of plenty. Oil booms and Petro-states*. Berkeley University of California Press.
- Kosak Rovero, Gisela 2008. *Venezuela. El país que siempre nace*. Caracas. Alfa.
- Lilienfield, Robert 2004. *Teoría de sistemas. Orígenes y aplicaciones en ciencias sociales*. México. Editorial Trillas.
- Machillanda Pinto, José 1988. *Poder político y poder militar en Venezuela 1958-1986*. Caracas. Ediciones Centauro.
- Méndez Parnes, María Soledad y Negri, Juan Javier 2010. Democracia. En: Aznar, Luís y De Luca, Miguel (Coordinadores) *Política. Cuestiones y problemas*. Buenos Aires. CENAGE Learning.
- Mires Fernando 2016. *El centro en la política / 21-04-2016 / POLIS: Política y Cultura* <https://bit.ly/45t9DNO>
- Mouffe, Chantal 1999. *El retorno de lo político, comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona. Paidós.
- North, Douglas 2001. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México. Fondo de Cultura Económica.
- O'Donnell, Guillermo 2003. Democracia, desarrollo humano y derechos humanos. En: *Democracia, derechos humanos y ciudadanía. Reflexiones sobre la calidad de la democracia en América Latina*. O'Donnell y otros (Compiladores). Rosario. PNUD. Homo Sapiens.
- Pino Iturieta, Elías 2006. El mito del "hombre fuerte y bueno". Ideas para un estudio que pueda matar a Gómez. En: *Mitos políticos en las sociedades andinas. Orígenes, invención y ficciones*. Caracas. Equinoccio.
- Rey, Juan Carlos 2009. Mito y política: el caso de Chávez en Venezuela. En: *Actualidad de formas irracionales de integración política*. Cuadernos del Centenario (N° 3) Caracas. Fundación Manuel García Pelayo.
- Rodríguez U., Manuel Luís 2011. *Las transiciones democráticas, notas para una geopolítica del cambio de poder*. <https://bit.ly/3osuqQJ>

- Sartori, Giovanni 2000. *Ingeniería constitucional comparada*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Silva Michelena, Héctor 2006. *El pensamiento económico venezolano en el siglo XX*. Fundación para la Cultura Urbana. Caracas.
- Thesing, Josef (Compilador). 1997 *Estado de Derecho y democracia*. Buenos Aires. Konrad Adenauer.
- Urdaneta G., Argenis S. 2011. Constitución de 1999 y régimen político: a 10 años de dificultosa vigencia. En: *Defender la Constitución* (J. M. Casal H. Coordinador).
- 2012. *Crisis institucional y gobernabilidad democrática en Venezuela*. Los Libros de El Nacional. Caracas.
- 2013. La otra Constitución. En: *Desafíos de la República en la Venezuela de hoy. Memoria del XI Congreso de Derecho Constitucional*. Caracas. Konrad Adenauer-UCAB.
- 2017. *Conflicto y crisis en Venezuela. Perspectivas de cambio y transición*. Colección la sociedad y sus discursos. Universidad de Carabobo – Libros en un click; enlace: <https://bit.ly/43n9zNG>
- Whitehead, Laurence 2011. *Democratización. Teoría y experiencia*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Zolo, Danilo 1994. *Democracia y complejidad. Un enfoque realista*. Buenos Aires. Ediciones Nueva Visión.



# LOS ACUERDOS DE LA ASAMBLEA NACIONAL ANTE LAS CORTES EXTRANJERAS: EL CASO DE LOS BONOS PDVSA 2020

José Ignacio Hernández G.\*

## Introducción

Los Acuerdos de la Asamblea Nacional, como actos parlamentarios sin forma de Ley, han sido objeto de especial estudio en el Derecho Constitucional<sup>1</sup>. Sin embargo, a partir del reconocimiento del presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado por el Gobierno de Estados Unidos, la naturaleza de esos actos comenzó a ser relevante, también, para el Derecho Extranjero<sup>2</sup>, en especial, de cara a lo previsto en el *Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (el Estatuto)<sup>3</sup>.

Así, el 29-10-2019 PDVSA –representada por la junta administradora creada al amparo del Estatuto– y PDVSA Holding, Inc. (filial de aquélla, y casa matriz, en Delaware, de Citgo), demandaron la nulidad del contrato de emisión y garantía de los Bonos 2020 PDVSA ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York<sup>4</sup>. La demanda se basó en que la cesión en garantía del 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc., había violado el Acuerdo de la Asamblea Nacional dictado el 27-09-2016. Este Acuerdo negó la capacidad de PDVSA de ceder en garantía estas acciones, como parte del control parlamentario sobre los contratos de interés público nacional, específicamente, de conformidad con el artículo 187.9 de la Constitución.

---

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

<sup>1</sup> Esto es, los actos que dicta la Asamblea Nacional, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, pero que no tienen la forma de Ley. Tal es el caso, en especial, de los actos a través de los cuales la Asamblea ejerce su función de control político sobre el Poder Ejecutivo, en los términos del artículo 187.3 de la Constitución. Cfr.: Andueza, José Guillermo y Salvuchi, José, “Los actos privativos del Parlamento” en *Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila* N° 17, Caracas, 2021, pp. 3 y ss.

<sup>2</sup> Brewer-Carías Allan, *Transición a la democracia en Venezuela. Bases Constitucionales*, EJV, Caracas, 2019, p. 162.

<sup>3</sup> Badell Madrid, Rafael, “Consideraciones sobre el Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 158, 2019, pp. 818 y ss.

<sup>4</sup> Expediente N° 1:19-cv-10023.

Esto ha dado lugar a un juicio poco común, actualmente conocido por la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, que gira precisamente en torno a la naturaleza jurídica del citado Acuerdo, que fue luego ratificado en Acuerdo de 15-10-2019. A los fines de analizar la naturaleza jurídica de ese Acuerdo en el marco del litigio de los Bonos PDVSA 2020, este artículo se divide en dos partes. La primera resume los principales argumentos del caso, a partir de la naturaleza de ese Acuerdo. La segunda parte explica cuál ha sido la interpretación que, hasta ahora, han adoptado las cortes de Estados Unidos en relación con el citado Acuerdo.

## **1. La naturaleza jurídica del Acuerdo de la Asamblea Nacional que negó la capacidad de PDVSA de ceder en garantía las acciones de CITGO**

Todo el juicio de los Bonos PDVSA 2020 pivota en torno al citado Acuerdo de 27-09-2016, ratificado por el Acuerdo de 15-10-2019. Por ello, en esta sección analizamos la naturaleza jurídica de ese Acuerdo, de acuerdo con la teoría de los actos parlamentarios sin forma de Ley de la Asamblea Nacional.

### **1.1. La oferta de canje de los bonos y el Acuerdo del 27-09-2016**

Hacia el 2014, las políticas arbitrarias que llevaron a la destrucción de la capacidad de producción de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA) y a su sobreendeudamiento, habían evidenciado la crisis financiera de la estatal petrolera<sup>5</sup>. No obstante, el Gobierno de Nicolás Maduro decidió obviar la renegociación de la deuda pública externa, en especial, luego del triunfo de la oposición en la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional. Así, como el Gobierno de Maduro decidió desconocer las funciones legislativas de la Asamblea –en buena parte, auxiliado por la Sala Constitucional– no era posible emprender la renegociación de la deuda, en tanto para ello era necesario contar con el correspondiente control parlamentario<sup>6</sup>.

Para 2016, el colapso de PDVSA amenaza la capacidad de pago de sus obligaciones, en especial, respecto de los títulos valores con vencimiento en 2017. En lugar de atender a la causa raíz de ese problema, el Gobierno de Maduro decidió implementar una solución que solo atendía al problema de estos títulos. Como veremos, no solo no se resolvió el problema de la incapacidad de pago, sino que, además, se colocó en riesgo a Citgo, el acto externo más valioso de PDVSA.

---

<sup>5</sup> Brewer-Carías, Allan, *Estudios sobre Petróleo de Venezuela. S.A. y la industria petrolera nacionalizada. 1974-2021*, EJV, Caracas, 2021, pp. 484 y ss.

<sup>6</sup> Sobre el rol de la Sala Constitucional, vid. Casal, Jesús María, "Control judicial de la constitucionalidad vs. bloqueo político-judicial del Parlamento", en *Revista de Derecho Público N° 147-148*, Caracas, 2016, pp. 205 y ss.

Así, el 16-09-2016 PDVSA publicó nota de prensa en la cual anunció su intención de canjear los títulos “5.250% Senior Notes” con vencimiento en 2017 (“Bonos Abril 2017”) y los títulos “8.50% Senior Notes” igualmente con vencimiento en 2017 (“Bonos Noviembre 2017”, referidos en lo adelante, y de manera conjunta, como “Bonos 2017”), por títulos con vencimiento en 2020. En total, el canje se extendió a 3.000 millones por el primer título, y 4.100 millones por el segundo, para un total de 7.100 millones<sup>7</sup>. En esa oferta se anunció que los nuevos bonos estarían asegurados con el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc. La oferta de canje, inicialmente, expiraba el 14 de octubre<sup>8</sup>.

Los términos de la oferta de canje reconocieron que PDVSA actuaba bajo control político del Gobierno Nacional. Así, se admitió que PDVSA realizaba aportes al desarrollo nacional, o sea, que sufraga gastos propios de la República para financiar programas sociales del Gobierno Nacional<sup>9</sup>. Además, se admitió la precaria situación financiera de PDVSA como resultado de la caída de sus ingresos y del sobreendeudamiento<sup>10</sup>.

Los tenedores de los Bonos 2017, bajo las condiciones reconocidas en la oferta de canje, no tenían incentivos para participar en el canje, pues el riesgo de incumplimiento de PDVSA solo podía empeorar con el tiempo. Fue por ello que desde el inicio PDVSA ofreció un incentivo: el colateral sobre el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc., la empresa tenedores de acciones de CITGO Petroleum Corporation, Inc., que es a su vez filial de PDV Holding, Inc., filial de PDVSA.

Es importante advertir que nunca PDVSA había emitido títulos valores con garantía sobre acciones de Citgo, su activo más importante en el extranjero. Esta garantía solo podía explicarse debido a las precarias condiciones financieras bajo las cuales PDVSA, siguiendo instrucciones del Gobierno Nacional, decidió ofrecer el canje de los Bonos 2017. Así, la intención de PDVSA de ceder derechos sobre Citgo formaba parte de la estrategia irresponsable de PDVSA de ceder activos para tratar de solucionar problemas de flujo de caja, tal y como fue denunciado en el Acuerdo del 04-08-2016<sup>11</sup>.

Este es un tema central, que conviene subrayar desde ahora. La oferta formulada por PDVSA aludía a dos operaciones jurídicas separadas pero conexas: la emisión de títulos de deuda para el pago de títulos anteriores, como una modalidad de restructuración, o sea, de pago de deuda vieja mediante la emisión de deuda nueva; la segunda operación era la garantía

---

<sup>7</sup> La “Contraprestación Total” ofrecida fue de 1,000 USD, o sea, que el canje fue par (se canjeó un dólar del título viejo por un dólar del título nuevo).

<sup>8</sup> Puede verse el texto de la oferta en <https://bit.ly/3IN47eS>

<sup>9</sup> Páginas 4 y 5 del anexo de la Oferta.

<sup>10</sup> Página 22.

<sup>11</sup> No es de extrañar por ello que en entrevista en *CNN En Español*, el 20-09-2016, el diputado José Guerra explicó que PDVSA podía realizar la operación de canje sin necesidad de control previo de la Asamblea, pero no podía ceder en garantía las acciones de Citgo sin control previo parlamentario, al tratarse de un contrato de interés público nacional. Véase: <https://bit.ly/43zv6D0>

prendaría sobre las acciones de Citgo Holding, Inc. La operación de restructuración no se sometía al control previo mediante Ley especial de endeudamiento, de acuerdo con la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público<sup>12</sup>. Pero toda la operación, y en especialmente, el contrato de garantía, sí se sometía al resto de controles que aplican a PDVSA como ente del Poder Ejecutivo Nacional, incluyendo el control parlamentario derivado del artículo 187.3 constitucional.

Por ello, incluso antes de la oferta, cuando ya en los mercados financieros se conocía de la intención de PDVSA de canjear los Bonos 2017 con nuevos títulos garantizados con acciones de Citgo, las dudas en torno a la validez de esta cesión estaban presentes, como alertó *The Wall Street Journal* el 14-09-2016<sup>13</sup>. Poco después, el 19-09-2021, *Reuters* reportó que la agencia *Standard & Poor's* había calificado la operación de canje como una "operación de salvamento" ante la crítica situación financiera de PDVSA. Además, la agencia informó que "las dudas sobre el fundamento legal de la garantía de Citgo debilitaron la confianza de los inversores", pues "la oposición de Venezuela, que controla el parlamento, ha dicho que se opondrá al uso de Citgo como garantía"<sup>14</sup>.

La oferta no fue atractiva para los tenedores de los Bonos 2017, pues el colapso de PDVSA generaba riesgos que no eran del todo compensados por la garantía. Esto llevó a PDVSA a cambiar los términos de la oferta. Así, el 27 de septiembre, en otra nota de prensa, PDVSA decidió limitar la oferta al 75% del monto original ofrecido y aumentar la relación de intercambio (que originalmente había sido fijada en proporción 1:1<sup>15</sup>). Esto es, que PDVSA ofreció pagar una prima a los tenedores de los Bonos 2017 que decidiesen particular en el canje. Esta prima dejaba en evidencia que la oferta de canje era una operación financiera de salvamento, o sea, un esfuerzo desesperado llamado a solucionar el riesgo de default de los Bonos 2017, pero sin brindar solución a las causas que habían llevado a la crisis financiera de PDVSA.

Al día siguiente, esto es, el 27-09-2016, la Asamblea Nacional aprobó un Acuerdo en ejecución de sus competencias de control sobre contratos de interés público (artículo 187.9 constitucional), en el cual, expresamente,

---

<sup>12</sup> La Ley de endeudamiento contempla el monto anual máximo de endeudamiento, lo que implica el control parlamentario previo sobre las operaciones de crédito público (artículo 82). Salvo situaciones de emergencia, todo endeudamiento que supere ese límite debe ser autorizado mediante Ley (artículo 90). La celebración de operaciones de crédito público dentro de ese límite no requiere controles parlamentarios adicionales, salvo que se trate de contratos de interés público (artículo 97). El artículo 101 exceptúa a ciertos entes de los controles comentados, establecidos en el Título III de la Ley, incluyendo a PDVSA.

<sup>13</sup> "Venezuela's PdVSA to Offer to Swap \$7 Billion in Debt", <https://bit.ly/3C3u5HC>

<sup>14</sup> "S&P says PDVSA bond swap offer 'tantamount to default'", *Reuters*, 19-09-2016, <https://bit.ly/3BYyPy9>

<sup>15</sup> La "Contraprestación Total" pasó a USD 1,170 para los Bonos Abril 2017 y USD 1,220 para los Bonos Noviembre 2017. Vid.: "Venezuela PDVSA sweetens bond swap terms after market skepticism", *Reuters*, 26-09-2016, <https://bit.ly/3N4DzIW>



objetó o rechazó que PDVSA cediera las acciones de Citgo en colateral, anunciando una investigación. Así, la Asamblea decidió<sup>16</sup>:

Rechazar categóricamente que dentro de la operación de canje se ofrezca como garantía con prioridad por el 50.1% de las acciones que conforman el capital social de Citgo Holding INC, o que se constituya garantía sobre cualquier otro bien de la Nación.

Tal y como reflejaron los medios de comunicación, durante el debate para la aprobación de ese Acuerdo, el diputado a la Asamblea Nacional y entonces presidente de la Comisión Permanente de Contraloría, Freddy Guevara advirtió que *“no solamente no reconoceremos esas operaciones, sino que investigaremos a todo aquel que realice ese canje, porque estaría incurriendo en desfalco a la Nación”*<sup>17</sup>. Así fue reseñada la noticia de la aprobación del Acuerdo<sup>18</sup>: *“El acuerdo de rechazo al canje de bonos de Pdvsa aprobado por la mayoría opositora en la AN, recordó además que la petrolera estatal ha vendido su activos físicos y financieros ‘a precios inferiores al mercado’”*.

El Acuerdo del 27-09-2016 es un acto parlamentario sin forma de Ley, por medio del cual la Asamblea Nacional ejerce el control político sobre el Poder Ejecutivo, en los términos del artículo 187.3 de la Constitución. Más en concreto –y esto es fundamental– el citado artículo se basó en el numeral 9 de ese artículo, que atribuye a la Asamblea Nacional el control sobre los contratos de interés público nacional suscritos por el Poder Ejecutivo, de manera concordante con el artículo 150 de la Constitución<sup>19</sup>.

En especial, este Acuerdo fue consecuencia del Acuerdo de 26-05-2016, en el cual la Asamblea Nacional declaró la inconstitucionalidad de todo contrato de interés público nacional suscrito sin su control previo. Con esa declaración, la cuarta legislatura ratificaba la inconstitucional de la situación de *facto* que el Gobierno de Maduro promovía por medio de estados de excepción que, en la práctica, afectaron la vigencia de la Constitución y llevaron al bloqueo de las funciones de control de la Asamblea.

Para ese momento PDVSA no había celebrado contrato alguno, pues se había limitado a manifestar su voluntad –unilateral– de canjear los Bonos 2017. Por ello, el Acuerdo no versó sobre contrato alguno, ni por supuesto, declaró la nulidad de contratos. En realidad, el Acuerdo negó la capacidad de PDVSA de ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc., al considerar que esa cesión, a favor de empresas no domiciliadas en Venezuela, implicaría firmar un contrato de interés público nacional sometido a la autorización de la Asamblea.

<sup>16</sup> Véase el texto del Acuerdo en <https://bit.ly/3ozCZcH>

<sup>17</sup> *La Patilla*, 27-09-2016, <https://bit.ly/3qfEUUj>

<sup>18</sup> *El Estímulo*, 27-09-2016, <https://bit.ly/42mi4aY>

<sup>19</sup> Para una revisión de la doctrina y jurisprudencia venezolanas en torno a la figura del contrato de interés público nacional, y su aplicación a PDVSA, vid.: Hernández G., José Ignacio, “Los contratos de interés público nacional y las Empresas del Estado: el caso de PDVSA”, en Urdaneta, Gustavo *et al.*, (ed), *Homenaje a Caballero Ortiz, Tomo I*, FUNEDA, Caracas, 2022, pp. 427 y ss.

Por lo anterior, el Acuerdo no objetó la operación de endeudamiento, sino el colateral. Esto es, que el Acuerdo no se dictó en ejercicio del control previo parlamentario sobre las operaciones de crédito público, sino en ejercicio del control previo parlamentario sobre los contratos de interés público nacional suscritos entre el Poder Ejecutivo Nacional y empresas no domiciliadas en Venezuela.

El concepto de contratos de interés público nacional es ciertamente abierto, y su interpretación puede enfrentarse a varios problemas. Incluso así, como ha destacado la doctrina, existen sólidos argumentos para considerar que el contrato por medio del cual PDVSA cede en garantía la mayoría de las acciones de control sobre Citgo a empresas no domiciliadas en Venezuela es uno de los contratos de interés público nacional que deben ser previamente autorizados por la Asamblea, de conformidad con los artículos 150 y 187.9 constitucionales<sup>20</sup>.

Pero en todo caso, no era necesario determinar si, en efecto, la cesión de las acciones de Citgo era o no un contrato de interés público nacional, pues la Asamblea Nacional –como el primer intérprete de la Constitución– ya había tomado esa decisión en el citado Acuerdo, del cual derivada la incapacidad de PDVSA de ceder en garantía esas acciones.

Ahora bien, la difusión del Acuerdo de la Asamblea Nacional, al elevar el riesgo de invalidez, disminuyó –todavía más– el atractivo del canje, lo que forzó a PDVSA a formular nuevas modificaciones el 12-10-2016<sup>21</sup>, y luego, a diferir la fecha de cierre del 17 al 21 de octubre<sup>22</sup>. En simultáneo, la Asamblea Nacional avanzaba en la investigación sobre PDVSA, debido a pruebas de corrupción. Tal y como entonces advirtió el presidente de la Comisión Permanente de Contraloría, Freddy Guevara, si PDVSA no podía pagar los Bonos 2017, era debido a la mala administración y la corrupción<sup>23</sup>.

### **1.2. La decisión de PDVSA de ignorar el Acuerdo del 27-09-2016 y el rol de la Sala Constitucional**

De haber habido Estado de Derecho en Venezuela, el Acuerdo del 27-09-2016, que negó la autorización para que PDVSA pudiera ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc., ha debido impedir que PDVSA avanzara en la operación y, ciertamente, ha debido llevar a los tenedores de los Bonos 2017 a no participar en el canje. Pero lo cierto es que el Estado de Derecho

---

<sup>20</sup> Badell Madrid, Rafael, "Contratos de interés público", en *Revista de Derecho Público* N° 159-160, Caracas, 2020, p. 18, así como Duque Corredor, Román, "Nulidad de los Bonos PDVSA 2020", *Revista de Derecho Público* N° 160-161, Caracas, 2020, p. 350.

<sup>21</sup> Reuters, "Venezuela PDVSA again extends bond swap deadline", 17-10-2016, <https://bit.ly/3owM7Pk>

<sup>22</sup> Bloomberg, "Venezuela's PDVSA Sows Payment Doubts While Extending Swap", 17-10-2016, <https://bit.ly/42jEGZj>

<sup>23</sup> Reuters, "Parlamento venezolano denuncia malversación de 11.000 mln dlr en estatal PDVSA", 19-10-2016, <https://bit.ly/3P3AjPt>

se encontraba muy debilitado debido a las decisiones de la Sala Constitucional que negaron el ejercicio de las competencias de la Asamblea.

Así, el 24-10-2016 PDVSA anunció los resultados del canje, que no cumplieron con las expectativas, pues solo se logró canjear apenas el 39% de los Bonos 2017, una cantidad ciertamente baja para generar algún alivio en los problemas de flujo de caja<sup>24</sup>. Además, el canje del Bono 2020 implicó, para los tenedores de los Bonos 2017, una operación que aseguraba una tasa de retorno del 19% aproximadamente, en un título garantizado por la prenda del 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc., más el pago de la prima. Para PDVSA, implicó el empeoramiento de su flujo de caja, pues el nivel de endeudamiento se incrementó, al tiempo que se puso en riesgo su activo más importante en el extranjero. De haber obrado con independencia y en el cumplimiento de los deberes de diligencia aplicables, los administradores de PDVSA no habrían autorizado una operación en estas condiciones financieras irracionales. Pero como se explicó, la autonomía de PDVSA había sido suprimida y los administradores de esa empresa actuaron sirviendo intereses del Gobierno Nacional, que solo estaba interesado en diferir el riesgo de incumplimiento de los Bonos 2017<sup>25</sup>.

Más allá de la irracionalidad financiera de la operación, interesa insistir en que PDVSA podía canjear los títulos, pero no podía ceder en garantía las acciones, en tanto la Asamblea Nacional había negado la autorización para ello, de conformidad con el marco constitucional de los contratos de interés público nacional. Para intentar sortear este obstáculo, al día siguiente del anuncio de PDVSA sobre los resultados del canje, o sea, el 25 de octubre, la Sala Constitucional dictó su sentencia N° 893, en la cual prohibió a la Asamblea Nacional investigar PDVSA. Se trató de una sentencia claramente violatoria a las facultades de control de la Asamblea Nacional sobre PDVSA<sup>26</sup>, y que, en la práctica, además, permitió a PDVSA avanzar en el canje. Pues en efecto, tres días después de esta sentencia PDVSA suscribió el contrato de emisión y además se suscribió el contrato de garantía. En total, se emitieron bonos por un monto de 3.367.529.000,00 dólares.

No es descabellado pensar que esta sentencia de la Sala Constitucional fue dictada, precisamente, para intentar allanar las dudas jurídicas en torno a la invalidez de la cesión de las acciones de Citgo Holding, Inc. Por lo tanto, la emisión del Bono 2020 fue posible debido a que, para entonces, se habían desmantelado las facultades de control de la Asamblea Nacional, lo que permitió a PDVSA materializar una operación financiera irracional que, en otro contexto institucional, no hubiese sido autorizada.

---

<sup>24</sup> Bloomberg, "Venezuela Winning Bondholder Relief as 39% Accept PDVSA Swap", 24-10-2016, <https://bit.ly/3INGPWj>

<sup>25</sup> Hernández G., José Ignacio, "A propósito del caso de los bonos PDVSA 2020 y la interaplicación del Derecho Mercantil y Constitucional" en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 6, 2021, pp. 105 y ss.

<sup>26</sup> Brewer-Carías, Allan, "El intento fallido de la Asamblea Nacional de ejercer el control político sobre la Administración Pública investigando la actuación de PDVSA, y su anulación por la Sala Constitucional", en *Revista de Derecho Público* N° 147-148, Caracas, 2016, pp. 358 y ss.

### 1.3. El reconocimiento del presidente encargado, el pago de intereses bajo protesta y la interpretación auténtica de la Asamblea Nacional en el Acuerdo de 15-10-2019

Luego del reconocimiento del presidente de la Asamblea Nacional como presidente encargado, la representación legal y judicial de PDVSA pasó del Gobierno de Maduro a la junta administradora ad-hoc de PDVSA designada por el presidente encargado, en especial, en Estados Unidos. Por lo tanto, la representación legal de PDVSA como parte contratante de los Bonos 2020 correspondió, exclusivamente, a la junta administradora ad-hoc<sup>27</sup>.

A fines de abril de 2019 vencía el pago de intereses cercanos a setenta y un millones de dólares, aun cuando existía, para este supuesto, un período de gracia de treinta días. Es importante recordar que la reordenación de la junta administradora ad-hoc de PDVSA se había realizado apenas el 10-04-2019, todo ello como resultado del retraso con el cual se implementó la organización para el efectivo ejercicio de la representación legal. Tal junta, por ende, fue reordenada con un poco más de un mes de antelación antes del vencimiento del pago de intereses, todo lo cual limitaba, notablemente, cualquier posibilidad de renegociación. A ello se le agrega que para ese momento estaba en vigor la licencia general 5, que permitía a los tenedores tomar control de Citgo en caso de incumplimiento, incluso, del pago de intereses. Además, el contrato previó como causal de incumplimiento cualquier cuestionamiento sobre su validez, lo que implicaba que, si PDVSA decidía ejercer una acción legal basada en la invalidez, existía el riesgo de perder control de Citgo. Es importante recordar que, de conformidad con el contrato de garantía, la toma de control de las acciones dadas en garantía era automática, sin requerir la intervención del juez.

Al no haber sido posible, en tan corto tiempo, negociar la modificación de la fecha de pago o la modificación de la licencia 5, las opciones eran básicamente tres: **(i)** no pagar los intereses y derivar en el incumplimiento y pérdida de Citgo; **(ii)** ejercer alguna acción legal lo que derivaría en un incumplimiento o **(iii)** pagar los intereses. Esta última opción podía beneficiarse de la existencia de cuentas por pagar a favor de PDVSA que habían sido bloqueadas, pero presentaba el riesgo de convalidar las defensas de PDVSA derivadas de la invalidez del Bono. Ante esta situación, la Oficina del Procurador Especial emitió una opinión jurídica en la cual concluyó que, para salvaguardar los derechos de PDVSA derivados de la invalidez, el pago debía hacerse bajo protesta, esto es, dejando expresamente a salvo esos derechos.

De esa manera, con base en esa opinión, la Sub-Comisión de Crédito Público, el 24-04-2020, emitió un informe en el cual acordó lo siguiente:

Autorizar al Presidente de la Junta Administradora ad hoc de Petróleos de Venezuela, S.A Luis Pacheco, para que proceda a pagar "bajo protesta" los intereses que vencen el 27 de abril, con período de gracia hasta el 29 de mayo, como

<sup>27</sup> Hernández G., José Ignacio, *La defensa judicial del Estado venezolano en el extranjero y la deuda pública legada de Chávez y Maduro (2019-2020)*, EJV, Caracas, 2022, pp. 95 y ss.

medida excepcional llamada a proteger Citgo y los activos necesarios para atender la emergencia humanitaria compleja, tomando además en cuenta las condiciones odiosas bajo las cuales fue emitido el Bono 2020, creando una garantía desproporcionalmente favorable a los intereses de los tenedores.

Iniciar la investigación orientada a determinar la legalidad de la emisión del Bono 2020, especialmente a los fines de determinar si PDVSA contaba con capacidad efectiva de pago, tal y como lo exigía la Legislación vigente al momento.

Iniciar la investigación sobre las condiciones legales y financieras de la deuda pública venezolana, de cara a establecer el marco jurídico para su renegociación, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes aplicables.

Este informe además reiteró:

...que el pago autorizado no podrá ser considerado como una ratificación o confirmación por la Asamblea Nacional o por el Gobierno del Presidente encargado Juan Guaidó de la validez del Bono PDVSA 2020 de acuerdo con el Derecho venezolano. La Asamblea Nacional y el Gobierno del Presidente encargado Juan Guaidó, por lo tanto, se reservan los derechos que le corresponden de cara a determinar la validez del Bono PDVSA 2020 como cuestión de orden público, considerando no solo el cumplimiento de los extremos legales aplicables sino además, la racionalidad del endeudamiento procurado por esta vía.

Ese mismo día la Comisión Permanente de Finanzas recomendó *“a la Asamblea Nacional la aprobación de la autorización solicitada, por considerar que con ese pago de intereses, se protege un activo de gran valor para el Patrimonio Nacional”*, advirtiendo que la *“aprobación de la autorización referida, en ningún caso significa que renunciamos a las objeciones jurídicas y económicas que hizo la Asamblea Nacional en la oportunidad de la emisión de la deuda que generan esos intereses”*. Posteriormente, el 07-05-2020 la Asamblea autorizó el pago, en previsión del citado artículo 36 del Estatuto, que impedía disponer de recursos recuperados sin control previo<sup>28</sup>.

Al aprobar el pago bajo la fórmula de protesta, por ello, la Asamblea Nacional ratificó el contenido del Acuerdo del 27-09-2016. A los fines de no crear innecesarios riesgos que llevaran a considerar que PDVSA estaba cuestionando la validez de los contratos y con ello, incumpliendo sus obligaciones, el lenguaje empleado entonces fue cauteloso.

Posteriormente, la Asamblea Nacional aprobó el Acuerdo del 15-10-2019, en el cual ratificó la negativa de la autorización parlamentaria para suscribir estos contratos de interés público nacional. Este Acuerdo contiene la interpretación auténtica del Acuerdo de 27-09-2016. Como se sabe, la interpretación auténtica es aquella que emite el autor del acto jurídico cuya interpretación debe hacerse, y por ello, constituye la primera fuente para aclarar el contenido y propósito del acto en cuestión. Así, la misma Asamblea que había dictado el Acuerdo de 2016 interpretó, en 2019, cuál había su intención. Así, como se refleja en acta de la sesión de 15-10-2019:

---

<sup>28</sup> *Dinero*, “Asamblea Nacional autoriza pago del bono PDVSA 2020”, 07-05-2020, <https://bit.ly/3N3Hvtp>

## ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2021-2022

Para iniciar las intervenciones LA PRESIDENCIA dio el derecho de palabra al diputado ALFONSO MARQUINA quien, en relación con los Bonos 2020, expuso que en fecha 26 de mayo de 2016, se aprobó en Plenaria un Acuerdo que ratificaba el contenido de los artículos 138 y 150 Constitucionales. No obstante, el régimen continuó entregando activos de la Nación y desconociendo el orden constitucional; hipotecando la empresa CITGO, que posee un valor estratégico superior al valor económico.

La presentación del texto del Acuerdo por el diputado Alfonso Marquina, presidente para ese momento de la Comisión de Finanzas, dejaba claro que la intención de la Asamblea no fue *declarar* la nulidad de los contratos, sino *ratificar* el contenido del Acuerdo de 27-09-2016, en cuanto a la incapacidad de PDVSA para ceder en garantía las acciones de Citgo.

De allí la importancia del Acuerdo del 15-10-2019, el cual reiteró que:

...el 27 de septiembre de 2016 esta Asamblea aprobó un Acuerdo en el cual cuestionó el sobreendeudamiento irresponsable de PDVSA, inició una investigación sobre la oferta de canje, rechazó la garantía sobre el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc., y ordenó el inicio de investigaciones por presuntos delitos al patrimonio público derivados de esta operación.

Nótese cómo el Acuerdo ratificó que en 2016 la Asamblea había rechazado la cesión, o sea, había negado la capacidad de PDVSA de ceder las acciones, pues ello implica celebrar un contrato de interés público nacional sometido al control previo de la Asamblea. A pesar de ello, continúa el Acuerdo:

PDVSA decidió ignorar el Acuerdo de esta Asamblea Nacional, y avanzó en el canje, a pesar de que el mercado no reaccionó favorablemente, como resultado del colapso económico de PDVSA y las objeciones públicamente realizadas por esta Asamblea en su Acuerdo de fecha 27 de septiembre de 2016.

Asimismo, el Acuerdo recordó que:

...el 24 de abril de 2019 la Sub-Comisión de Crédito Público y la Comisión Permanente de Finanzas y Desarrollo Económico recomendaron a la Asamblea Nacional, tal y como esta acordó, pagar por una vez los intereses del Bono 2020 por parte de la Junta Ad-Hoc de PDVSA designada por el Presidente (E) Juan Gerardo Guaidó Márquez, pero reservando expresamente los derechos de PDVSA derivados de las dudas en torno a la validez de ese Bono, para lo cual acordó iniciar la correspondiente investigación.

Luego de las investigaciones adelantadas:

...en coordinación con la Oficina del Procurador Especial, se concluyó que el contrato de emisión del Bono 2020 es un contrato de interés público nacional que ha debido ser autorizado por la Asamblea Nacional, de conformidad con el artículo 150 de la Constitución.

Con base en estos, considerando, la Asamblea Nacional interpretó su propio Acuerdo de 2016 para decidir lo siguiente:

Ratificar que el contrato de emisión del Bono 2020 violó el artículo 150 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues se trató de un contrato de interés público nacional, suscrito con sociedades mercantiles extranjeras, el cual no fue autorizado por la Asamblea Nacional.

Nótese que la interpretación auténtica de la Asamblea ratificó que la cesión de las acciones requería el control previo al ser un contrato de interés público nacional, control que había sido obviado, ante lo cual emplazó *“al Gobierno del Presidente (E) Juan Gerardo Guaidó Márquez a los fines de adoptar todas las acciones orientadas a la defensa de los activos de PDVSA en Estados Unidos, procurando el arreglo ordenado y consensuado de cualquier reclamación que pudiera plantearse”*.

## **2. Los efectos del Acuerdo de 27-09-2016 en las Cortes del Estado de Nueva York**

El bloqueo judicial de las funciones de control de la Asamblea Nacional impidió que el Acuerdo del 27-09-2016 generara efectos prácticos, pues PDVSA cedió en garantía las acciones de Citgo, a pesar de no tener capacidad para ello. A pesar de que en Venezuela la Constitución había perdido vigencia en los hechos, en las Cortes de Nueva York sí fue posible reivindicar la validez jurídica de este Acuerdo.

### **2.1. La demanda de nulidad en contra del contrato de emisión y garantía y el Acuerdo de 27-09-2016 bajo la doctrina del acto de Estado**

A pesar de la irracionalidad de la operación de canje y emisión, que implicó la violación de principios legales y constitucionales, la demanda de nulidad se basó en un argumento muy simple: PDVSA, al suscribir los contratos de emisión y garantía cediendo en colateral el 50,1% de las acciones de Citgo Holding, Inc., violó el Acuerdo de la Asamblea Nacional de 27-09-2016, que había negado la capacidad de PDVSA de ceder tales acciones, con fundamento en el control parlamentario previo sobre los contratos de interés público nacional.

Con lo cual, el primer argumento no era que los contratos de emisión y garantía cumplieran con los extremos que el Derecho Constitucional venezolano exige para determinar cuándo un contrato público es contrato de interés público nacional. Ya esa determinación la había realizado la Asamblea en el citado Acuerdo, que, como acto parlamentario sin forma de Ley, debía presumirse válido y vinculante. Supletoriamente, sin embargo, se alegó que a todo evento los contratos de emisión y garantía, según la doctrina, jurisprudencia y práctica legislativa del Derecho de Venezuela, eran contratos de interés público nacional sujetos al control previo de la Asamblea.

Los demandados –los agentes de los tenedores– negaron todo efecto jurídico al citado Acuerdo, señalando que éste era un simple acto político que, en todo caso, no había declarado la nulidad de los contratos. Asimismo, señalaron que en tanto los contratos de emisión y garantía habían pactado la aplicación del Derecho del Estado de Nueva York, el Derecho venezolano no era aplicable. Supletoriamente, alegaron que los contratos en referencia no podían ser contratos de interés público nacional.

De esa manera, el contenido del Acuerdo del 27-09-2016, en el medio de la polémica relacionada con la demanda de nulidad, ha sido objeto de diversas interpretaciones, incluso, derivadas con desavenencias internas en el seno de la cuarta legislatura, que fueron llevadas al juicio por los demandados, como prueba de que el citado Acuerdo no era relevante<sup>29</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, no había dudas en cuanto al valor jurídico del Acuerdo de 27-09-2016 como un acto parlamentario sin forma de Ley y, por ello, como acto jurídico, con efectos prácticos. Además, el contenido de ese Acuerdo había sido claramente ratificado en el Acuerdo del 15-10-2019, que en sintonía con los otros Acuerdos dictados por la Asamblea en 2016, ratificaron el control parlamentario previo sobre los contratos de interés público suscritos con empresas no domiciliadas en Venezuela, incluso, por PDVSA.

A diferencia de lo señalado por los demandados, el Acuerdo no era un acto político sin relevancia jurídica. El Acuerdo del 27-09-2016 es, de conformidad con el Derecho Constitucional venezolano, un acto parlamentario sin forma de Ley por el cual la Asamblea Nacional ejerció poderes jurídicos derivados de su potestad de control sobre el Poder Ejecutivo, con base en el artículo 187.3 de la Constitución. Más en concreto, el Acuerdo es el acto jurídico de control previo sobre los contratos de interés público nacional, de conformidad con el artículo 187.9. Esto es, que el Acuerdo es una decisión jurídicamente vinculante, que forma parte del ordenamiento jurídico, y rige a PDVSA como ente de la Administración Pública Nacional Descentralizada adscrita al Poder Ejecutivo.

Así, el Acuerdo invocó el citado artículo 187.9 de la Constitución, que atribuye a la Asamblea Nacional la competencia para *“autorizar los contratos de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeros o con sociedades no domiciliadas en Venezuela”*. En tanto la oferta de canje y emisión implicaría suscribir contratos con sociedades extranjeras (los agentes de los Bonos y del colateral), PDVSA requería contar con el control previo pues, a juicio de la Asamblea, el colateral sobre Citgo era materia de interés público nacional. Con lo cual, el Acuerdo negó la capacidad de PDVSA de contratar, mediante contratos de interés público nacional, la cesión en garantía de las acciones de Citgo Holding, Inc.

Esto es, que el objeto de control no fue la operación de crédito público mediante el canje y emisión de los Bonos, pues PDVSA no se sujeta al control previo mediante Ley de endeudamiento en los términos de la LOFSP. El objeto de control fue, específicamente, el colateral sobre Citgo Holding Inc., que en tanto contrato de interés público nacional suscrito con sociedades no domiciliadas en Venezuela, quedaba sometido al control previo de la Asamblea.

Así, cabe recordar que el control parlamentario sobre contratos de interés público suscritos con sociedades mercantiles domiciliadas en el extran-

---

<sup>29</sup> Véase la declaración bajo juramento de uno de los tenedores de los Bonos, de 08-06-2020, en <https://bit.ly/3qiMayJ>



jero, con base en el artículo 187.9 (y el artículo 150) es un control previo<sup>30</sup>. Esto es, que por definición, este control se ejerce antes de que el contrato sea suscrito. Cuando la Asamblea Nacional aprobó el Acuerdo, PDVSA no había suscrito ningún contrato para la cesión de las acciones de Citgo en garantía, pues solo existía la oferta unilateral. Tal oferta no es, obviamente, un contrato, y no se sujeta a la citada norma del artículo 187.9. Por ello, el Acuerdo advirtió a PDVSA que no podía celebrar contrato alguno en cumplimiento de esa oferta.

De esa manera, el objeto del Acuerdo no era ejercer el control parlamentario sobre la operación de crédito público desde el régimen presupuestario, sino ejercer la potestad de control sobre los contratos de interés público nacional, como se desprende con claridad de la base jurídica del Acuerdo, que invocó el artículo 187.9 constitucional. Esta norma se invocó, en especial, en lo que respecta al colateral sobre las acciones de Citgo Holding, Inc.

Por ello, desde el punto de vista constitucional, el objeto del Acuerdo de 27-10-2016 –en perfecta sintonía con todos estos precedentes– fue negar la autorización de PDVSA para ceder las acciones de Citgo Holding, Inc. como colateral de los Bonos 2020, pues esa cesión solo podía efectuarse por medio de un contrato de interés público nacional autorizado por la Asamblea bajo el artículo 187.9. El Acuerdo, al negar esa autorización, negó la capacidad de PDVSA de ceder las acciones mencionadas en colateral.

Ahora bien, de conformidad con el Derecho Público venezolano, como ha sido explicado, el Acuerdo de 27-09-2016 es un acto que debe presumirse válido y vinculante. Asimismo, y de acuerdo con la doctrina del acto de Estado, el Acuerdo debía ser considerado como un acto oficial del Gobierno de Venezuela reconocido en los Estados Unidos, sin que la Corte del Distrito Sur de Nueva York tuviese jurisdicción para interpretar o revisar tal Acuerdo.

La doctrina del acto de Estado aplica para resolver conflictos entre actos oficiales promulgados por un Gobierno soberano reconocido dentro de su territorio, y los tribunales de Estados Unidos, si la validez de esos actos oficiales es impugnada ante esos tribunales. En los Estados Unidos, el principio se aplicó en el caso *Underhill vs. Venezuela*, según el cual “cada Estado soberano está obligado a respetar la independencia de cualquier otro Estado soberano, y los tribunales de un país no juzgarán los actos del Gobierno de otro, hechos dentro de su propio territorio”. Como lo resume Lee Buchheit, los tribunales estadounidenses deben aceptar las medidas gubernamentales extranjeras tomadas dentro de su propio territorio y aplicables allí<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Caballero Ortiz, Jesús, “Los contratos administrativos, los contratos de interés público y los contratos de interés nacional en la Constitución de 1999”, en *Libro Homenaje a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. 20 años de especialización en Derecho Administrativo, Volumen I*, TSJ, Caracas, 2001, pp. 140 y ss.

<sup>31</sup> Buchheit, Lee, “Act of State and Comity: Recent developments”, en *Judicial enforcement of International Debt Obligations*, International Law Institute, Washington D.C., 1986, p. 96. Como resume la Corte Suprema de los Estados Unidos “la doctrina impide cualquier revisión de los actos del Gobierno de un Estado soberano realizados dentro de su propio territorio por los

Por lo anterior, un elemento fundamental para la aplicación de la doctrina del acto de Estado es que ella aplica sólo al acto promulgado por un Estado extranjero “*dentro de su propio territorio y aplicable allí*”. Una de las consecuencias prácticas de la doctrina está específicamente relacionada con las defensas en litigios de deuda soberana basados en actos oficiales promulgados por un Gobierno extranjero que se aplicarán en el extranjero. Eventualmente, los entes soberanos pueden emitir decisiones internas encaminadas a bloquear las reclamaciones de los acreedores contra los activos en el extranjero. Esta situación crea un conflicto: ¿deberían los tribunales extranjeros abstenerse de resolver los casos de los acreedores sobre la base de decisiones adoptadas por Gobiernos soberanos?<sup>32</sup>.

Como se explicó, la doctrina del acto de Estado es una regla de decisión que “*requiere que, en el proceso de decisión, los actos de soberanos extranjeros tomados dentro de sus propias jurisdicciones se consideren válidos por los Tribunal de los Estados Unidos*”. Las decisiones extraterritoriales, es decir, las decisiones promulgadas por un Gobierno extranjero para ser aplicadas más allá de su territorio no podrían estar cubiertas por la doctrina, porque esas decisiones no se toman “*dentro de su propio territorio*”<sup>33</sup>. En especial, si estas decisiones tienen como objetivo restringir o confiscar propiedades en los Estados Unidos<sup>34</sup>.

El Acuerdo de 27-09-2016 –ratificado en Acuerdo del 15-10-2019– cumple con las condiciones de esta doctrina, con lo cual, él debía ser aplicado por la Corte de Distrito. Es por ello que en realidad, esa Corte no debía decidir si en efecto los contratos de emisión y garantía eran contratos de interés público, pues esa calificación ya la había efectuado la Asamblea Nacional a través de la cuarta legislatura, reconocida por el Gobierno de Estados Unidos.

---

*tribunales de otro Estado soberano*”. Ver: *First Nat'l City Bank vs. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 759 (1972), en 763. Traducción libre.

<sup>32</sup> Véase: Bocuzzi, Carmine D., “Defences” en *Sovereign debt management*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 103 y ss.

<sup>33</sup> Ver: *Kirkpatrick & Co. vs. Evtl. Tectónica*, 493 U.S. 400 (1990), en 493.

<sup>34</sup> En consecuencia, los tribunales han rechazado la aplicación de la doctrina con respecto a los actos oficiales destinados a restringir –o confiscar– las propiedades en los Estados Unidos. Por lo tanto, “*dos razones prácticas subyacen a la doctrina. En primer lugar, permite a las ramas políticas del gobierno, y del poder ejecutivo en particular, ejercer el control exclusivo sobre la política exterior (...)* En segundo lugar, cuando la propiedad en disputa se encuentra en el soberano extranjero, probablemente sería inútil, por no decir nada arrogante, que un tribunal de los Estados Unidos se pronuncie sobre las actividades independientes de un estado independiente (...) Pero debido a que la doctrina está diseñada exclusivamente para limitar el papel de los tribunales de los Estados Unidos en asuntos exteriores de Estado, es inaplicable cuando un soberano independiente busca extender un decreto confiscatorio a nuestras costas (...) Cuando la propiedad en disputa se encuentra aquí, los tribunales de los Estados Unidos no están obligados a aplazar automáticamente a la autoridad extranjera; la incautación de bienes locales de conformidad con un decreto decomiso extranjero sólo se permitirá si la toma de acuerdos con *¿la política y la ley de los Estados Unidos*”. *República del Iraq vs. First Nat. City Bank*, 353 F.2d 47, 51 (2d Cir. 1965), cert. denied, 382 U.S. 1027, 86 S. Ct. 648, 15 L. Ed. 2d 540 (1966)...” *Bandas vs. Harlow & Jones, Inc.*, 826 F. Supp. 700 (S.D.N.Y. 1993), 705-706. Traducción libre.

Finalmente, a pesar de que los contratos de emisión y garantía pactaron como Derecho aplicable el Derecho del Estado de Nueva York, ello solo aplica para los derechos, obligaciones y resolución de conflictos. La capacidad de PDVSA como ente contratante no puede regirse por el Derecho del Estado de Nueva York, sino por el Derecho venezolano, incluyendo el citado Acuerdo<sup>35</sup>.

## **2.2. La errada interpretación de la Corte de Distrito y el criterio correcto de la Corte de Apelación**

El 16-10-2020 la Corte del Distrito Sur de Nueva York dictó sentencia, mediante una opinión sobre la desestimación de la demanda intentada por PDVSA y PDV Holding, Inc., confirmando que el contrato de emisión y de garantía de los Bonos 2020 son válidos y vinculantes bajo el Derecho de Nueva York. La sentencia, en la práctica, desconoce el contenido y alcance de los Acuerdos de la Asamblea Nacional dictados en relación con los Bonos en contra del principio de acuerdo con el cual las Cortes de Estados Unidos no pueden revisar, cuestionar o desconocer actos oficiales de Gobiernos extranjeros. De manera contradictoria, además, negó la relevancia del Derecho venezolano en estos contratos. Esto último, en suma, es lo que terminó siendo relevante pues al haber opinado que el Derecho venezolano no regía a los contratos, no se analizó el argumento de invalidez por violación al artículo 150 constitucional, como había sido decidido en los Acuerdos de la Asamblea.

El orden en el que trató la Corte estos asuntos es incongruente<sup>36</sup>, y demuestra el error de la sentencia. Pero a todo evento, a continuación, se formulan las principales conclusiones relacionadas con estos dos puntos, en el orden en el que fueron tratados por la sentencia.

Así, en contra del alegato de los demandados<sup>37</sup>, la Corte reconoció que los Acuerdos de la Asamblea Nacional de 27-09-2016 y de 15-10-2019 son actos oficiales del Estado venezolano, dictados en ejercicio de la función

---

<sup>35</sup> Así, es un principio generalmente aceptado que la capacidad de los entes públicos que emiten deuda se rige siempre por su Derecho Público, en este caso, el Derecho Constitucional y Administrativo venezolano. Esto no incide en la aplicación del Derecho extranjero para determinar el alcance de los derechos y obligaciones e incluso, acudir a cortes extranjeras. Pero la capacidad de la República y de PDVSA para contratar operaciones de crédito público no puede regirse por el Derecho extranjero. Cfr.: Wälde, Thomas, "The sanctity of debt and insolvent countries: defenses of debtors in international loan agreements", en *Judicial enforcement of international debt obligations*, International Law Institute, Washington D.C., 1986, p. 125.

<sup>36</sup> El orden congruente era determinar, primero, si el Derecho venezolano aplica. Solo en caso afirmativo, entonces, podían analizarse los Acuerdos de la Asamblea, que forman parte del Derecho venezolano. La Corte, incongruentemente, analizó los Acuerdos, para luego descartar que el Derecho venezolano sea aplicable. Si en efecto el Derecho venezolano es irrelevante, entonces, el contenido de los Acuerdos también resultaba irrelevante.

<sup>37</sup> Los demandados centraron sus defensas, principalmente, en negar que los Acuerdos de la Asamblea Nacional fuesen actos oficiales del Estado venezolano, un argumento desestimado por la Corte.

legislativa, y que como tal, deben ser presumidos válidos y vinculantes<sup>38</sup>. Sin embargo, la Corte entró a analizar el contenido de esos Acuerdos, lo que llevó a su desconocimiento implícito, al sostenerse –erradamente– que la Asamblea Nacional no había cuestionado la constitucionalidad de los Bonos.

Para demostrar el error de la Corte en este punto, es preciso analizar **(i)** los antecedentes y contextos de estos Acuerdos; **(ii)** la errada interpretación de la Corte en cuanto al contenido de esos Acuerdos y **(iii)** la errada interpretación de la Corte en cuanto a los efectos de esos Acuerdos.

El Acuerdo del 27-09-2016 cuestionó la operación de canje que dio lugar a los Bonos 2020, tanto en sus aspectos financieros como en cuanto al colateral. Desde el punto de vista jurídico, sin embargo, la objeción relevante era la segunda. Así, con base en el artículo 187.9 de la Constitución, que regula la competencia de la Asamblea Nacional para controlar contratos de interés público nacional, como ya vimos, la Asamblea cuestionó o rechazó la capacidad de PDVSA de ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc. La Corte, sin embargo, consideró que este Acuerdo nunca calificó la existencia de contratos de interés público nacional<sup>39</sup>.

Además, citando una de las opiniones de la Oficina de la Procuraduría Especial, insistió en que este Acuerdo no declaró la inconstitucionalidad de los Bonos 2020<sup>40</sup>.

Este argumento, defendido por los demandados, es sin embargo errado, básicamente, por una razón: la Corte no podía indagar cuál fue la intención de la Asamblea Nacional, ni mucho menos inferir qué quiso decir la Asamblea Nacional, pues la doctrina del acto de Estado limita la jurisdicción de la Corte para indagar o cuestionar estos aspectos. Además, la posición de la Asamblea Nacional en torno a los Bonos 2020 no solo quedó claramente expuesta en el citado Acuerdo de 27-09-2016, sino que además, fue ratificada en el Acuerdo de 15-10-2019 –ignorado por la sentencia– y en todo caso, ratificado por la posición oficial del Presidente encargado<sup>41</sup>.

Pero al margen de ello, hay dos razones de fondo por las cuales es errado sostener que el Acuerdo del 27-09-2016 no cuestionó la operación de canje y emisión de los Bonos: **(i)** El Acuerdo no declaró la inconstitucionalidad

---

<sup>38</sup> Además, la Corte interpretó el Acuerdo de la Asamblea Nacional de 26-05-2016, sobre los contratos de interés público, que en realidad, no guardaba relación con los Bonos. Por ello, y aun cuando también la Corte interpretó erradamente este Acuerdo, su análisis no resulta pertinente para este breve análisis.

<sup>39</sup> En especial, página 35: “esta objeción, sin embargo, no está acompañada por ninguna declaración acerca de que la oferta de intercambio era un contrato de interés público, ni tampoco contiene ninguna declaración sobre la violación del artículo 150 de la Constitución derivada de la ejecución de esa oferta de intercambio, ni tampoco declara ilegal o inválida la oferta de intercambio”. Traducción libre. Tal fue uno de los argumentos empleados por los demandados, basados en la declaración de uno de los tenedores de los Bonos 2020.

<sup>40</sup> Página 41.

<sup>41</sup> El 09-06-2020 la República Bolivariana de Venezuela expuso su posición en el caso ratificando la posición histórica de la Asamblea Nacional. Sin embargo, la Corte desestimó ese argumento –que ha debido ser tratado por deferencia– al considerar que la Asamblea Nacional no cuestionó la constitucionalidad de los Bonos en 2016.

dad de los Bonos, ni calificó a los contratos suscritos por el régimen de Maduro como contratos de interés público nacional, por una sencilla razón, ya explicada: para ese momento los contratos no se habían suscrito, y los Bonos 2020 no existían<sup>42</sup>. Mal puede declararse la inconstitucionalidad de Bonos que no existen; **(ii)** El Acuerdo es el acto de control parlamentario previo que en ejecución de norma sobre contratos de interés público, negó la capacidad de PDVSA de comprometer a Citgo como garantía de los Bonos 2020, antes de que esa garantía fuese constituida.

Pero en todo caso, se insiste, no corresponde a una Corte de Estados Unidos interpretar la voluntad de la Asamblea Nacional, ni mucho menos deducir cuál pudo ser la intención de la Asamblea Nacional. Esto supone la revisión de actos soberanos del Estado venezolano, y por ende, una extralimitación en la jurisdicción de la Corte.

Al haber asumido, erradamente, que el Acuerdo de 2016 no cuestionó la constitucionalidad de la operación, la Corte negó relevancia al Acuerdo del 15-10-2019, pese a que éste interpretó auténticamente el Acuerdo de 2016<sup>43</sup>. La Corte consideró que, a todo evento, el Acuerdo del 15 de octubre no podría “expropiar” los contratos de emisión de los Bonos, por tratarse de bienes ubicados en Nueva York. De nuevo, la Corte erradamente interpretó a la Asamblea Nacional, al tratar de indagar cuál fue su intención<sup>44</sup>.

Los Acuerdos de 27-09-2016 y 15-10-2019 cuestionaron la constitucionalidad de la operación de canje que llevó a la emisión de los Bonos 2020, así como a los contratos de emisión y de garantía, *únicamente en función al colateral sobre Citgo*. La demanda de nulidad presentada, y todos los argumentos adicionales introducidos en el caso, insistieron en este argumento: los contratos violaron la Constitución, pues PDVSA no podía comprometer a Citgo en colateral a favor de empresas extranjeras sin autorización de la Asamblea Nacional, en tanto esa cesión supone celebrar contratos de interés público nacional, tal y como la Asamblea había ya decidido. En ningún momento los Acuerdos expropiaron los Bonos 2020 o repudiaron la deuda. De hecho, el Acuerdo de 15 de octubre dejó abierta la reconciliación de las reclamaciones legítimas que pudieren derivar de los Bonos.

Por ello, la intención de la Asamblea Nacional no fue expropiar los Bonos 2020, ni repudiar la deuda, sino cuestionar la capacidad de PDVSA para comprometer a Citgo Holding, Inc. como colateral, en tanto esa operación supone la celebración de un contrato de interés público nacional con empresas extranjeras que debe ser previamente autorizado por la Asamblea

---

<sup>42</sup> Los contratos fueron suscritos el 28 de octubre, luego de que el Tribunal Supremo de Justicia suspendiera toda investigación sobre PDVSA, incluyendo la investigación anunciada en Acuerdo de 27-09-2016.

<sup>43</sup> El Acuerdo de 15 de octubre, en todo caso, *ratificó* –en esos términos, según los acuerdos primero y segundo– el contenido del Acuerdo del 27 de septiembre. Luego, no podía la Corte sustituirse en la voluntad de la Asamblea Nacional para considerar que el Acuerdo de 15 de octubre no respondía a lo decidido en 2016 (véase la página 26 de la sentencia).

<sup>44</sup> Páginas 36, 42 y 43. Lamentablemente, el Gobierno de Estados Unidos, al participar en el caso, no fijó una posición clara sobre este punto.

Nacional. Además, los tenedores de los Bonos sabían de esas objeciones antes de emisión y, a pesar de ello, decidieron tomar el riesgo y participar en la operación. Más importante todavía: como declaró el principal tenedor de esos Bonos, la decisión de participar en la operación, pese a estar en conocimiento de las objeciones constitucional de la Asamblea al colateral, se basó en cálculos políticos, no jurídicos<sup>45</sup>.

Finalmente, la Corte consideró que el Derecho venezolano no rige a los contratos de emisión y garantía, en tanto ellos se rigen por el Derecho de Nueva York. Por lo tanto, no podía determinarse si PDVSA violó la Constitución al suscribir esos contratos<sup>46</sup>. Tal argumento es errado por dos razones<sup>47</sup>.

La primera razón es que la propia sentencia contradice esta conclusión, pues al analizar los Acuerdos de 2016 y 2019, interpretó el Derecho venezolano<sup>48</sup>. Si la Corte interpretó esos Acuerdos, es por cuanto el Derecho venezolano es relevante; pero si éste es irrelevante, entonces, no ha debido interpretar los Acuerdos.

En todo caso, y en segundo lugar, aun cuando los contratos suscritos por PDVSA remiten al Derecho de Nueva York, esa remisión no puede extenderse a la propia capacidad de PDVSA, que necesariamente, se rige por Derecho venezolano. Mal podría PDVSA renunciar a la aplicación de normas de orden público al celebrar contratos de deuda pública.

Por ello, la capacidad de PDVSA para comprometer a Citgo Holding, Inc. como garantía, como se hizo en el contrato de emisión de los Bonos y en el contrato de garantía, quedaba sometida a Derecho venezolano, y en concreto, a los artículos 150 y 187.9 de la Constitución, como la Asamblea Nacional declaró en el Acuerdo de 27-09-2016.

El 13 de octubre de 2022 la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito revirtió la decisión de la Corte de Distrito, al considerar que había méritos para aplicar el Acuerdo de la Asamblea Nacional, pero optó por consultar el punto con la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, quien conoce actualmente el caso. Lo que debe decidirse, así, son los efectos jurídicos del Acuerdo de la Asamblea Nacional de 27-09-2016 ratificado en Acuerdo de 15-10-2019.

Así, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito consideró que era errado descartar la aplicación del Acuerdo basado en la no aplicación del Derecho de Venezuela. En realidad, bajo la doctrina del acto de Estado, la Corte de Apelaciones recordó que ese Acuerdo debía ser tomado en cuenta, y que, si éste se interpretaba en el sentido que PDVSA no tenía capacidad

---

<sup>45</sup> Declaración de 08-06-2020, ya analizada.

<sup>46</sup> Páginas 47 y ss.

<sup>47</sup> Weidemaier, Mark, y Gulati, Mitu, "Unlawfully-Issued Sovereign Debt", en *Virgina Journal of International Law*, Vol. 61-3, 2021, pp. 553.

<sup>48</sup> Por ejemplo, en la página 34.

para ceder las acciones de Citgo en colateral, entonces, la sentencia debía dictarse en función a esa decisión.

Desde el punto de vista del litigio de deuda en el Estado de Nueva York, este criterio pudiese tener implicaciones más allá del caso examinado, en la medida en que podría permitir a los Estados invocar la nulidad de su deuda pública con base en la violación de su Derecho doméstico. Es importante aclarar que la demanda de nulidad en contra de los Bonos PDVSA 2020 nunca repudió la deuda, ni apeló a calificativos como la deuda odiosa. PDVSA reconoció la existencia de los contratos, al punto de demandar su nulidad, siempre dejando a salvo cualquier compensación a favor de los tenedores, en tanto el único punto en debate era el colateral. Por lo anterior, tampoco se cuestionó el endeudamiento mediante el canje, sino –insistimos– la constitucionalidad de la cesión de las acciones de Citgo en garantía.

Por ello, en realidad, y aun cuando el caso de los Bonos PDVSA 2020 contribuirá a aclarar el rol del Derecho Constitucional y Administrativo en la deuda pública externa, lo cierto es que este precedente aplica, específicamente, para los contratos de colateral de las operaciones de endeudamiento.

## **Conclusiones**

El Acuerdo de la Asamblea Nacional de 27-09-2016, en tanto acto parlamentario sin forma de Ley, negó la autorización de PDVSA –como ente del Poder Ejecutivo Nacional– de ceder en garantía las acciones de Citgo Holding, Inc. a favor de los tenedores de los Bonos PDVSA 2020. Tal acto fue parte del control parlamentario previo sobre los contratos de interés público nacional, ejercido en los términos de los artículos 150 y 187.9 de la Constitución.

Desde el Derecho Constitucional venezolano, este Acuerdo impedía a PDVSA ceder en garantía esas acciones, pues su capacidad estaba limitada en el ámbito de los contratos de interés público. No obstante, debido al bloqueo de las funciones de control de la Asamblea, PDVSA suscribió los contratos de emisión y garantía de los Bonos. En especial, la Sala Constitucional, en sentencia de 25 de octubre, prohibió a la Asamblea investigar a PDVSA, incluyendo la investigación relacionada con la oferta de canje.

El citado Acuerdo no declaró la nulidad de contratos, ni calificó la naturaleza jurídica de contratos, pues para el 27-09-2016 PDVSA no había suscrito contrato alguno. Este Acuerdo, en realidad, negó que PDVSA pudiese ceder las acciones en garantía, como había ya ofrecido en la oferta unilateral de canje. De otro lado, al ser una de las bases jurídicas del Acuerdo el artículo 187.9 de la Constitución, era claro que, para la Asamblea, la cesión de acciones a empresas no domiciliadas requería su autorización previa, como de manera auténtica interpretó la propia Asamblea el 15-10-2019.

Debido en parte a las pruebas presentada por los demandados, que colocaron en evidencia diferencias de criterios en el seno de la Asamblea, la

Corte de Distrito, contradictoriamente, concluyó que el Acuerdo no impedía a PDVSA suscribir los contratos y, en todo caso, el Derecho venezolano no era aplicable. Esta sentencia fue revocada en apelación, al considerarse que el Acuerdo debía ser interpretado en el marco de la doctrina del acto de Estado, siendo razonable concluir que ese Acuerdo limitaba la capacidad de contratar de PDVSA, asunto que ahora conoce el máximo tribunal del Estado de Nueva York.



# EL SISTEMA DE GOBIERNO FEDERAL COMO UNO DE LOS RESGUARDOS DEL DERECHO A LA LIBERTAD POLÍTICA

Irene Loreto G.\*

## Introducción

Una de las pretensiones de Derecho Constitucional moderno, consiste en salvaguardar la figura de Estado como estructura que proporcione el cumplimiento de los derechos y garantías de los ciudadanos a través de formas de gobierno. Si observamos las formas de gobierno en la historia, tal vez lleguemos a la conclusión de que ninguna de ellas es perfecta, ya que se requieren muchos elementos para que conformemos una sociedad justa. Hemos comprendido como a finales del siglo XVIII surgen unos novedosos elementos a través del liberalismo europeo, la revolución francesa y la Constitución de Estados Unidos de América. La revolución francesa dejó una herencia de principios, pero como toda revolución, hubo muchas muertes e injusticias para lograrlas. En definitiva, nos parece que no existe un sistema de gobierno perfecto, sin embargo, la democracia desde sus orígenes griegos, en su teoría, se aproxima mucho a un sistema en donde se respetan los derechos, la libertad, y como un modo de descartar la tiranía, se perfilan elementos como la separación de los poderes públicos, el “federalismo” y la descentralización de los poderes públicos.

En este breve trabajo pretendemos aportar unas concisas ideas sobre el federalismo en Venezuela, como una vía para garantizar las libertades y evitar el absolutismo.

## 1. Breve recuento histórico del origen del federalismo en Venezuela

*“El separatismo venezolano estuvo presidido por la constitucionalidad”<sup>1</sup>.* Hemos querido comenzar nuestro trabajo con esta frase del maestro Chiossone, como un modo de justificar nuestra postura ante la historia del constitucionalismo en Venezuela, en la que consideramos que la Constitución ha sido utilizada, en toda nuestra vida republicana, como una manera de dar sustento y legalidad a los cambios políticos que el gobernante de turno,

---

\* Doctora en Derecho y profesora de la Universidad Central de Venezuela.

<sup>1</sup> Tulio Chiossone. “Formación Jurídica de Venezuela en la Colonia y en la República”. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1980. Página 17.

militar o civil, ha pretendido dar al Estado. Desde 1811 hasta 1999 Venezuela ha tenido 25 Constituciones, casi todas fueron dictadas bajo presidentes militares, "a excepción de tres: la de 1891, con Andueza Palacios; la de 1947, con la Junta Revolucionaria (gobierno de facto) presidida por Betancourt; y la de 1961, bajo el gobierno constitucional de Betancourt"<sup>2</sup>.

Para hablar de federalismo en Venezuela nos remontamos a la primera Constitución de 1811<sup>3</sup> que establece un sistema de gobierno federal inspirado en el federalismo norteamericano<sup>4</sup>, y en el concepto de separación de poderes aportado por el liberalismo europeo y la revolución francesa.

Desafortunadamente en la actualidad no podemos tener acceso a los libros de actas que recogen las discusiones del Congreso constituyente sobre esa primera Constitución de 1811, ellos se perdieron durante la guerra de independencia, solo tenemos referencia de ellos. De allí que se limiten las fuentes para investigar sobre el modo como se fraguan las ideas federalistas en ese primer congreso constituyente, pero sabemos que la idea del sistema federal, como modelo político territorial de Estado surge en Venezuela, y se consolida, en esa primera Constitución<sup>5</sup>. Los patriotas que desarrollan una lucha política y que son los redactores de la Constitución, en su mayoría, son los mismos que combaten las batallas. Esta cualidad nos dice que son partidarios de la independencia de la corona española, con una reforma en las instituciones, para crear una República nueva, una República que deciden llamar Federal, sin embargo, para ello, utilizan las estructuras políticas y territoriales existentes, las instituciones de la Colonia, particularmente la Junta Central.

---

<sup>2</sup> José Rodríguez Iturbe. *Prologo irregular a un estudio atípico*, en obra "Leticia Harentz Pérez" de Guerra G. Luis Beltrán. Comala.com Caracas 1a edición 2002. Página 22.

<sup>3</sup> "Venezuela es la primera en promulgar, a fines de 1811, su constitución política a semejanza de lo que habían hecho en América los Estados Unidos y en Europa Francia y Polonia. Esta carta es también la primera Constitución que apareció en el mundo español, dictada por un Congreso legítimamente constituido y con carácter nacional. La constitución de 1811 acoge el sistema rígido y adopta para la República el sistema Federal de gobierno". Vid., Pablo Ruggeri Parra. *Las primeras constituciones americanas*. Biblioteca de la Academia nacional de la historia. El pensamiento constitucional de Latinoamérica, 1810-1830, Tomo II. Sesquicentenario de la Independencia. Caracas MCMMLXII. Página 238.

<sup>4</sup> Irene Loreto G. *Génesis del Constitucionalismo en Venezuela*. Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas 2005. Página 15.

<sup>5</sup> Demetrio, Ramos Pérez, "La Revolución Española de la guerra de independencia y su reflejo en las ideas constitucionales de la primera república de Venezuela". Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia. El pensamiento constitucional de Latinoamérica, 1810-1830, Tomo II. Sesquicentenario de la Independencia. Caracas MCMMLXII. Página 84: "*Dentro del campo patriota, al mismo tiempo que se hace la guerra, se desarrolla una lucha política entre los que son partidarios de un reformismo, pero dentro de los cauces legales de la tradición legislativa vigente, es decir, propugnando por el establecimiento de una regencia y la convocatoria de unas cortes estamentales, y aquellos otros, plenamente radicales, que hacen tabla rasa de los fundamentos institucionales y que, apoyados por un justismo inicial, establecen, en la práctica una REPUBLICA FEDERAL, que tal es, a fin de cuentas, la junta central, constituida por vocales designados por cada una de las juntas provinciales que habían reasumido, revolucionariamente, la soberanía*".

Así como nuestra primera Constitución se ha llamado “federalista”, observamos un radical cambio en la segunda que configura y crea un gobierno “centralista”. ¿Cómo se da ese cambio tan drástico en tan pocos años?, muchas respuestas a esta pregunta, sin embargo, estimamos que las circunstancias histórico-políticas que fundamentaron nuestras primeras cartas magnas, “la independencia”, es el eje que mueve el pensamiento jurídico-político de los primeros constituyentes.

En Venezuela, durante los años 1810 a 1822, los términos, independencia y Constitución, van de la mano, se identifican. La Constitución de 1811 viene a ser el instrumento legal que justifica la separación de Venezuela con España y que subsiguientemente construye un sistema de Gobierno. Surge la federación como “*el intento a armonizar unas juntas provinciales con otras (...) y especialmente el recelo al poder pleno en mano de unas o pocas personas que, sin sujeción a nadie, podía por torpeza, debilidad o traición entregar al país*”<sup>6</sup>. Es por esto que consideramos que se establece “*Un gobierno federal débil, en lugar de las antiguas formas monárquicas*”<sup>7</sup>, de esta manera resulta posible cambiar de un modo flexible los sistemas políticos, y la razón es esta: no se buscan los sistemas políticos como tales, sino que se busca “La independencia”, autónomamente del sistema político.

De esta manera, en la Constitución de 1811, Federalismo significa “*que el gobierno central tiene los poderes expresamente delegados, nada más. Los poderes residuales pertenecen a los Estados (Provincias) o al pueblo*”<sup>8</sup>.

Los venezolanos de 1811-1821 quieren la independencia, como también quieren todos los principios del pensamiento liberal europeo y los principios acogidos en la constitución norteamericana: libertad, igualdad, autonomía, el poder en las manos del pueblo, soberanía, y todo ello viene a ser contenido en las constituciones que se elaboran.

A partir de la Independencia el panorama constitucional latinoamericano aparece como un inmenso caleidoscopio. Setenta y siete constituciones, proyectos, decretos, reglamentos, declaraciones y actas de veinte países se adoptan o escribe. La inestabilidad política de estos pueblos recién nacidos a la vida independiente, los avatares de la guerra y las pugnacidades de los grupos provocaron constantes modificaciones en las estructuras constitucionales<sup>9</sup>.

Al contemplar la observación de Francisco de Miranda sobre el texto constitucional de 1811, entendemos la fragilidad de la estructura jurídica

---

<sup>6</sup> Id. Página 88.

<sup>7</sup> Vid. Conversaciones de Stuart con Cuesta, duque del Infantado, Mon, conde de Contamina y Jovellanos, especialmente en sus informes a Canning, en id.

<sup>8</sup> Pablo Ruggeri Parra. Cit. Página 218.

<sup>9</sup> Humberto J. La Roche “Agnosticismo y tradición religiosa en el pensamiento constitucional latinoamericano de la Independencia” Biblioteca de la Academia nacional de la historia. El pensamiento constitucional de Latinoamérica, 1810-1830, Tomo II. Sesquicentenario de la Independencia. Caracas MCMMLXII. Página 77.

que plantea y los consecuentes cambios que hemos tenido en la teoría constitucional y en la práctica a lo largo de nuestra historia republicana<sup>10</sup>.

En los Estados Unidos de Norteamérica<sup>11</sup>, la federación fue discutida como tal en las reuniones del Congreso Constituyente de 1787. Hubo contención en este aspecto por considerar que la posibilidad de crear otro gobierno, superior al de cada uno los estados, fuera a limitar la independencia y la identidad de cada estado. La Constitución surgió como elemento fortificador de los estados ya confederados, producto de la independencia de las trece colonias inglesas. Las colonias se unen en confederación, primero con un documento llamado "Artículos de la confederación" y luego con una Constitución federal<sup>12</sup> que define la estructura y poder del gobierno, aceptando el principio de separación de poderes en las tres ramas: ejecutiva, legislativa y judicial. El poder legislativo, ya en la Constitución, está dividido en dos cámaras: la de representantes y la de senadores.

Este sistema federal no se estableció en la práctica de un modo permanente, por cuanto en los primeros años de la nueva nación hubo quienes veían las limitaciones que este régimen traía para cada estado, entonces surgen los llamados "federalistas" y "antifederalistas". En este debate del Congreso ejerce una influencia importante una sentencia de la Corte Suprema, tomada en 1819, en un caso llamado *McCulloch v. Maryland* en la cual los jueces de la Corte deciden a favor de los federalistas<sup>13</sup>. Esta sentencia resuelve una consulta de interpretación a la Constitución propuesta a la Corte por el estado de Maryland. Se trataba de definir los poderes del Congreso para crear un Banco Nacional, el Banco de los Estados Unidos. El Juez John Marshall, de corte federalista, decide que fue razonable la decisión del Congreso en crear un banco nacional, para poder asumir y ejecutar sus potestades fiscales. Con esta sentencia se crea la doctrina de los "poderes implícitos", en donde los poderes del gobierno pueden ser razonablemente delegados. Durante décadas, se utilizó el argumento legal contenido en esta sentencia para fundamentar la extensión de los poderes en el gobierno nacional.

---

<sup>10</sup> Vid. Constitución de 1811. Observaciones de Francisco de Miranda. "Considerando que en la presente Constitución los Poderes no se hallan en el justo equilibrio, ni la estructura u organización general suficientemente sencilla y clara, para que pueda ser permanente; que por otra parte no está ajustada con la población, usos y costumbres de estos países, de que en lugar de 76 reunimos en una masa general o Cuerpo social, nos divida y separe, en perjuicio de la seguridad común y de nuestra Independencia; pongo estos reparos en cumplimiento de mi deber".

<sup>11</sup> David O. Stewart. "The men who invented the Constitution, The summer of 1787". Simon & Schuster. New York 2007. Página 23.

<sup>12</sup> "Las fuentes doctrinales de la revolución francesa se hallan en los escritos de la Escuela de Derecho natural y de gentes que aportan ideas como soberanía nacional, Constitución rígida, división del poder público y de derechos del hombre y del ciudadano. Son las mismas doctrinas que en parte nutrieron las mentes de los autores de la revolución americana". Vid. Pablo Ruggeri Parra. Cit. Página 219.

<sup>13</sup> Ralph Mitchel. "CQ's Guide to the U.S. Constitution". CQ press Washington 1994.

## 2. Elementos comunes en un Estado federal

Federación viene del latín *foederare*, que significa congregar. No existe en la doctrina actual una definición uniforme de federalismo, ni siquiera en la doctrina alemana donde se ha desarrollado el sistema federativo moderno. Sin embargo, podemos aproximarnos a una definición práctica y pudiéramos decir entonces que federación consiste en la realización de una alianza entre varios estados para que, conservando cada uno su independencia y su identidad, conformen uno solo por razones de ayuda mutua, de soporte económico o político. Los miembros de ese Estado federal se autogobiernan, pero se unen y se subordinan a un poder central para la gestión de ciertas competencias esenciales.

Queremos resaltar que, en teoría, la federación ni el regionalismo son elementos esenciales para un Estado constitucional<sup>14</sup>. Recordemos como ejemplo los países donde el sistema de gobierno es una Monarquía constitucional, y se respetan los derechos humanos y políticos de los ciudadanos. Lo que es indefectible para que haya Estado de constitucional o de Derecho es el acatamiento a los principios que respetan los derechos humanos, la dignidad de la persona, la separación de los poderes públicos, la justicia independiente. El Profesor Brewer Carías precisa que, en Venezuela, el federalismo actual consistiría en el *"perfeccionamiento de la democracia mediante el reforzamiento de la descentralización política"*<sup>15</sup>.

Aunque como hemos señalado que en la práctica el concepto de federación tiene sus elementos propios en cada nación o colectividad<sup>16</sup>, podemos también aproximarnos a su noción determinando, teóricamente, los elementos comunes a toda federación<sup>17</sup>, los cuales, siguiendo el orden expuesto por Brage Camazano<sup>18</sup>, son: **(i)** un ordenamiento constitucional federal común; **(ii)** ciudadanía federal; **(iii)** acogida al principio de separación de poderes; **(iv)** reconocimiento en la Constitución federal de la garantía de la existencia autónoma de los estados; **(v)** se garantiza un nivel elevado de autonomía política a los estados miembros; **(vi)** la subordinación de los ordenamientos de los entes territoriales a la Constitución federal; **(vii)** distribución de las competencias, incluyendo las legislativas (no sólo las ejecuti-

<sup>14</sup> Peter Haberle "El federalismo y regionalismo como forma estructural del Estado constitucional". <https://bit.ly/45PrILF>

<sup>15</sup> Allan Brewer Carías. "Federalismo y Municipalismo, la descentralización". *Provincia: Revista venezolana de estudios territoriales*. N° 7. II etapa. 2001. CIEPROL. Mérida. Página 7.

<sup>16</sup> Francisco Fernández Segado. "El federalismo en América Latina". Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, México, N° 41, UNAM, Página 2280-2282.

<sup>17</sup> "Como principio de Derecho Constitucional, el federalismo hace referencia a la configuración y distribución territorial de poder en un orden constitucional determinado. Es el principio de separación vertical de poderes que completa en su función moderadora la separación horizontal de poderes, y que encuentra una configuración que varía de país a país e, incluso dentro de un mismo país, es un sistema abierto, dinámico, que tiene que equilibrar las fuerzas centrífugas y centrípetas ante las transformaciones sociales y económicas". Cfr. Joaquín Brage Camazano. "El Federalismo Alemán". *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 77. 2006. Página 9-25.

<sup>18</sup> Id.

vas); (viii) se suele prever una “cláusula residual” con una lista de competencias a favor de la Federación (poderes enumerados), quedando las restantes reservadas generalmente a los estados miembros.

Además de los requisitos que exponemos *supra*, el Profesor Brewer precisa otras exigencias para una forma federal de Estado. Tales son: (i) la distribución territorial de las competencias públicas; (ii) la distribución territorial del poder tributario y el régimen de financiamiento de las entidades territoriales; (iii) las relaciones intergubernamentales y la solución de conflictos entre los poderes; (iv) la necesidad bicameralidad del Congreso<sup>19</sup>.

Dentro del complejo sistema del federalismo moderno podemos encontrar múltiples clasificaciones: legislativo y ejecutivo; simétrico y asimétrico, centrípeto en cuanto la integración es una meta de integración e igualdad de las condiciones de vida, centrífugo que va en función de la autonomía y diversidad de las condiciones de vida como en Alemania; intraestatal que establece la división funcional de tareas según tipos de competencia y fomenta un proceso político basado en *checks and balances* entre los niveles del Estado, y un federalismo interestatal que establece el reparto de competencias según campos de política y separación de poderes.

Existe también la clasificación de federalismo dual, el cooperativo y el competitivo en el que nos vamos a fijar con algo más de detenimiento porque se refieren a los sistemas utilizados actualmente en Estados Unidos de América y en Alemania.

En el federalismo dual los estados se mantienen soberanos respecto de muchas materias tras la unión que ellos crean. Se caracteriza por el hecho de que el Estado Federal y los estados federados están claramente separados, cada uno con sus competencias y responsabilidades claramente definidas y delimitadas en la Constitución: ambas partes son soberanas. Y más que cooperación hay una relación de tensión sobre el mantenimiento del poder. El modelo dual estuvo vigente hasta ya bien entrado el siglo XIX en Estados Unidos que, a raíz de la gran depresión, se instauró el federalismo cooperativo, que insiste en la necesidad de cooperación entre los diversos niveles de gobierno a fin de proporcionar un buen servicio a la población. Esta manera de federalismo cooperativo se atribuye a Morton Grodins y se basa en que los poderes, responsabilidades y funciones no están claramente atribuidas a la Federación o a los estados y los dos niveles de gobierno no trabajan, así como enemigos o rivales sino más bien como socios<sup>20</sup>. Este sistema es cuestionado por algunos por considerar que se difumina la responsabilidad. En Alemania se ha desarrollado el principio de la “lealtad federal” que significa la cooperación de los estados (Lander) entre sí y la federación.

---

<sup>19</sup> Allan Brewer Carías. Cit. Página 16.

<sup>20</sup> Joaquín Brage Camazano. Cit. Página LXVI.

### 3. Estado federal, descentralización con especial referencia a los municipios

Lares Martínez en su manual indica que *"las diferentes formas de organización administrativa que adoptan los Estados pueden reducirse a dos tipos fundamentales, a saber: la centralización y la descentralización"*<sup>21</sup>. El Estado Federal se caracteriza por una *"específica estructura de las relaciones jurídicas de coordinación, subordinación e inordinación, en la que se manifiesta la unidad dialéctica de las dos tendencias contradictorias de unidad y diversidad, de cohesión y particularización entre la entidad central y las entidades territoriales"*<sup>22</sup>. Podemos afirmar que el Estado Federal es un aporte de la cultura jurídica norteamericana, que consiste en que un conjunto de Estados independientes se reúnen bajo un sólo Estado a partir de un pacto federal contenido en la Carta Fundamental. En definitiva, se denomina Estado Federal a un Estado compuesto, a su vez, por varios Estados. En este caso, se sostiene que sólo al primero corresponde ser titular de la soberanía, y se entrega a los otros, no soberanos, el nombre de Estados estadales, Estados miembros o Estados particulares.

Venezuela, constitucionalmente hablando, es un Estado "Federal descentralizado"<sup>23</sup>, y así fue concebido en nuestra primera Constitución de 1811 y se mantiene en el presente conforme al artículo 4 de la Constitución de 1999<sup>24</sup>. Desde el punto de vista de funcionamiento, entendemos que un Estado es Federal cuando los estados que lo componen tienen capacidad de legislar en materia de su competencia, y así sucede en Venezuela; sin embargo en la práctica observamos que es un Estado fundamentado en el presidencialismo, en el partidismo y el centralismo<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Eloy Lares Martínez: "Manual de Derecho Administrativo". Décimo Segunda Edición. Caracas 2001. Página 431.

<sup>22</sup> Manuel García Pelayo: "Derecho Constitucional". Colección textos jurídicos Universitarios. Madrid 1951. Página 240.

<sup>23</sup> Artículo 4 de la Constitución de 1999: *"la República Bolivariana de Venezuela es un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad"*.

<sup>24</sup> *"Mas valen décadas de vigencia constitucional que toneladas de literatura constituyente"* Enrique Tejera París: *La Constitución somos nosotros mismos*. Folleto que publica la Clase Magistral con ocasión de la apertura en marzo de 1999 de los cursos de postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV. Página 22.

<sup>25</sup> El profesor Gustavo Linares B. señala que *"la lectura ortodoxa de la norma simétrica de la Constitución de 1961 había entendido, con base incluso en la primera exposición de motivos de la norma fundamental, que el adjetivo era poco más que semántico, hasta el punto de que Brewer catalogó al nuestro como un estado en forma federal, pero con contenido centralista"*. Cfr. Gustavo José Linares Benzo: "El sistema venezolano de repartición de competencias" *Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan Brewer Carías*. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid 2003. Página 701. Para profundizar en la descentralización en Venezuela puede observarse también: Jorge Sánchez Melean: "Pasado, presente y futuro de la descentralización en Venezuela". *Provincia: "Municipio y pobreza, IX jornadas sobre federalismo"*. Revista venezolana de estudios territoriales. N° 9. II etapa. 2003. CIEPROL. Mérida 2004. Página 20.

De esta manera descentralización política (federalismo), se refiere a la existencia de leyes propias que rijan las entidades locales. La descentralización administrativa alude a desconcentración del poder público, de la designación de los funcionarios y del poder de decisión. Para ello es necesario el establecimiento de una distinción entre los asuntos nacionales y los locales, la atribución en la Constitución o en la ley de la personalidad jurídica a las entidades públicas menores y la elección de las autoridades locales por la propia colectividad y no por el poder central.

La descentralización también puede concebirse como descentralización territorial o descentralización por servicios. La territorial es la que se desarrolla entre el Estado y las personas jurídicas menores. La descentralización por servicios o institucional consiste en que la Constitución o la ley pueden disponer que ciertos servicios de carácter nacional, sean dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, son las entidades públicas no territoriales que en Venezuela conocemos como institutos autónomos.

En Venezuela podríamos determinar que la descentralización consiste en la transferencia de funciones del centro del gobierno a los alrededores y la correspondiente facultad de decisión buscando el desarrollo homogéneo de las regiones, orientando eliminar las desigualdades y desequilibrios existentes en un país. Para nosotros, descentralización consiste en disminuir las diferencias entre el Distrito Metropolitano y los demás estados, entre las competencias del Ejecutivo Nacional y las competencias de los estados y municipios.

Nos referiremos de modo especial al municipio, como modo de descentralización y al aporte de la Constitución venezolana de 1961 ya que constituye una contribución formal extraordinaria al desarrollo de la figura de los municipios en Venezuela, ya que determina su autonomía, la elección de las autoridades, la libre gestión del municipio en las materias de su competencia y la creación, recaudación e inversión de sus ingresos.

### **3.1. Autonomía**

El artículo 25 de la Constitución Venezolana de 1961 establecía que *“los municipios constituyen la unidad política primaria y autónoma dentro de la organización nacional”* y posteriormente en su artículo 29 determinaba el alcance de esa autonomía en tres elementos determinantes como los son la elección de sus autoridades, la libre gestión del municipio en materias de su competencia y creación, y recaudación e inversión de sus ingresos, como dijimos.

La autonomía normativa, financiera y tributaria de los Municipios, consagrada en dicho artículo 29 constitucional, fue desarrollada por la jurisprudencia tanto de la extinta Corte Suprema de Justicia, y ya bajo la vigencia de la Constitución de 1999 (artículo 168), por el Tribunal Supremo de Justicia. Este último ratifica sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, mediante decisión de fecha 13-11-1989 (Caso: Heberto Contreras Cuenca),



al delimitar la autonomía de los municipios en esta materia. De esta manera estableció que:

La Constitución confiere autonomía normativa limitada a las Municipalidades, entendida ella no como el poder soberano de darse su propia ley y disponer de su existencia, que sólo le corresponde a la República de Venezuela, sino como el poder derivado de las disposiciones constitucionales de dictar normas destinadas a integrar el ordenamiento jurídico general, en las materias de su competencia local, incluso con respecto a aquellas que son de la reserva legal; circunstancia ésta que ha dado lugar a que la jurisprudencia de este Supremo Tribunal haya otorgado carácter de "leyes locales" a las ordenanzas municipales... (omissis).

La Constitución atribuye autonomía financiera y tributaria a los Municipios dentro de los parámetros estrictamente señalados en su artículo 31, con las limitaciones y prohibiciones prescritas en los artículos 18, 34 y 136 del mismo texto constitucional, derivadas de la competencia del Poder Nacional... (omissis). Por lo que respecta a los límites de la autonomía tributaria municipal, su ejercicio debe supeditarse a los principios de la legislación reglamentaria de las garantías constitucionales, que corresponden al Poder Nacional, ya que la legalidad tributaria es una garantía ligada al surgimiento mismo del Estado de Derecho<sup>26</sup>.

### **3.2. Elección de las autoridades**

La Constitución de 1961 fue la primera constitución venezolana que determinó de modo importante la autonomía municipal al establecer el carácter electivo de sus componentes y no de nombramiento por órganos extraños al Poder Municipal. De esta manera, en su artículo 29.1 señalaba que la autonomía comprende la elección de sus autoridades. Tales previsiones se encuentran también en el artículo 168.1 de la vigente Constitución de 1999.

### **3.3. Libre gestión del municipio en las materias de su competencia y la creación, recaudación e inversión de sus ingresos**

Dentro de las competencias municipales que fueron otorgadas por la Constitución de 1961 (numerales 2 y 3 del artículo 29), encontramos la capacidad del Municipio de dictar sus propias normas, y así también se encuentra establecido en la Constitución de 1999 (numerales 2 y 3 del artículo 168). Entre ellas encontramos ordenanzas que expresan la libre gestión del Municipio en materias de su competencia, tales como: ordenanzas para la ejecución, control y gestión de los planes en materia de zonificación, régimen de arquitectura, ingeniería y otras construcciones, y en general cualesquiera otras materias urbanísticas de carácter local, con sujeción a las leyes, reglamentos y planes nacionales; para la creación de institutos autónomos encargados de realizar actividades de carácter local con las limitaciones que establezca la ley nacional; para suscribir contratos que celebre la entidad; sobre presupuestos e impuestos; de sanciones al incumplimiento de las disposiciones sobre aparcamiento de vehículos motor; de la policía mu-

<sup>26</sup> Sala Constitucional. Sentencia N° 1337 08-11-2000 Instituto de Beneficencia Pública y Bienestar Social del Estado Táchira vs. Municipio Girardot del Estado Aragua.

nicipal; sobre patentes de vehículos; sobre catastro urbano en el municipio; sobre premios o reconocimientos; sobre organización y funcionamiento de la junta parroquial del municipio; sobre la instalación de antenas parabólicas y similares; sobre normas de tránsito, transporte y circulación en el municipio; sobre diversiones y espectáculos públicos del municipio; de impuestos sobre inmuebles urbanos de municipio; sobre tenencia, control y protección de animales; sobre la plantación, trasplante, poda y tala de árboles; sobre la defensa y conservación del patrimonio histórico; sobre tasas para edificaciones, cambios de uso e integración de parcelas del municipio; sobre rifas y apuestas lícitas; sobre recolección de desechos y residuos; sobre becas de estudio; sobre patentes de industria y comercio; sobre cementerios y servicios funerarios; sobre cercas, conservación de fachadas, condominios y similares; sobre estacionamientos aéreos y subterráneos; sobre comercio ambulante.

La Sala Constitucional<sup>27</sup> en sentencia del 14-11-2002 confirmó el criterio inveterado sostenido por la jurisprudencia sobre el rango legal que tienen las ordenanzas municipales y en este sentido señaló:

Es criterio de esta Sala que las Ordenanzas Municipales son leyes en el ámbito local y, por tanto, se dictan en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así las cosas, dichos actos están sujetos al control constitucional por parte de esta Sala, en atención a lo que establece el cardinal 2 del artículo 336 de la Carta Magna (vid. Sentencia de la sala de Casación Civil N° 928 de 15.05.02).

### **3.4. Privatización y concesión de servicios públicos, liberalización de los servicios**

La Constitución de 1961 incluyó dentro de las competencias municipales la prestación del servicio público local como la salubridad, la asistencia social y los abastos (artículo 30), y ello fue reproducido por la Constitución de 1999 (artículo 178).

Aunque en la evolución de las funciones del Estado observamos que ha sido determinante la prestación del servicio público<sup>28</sup>, estimamos que el interés general no es patrimonio o monopolio del Poder Público sino deber de todos los ciudadanos. Compartimos el criterio del profesor López Muñiz

<sup>27</sup> Sala Constitucional. Sentencia N° 2800 14-11-2002 Cesar Rondón y otro.

<sup>28</sup> Para consultar Bibliografía sobre los servicios públicos en Venezuela puede confrontarse: *Servicio Público, balance & perspectiva*. Varios autores, coordinador José Araujo Juárez. Vadell hermanos editores. Valencia 1999. Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 3 1999: *Privatización y liberación de servicios*. Imprenta nacional del boletín oficial del estado. Madrid 1999. VI Jornadas internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías": "El servicio público, actividades reservadas y regulación de actos de interés general (electricidad, gas, telecomunicaciones y radiodifusión)". Tomo II. Funeda. Caracas 2002. Ana Elvira Araujo García: *descentralización política y servicios públicos*. Funeda. Caracas 1998.

cuando señala que *"lo específico del Poder Público sólo radica en su función de ser el último garante de ese interés"*<sup>29</sup>.

En Venezuela a través de preceptos constitucionales desarrollados posteriormente en textos legales, se han atribuido competencias a los órganos del Estado central o descentralizado para la prestación de los servicios públicos, pero también la voluntad gubernativa, con sus vaivenes, ha ido abriendo la brecha con el objeto de que las necesidades de interés colectivo puedan ser cubiertas por entes privados, generando de esta manera fuentes de ingreso y posibilidad de desarrollo de la empresa privada<sup>30</sup>. Bajo este prisma se han entendido entonces figuras como las concesiones, la privatización y la liberalización de los servicios, que han sido instauradas y reguladas por leyes. Por ejemplo, en relación con la prestación del servicio público de la distribución del gas encontramos la *"Ley de armonización y coordinación de competencia de los poderes públicos nacional y municipal para la prestación de los servicios de distribución de gas con fines domésticos y de electricidad"*<sup>31</sup>.

### **3.5. La descentralización a través de la mancomunidad de municipios: la experiencia bajo la vigencia de la Constitución de 1961 y la Ley Orgánica del Régimen Municipal**

Atendiendo a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución de 1961, los Municipios de un Estado podían crear mancomunidades. Así, por ejemplo, una Mancomunidad de Acueductos mediante un convenio que la regulara, con el objeto de establecer *"el régimen de prestación de servicios públicos de acueductos, cloacas, drenajes y tratamiento de aguas residuales en la extensión territorial del Estado"*; y con los fines de prestar a los Municipios que la integren los servicios de acueductos, cloacas, drenajes y tratamiento de aguas residuales, bien sea directamente o través de la concesión del servicio a empresas particulares, previa licitación. Para lograr este objetivo los Municipios se podían comprometer a aportar a la Mancomunidad todos los bienes que para el momento de constitución de la Mancomunidad pertenecían o se hallaban en posesión del Instituto Nacional de Obras Sanitarias y que fueran objeto de entrega en el finiquito entre el mencionado Instituto, antiguo concesionario de los Municipios para la prestación del servicio y los Municipios integrantes de la Mancomunidad.

Lo expuesto permite afirmar que los Municipios integrantes de la Mancomunidad decidían reasumir la prestación del servicio de acueductos y de cloacas descentralizando a su vez este servicio al atribuírselo a una entidad local creada para tal fin, de acuerdo a lo previsto en el artículo 28 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, prescindiendo de los

<sup>29</sup> José Luis Martínez López- Muñiz: *Nuevo sistema conceptual*. Anuario de la facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 3 1999: *Privatización y liberación de servicios*. Imprenta nacional del boletín oficial del estado. Madrid. Página 140.

<sup>30</sup> Gaceta Oficial N 5.394 Extraordinario del 25-10-1999. Decreto con Rango y fuerza de Ley Orgánica sobre promoción de la Inversión privada bajo el Régimen de Concesiones.

<sup>31</sup> Gaceta Oficial N° 37.319 del 07-09-2001.

otros modos de gestión directa por los propios Municipios, o indirecta, mediante institutos autónomos, empresas municipales o concesiones con particulares, a que se contare el artículo 41 *eiusdem*. El carácter de entidad local descentralizada de la Mancomunidad surgió de su finalidad, cual era la de prestar fuera de la estructura central municipal determinado servicio, y por su personalidad jurídica distinta a la de los Municipios constituyentes y por su autonomía presupuestaria, como lo aclaraba el artículo 30 *eiusdem*. Ahora bien, tales entidades locales descentralizadas estaban sujetas a límites formales y materiales.

En efecto, en primer término, el acto constitutivo de las Mancomunidades era la aprobación del respectivo Acuerdo o Convenio a que hubieran llegado los Municipios, según lo señalaba el artículo 29 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que en atención a lo dispuesto en el artículo 5° *eiusdem*, debía ser dictada por el correspondiente Concejo Municipal bajo la figura jurídica de un Acuerdo Municipal, y que por afectar la Hacienda Municipal debía publicarse en la Gaceta Municipal. La publicación del Acuerdo en cuestión, contenido de las bases constitutivas de la Mancomunidad, a que se contraía el artículo 29 *eiusdem*, ya citado, era suficiente para que la Mancomunidad tuviera personalidad jurídica propia, sin necesidad de registro alguno.

En segundo término, del texto del artículo 30 de la Ley citada, que disponía que *“Las Mancomunidades tendrán personalidad jurídica propia y no podrán comprometer a los Municipios que las integren, más allá de los límites señalados en el Estatuto respectivo”*, era posible deducir que en el propio acto constitutivo de la Mancomunidad los Municipios podían delegar en aquella determinadas facultades que les correspondían en materia de la prestación del servicio de que se tratase, y que solo en la medida en que la Mancomunidad se sometía a tales límites de delegación los Municipios resultaban comprometidos por la actuación de la Mancomunidad. En otras palabras, que no eran válidos los actos realizados por la Mancomunidad fuera de la delegación que le hubiera sido conferida, por carecer de la debida competencia para ello.

Los “Estatutos de la Mancomunidad de Acueductos” fueron un Convenio o Acuerdo al que llegaron los Municipios para formar tal Mancomunidad, y que se constituyeron por los Acuerdos de los Concejos Municipales de aprobación del Convenio de Mancomunidad, a que se contraían los artículos 28 y 5° de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que debían ser publicados en las respectivas Gacetas Municipales, junto con la autorización para su firma dada a los Alcaldes por los Concejos Municipales, puesto que ello era condición para que pudieran afectarse las Haciendas Municipales de los Municipios mancomunados por los compromisos adquiridos por la Mancomunidad y la delegación en la Mancomunidad de la celebración del convenio de transferencia.

Respecto de los límites de la delegación que los Municipios hubieran hecho a la Mancomunidad, podemos observar, que si bien los Municipios constituyentes delegaban en la Mancomunidad el establecimiento del régi-

men de prestación de los servicios públicos de acueductos y cloacas, sin embargo, por tratarse de una autorización general, solo permitía a la Mancomunidad prestar directamente el servicio que constituye su objeto, pero no la habilitaba o autorizaba, entre otras cosas, por ejemplo, para celebrar, en representación de los Municipios, con otra empresa, el contrato de descentralización o de transferencia de dichos servicios.

Y en lo que respecta a las formas de gestión de los servicios delegados a la Mancomunidad, se le podía autorizar, a través de su Consejo Directivo, para celebrar los contratos que requiriera y para otorgar concesiones por intermedio de su Junta Directiva, previa aprobación, pero debía existir en los estatutos la autorización o delegación para que la Mancomunidad celebrara con el ente nacional prestador del servicio, el respectivo contrato de descentralización o de transferencia de servicios. Esta autorización podían otorgarla los Municipios mediante acuerdos separados, previos a la celebración del convenio de transferencia, para no tener que modificar los llamados Estatutos, y cumplir así, sin riesgo alguno de impugnación.

Respecto de la participación de la Mancomunidad como accionista en la constitución de una sociedad anónima, ello debía desprenderse de la delegación general de prestación del servicio que le han hecho los Municipios, al definir el objeto de la Mancomunidad, que ésta pudiera constituir sociedades mercantiles para cumplir con tal objeto. Por ello, resultaba conveniente que los Municipios al aprobar el contrato programa ratificaran que la empresa constituida como Compañía Anónima era una entidad descentralizada de los Municipios creada por la Mancomunidad para llevar a cabo la descentralización del servicio de acueductos y de cloacas.

Así, uno de los puntos objeto de precisión es el de la naturaleza de la sociedad mercantil creada por la Mancomunidad y el Estado. En este aspecto, aparte de su indiscutible sujeción al derecho privado por su naturaleza mercantil, debe destacarse que forma parte del género denominado empresas públicas, por la circunstancia de que en su capital no participaban particulares, y porque si bien realizaba actos de comercio, sin embargo, su finalidad era la prestación de un servicio público. Por otra parte, cuando para la prestación de un servicio público el titular de la competencia juzga más conveniente para su prestación inmediata y eficaz sacar de la estructura central dicho servicio para atribuírselo a un ente distinto y autónomo, que el mismo crea, no cabe duda que se está en presencia de un ente descentralizado funcionalmente.

La propia Ley Orgánica de Régimen Municipal contemplaba dentro de las entidades locales, junto a los Municipios, los Distritos Metropolitanos y las Parroquias, a las Mancomunidades y otras formas asociativas o descentralizadas municipales con personalidad jurídica (artículo 13). En otras palabras, formas descentralizadas municipales son tanto las Mancomunidades como cualquier otra asociación con personería distinta de los entes propiamente territoriales. No obstante, la Ley en cuestión dentro de los entes descentralizados de derecho privado, es decir, las sociedades en las cuales los Municipios tienen participación, las fundaciones en cuyo patrimonio los

Municipios han incorporado bienes y las asociaciones en donde los Municipios se integran, distinguía, entre las "*empresas, fundaciones y asociaciones civiles municipales*", estrictamente hablando (artículos 47 a 49 *eiusdem*), en las cuales su participación, incorporación o integración es dominante o mayoritaria; y las que podían calificarse de entes descentralizados mixtos, es decir, en donde su participación accionaria o patrimonial era minoritaria frente a los particulares. Aparte de esta precisión, podía ocurrir que los Municipios con otros entes de derecho público, como la República o los Estados federales, se asociaran para constituir algunos de esos entes, en cuyo caso su condición de municipal dependía de la participación mayoritaria o no de los Municipios. En todo caso, no cabe duda que tanto las empresas, fundaciones y asociaciones mixtas, son también entes descentralizados de los Municipios si la asociación de éstos con aquellos otros entes es con la finalidad de prestar autónomamente servicios públicos municipales.

Considerando que las mancomunidades también se prevén en la Constitución de 1999 y la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, ocurre preguntarse si pueden considerarse entes descentralizados de los Municipios las asociaciones que a su vez otros entes municipales pueden constituir. Por ejemplo, si las formas asociativas o descentralizadas con personalidad jurídica creadas por las mancomunidades, o las sociedades, fundaciones o asociaciones municipales son o no entes descentralizados de la respectiva entidad local, y si además es posible dentro de ellas aplicar la calificación de asociaciones municipales o asociaciones mixtas. En primer término, el carácter de ente perteneciente a una entidad local municipal, en nuestro criterio, no se pierde porque tal ente dependa indirectamente de aquella entidad, y además su condición de ente descentralizado le viene dado porque no obstante esa pertenencia o dependencia indirecta, tiene una personalidad jurídica propia e independiente, y porque realiza autónomamente servicios que corresponden a los Municipios, bajo la tutela general de estas entidades locales. Y en segundo término, si la participación accionaria o patrimonial de la sociedad, fundación o asociación civil municipales, respectivamente, es también mayoritaria, cabría por analogía calificarla de forma asociativa o descentralizada municipal de segundo grado, y en caso contrario, de sociedad, fundación o asociación civil mixta.

En consecuencia, la empresa creada para descentralizar un servicio conformada por el Estado y la mancomunidad no es una empresa municipal en el sentido estricto, por cuanto en ella no hay participación directa de ningún municipio, sin embargo, en un sentido más amplio puede calificarse como empresa municipal pero de segundo grado, por cuanto la participación mayoritaria en el capital accionario es de una entidad local municipal, perteneciente a los Municipios, como lo es la Mancomunidad. En todo caso, la discusión anterior no presenta incidencia práctica, en razón de que independientemente de la disquisición acerca de su calificación o no de empresa municipal, la citada sociedad, sin lugar a dudas, es un organismo descentralizado del Municipio, con el cual éste puede celebrar contratos de prestación de servicios.

#### 4. Otras instituciones para fortalecer el federalismo y favorecer la descentralización

Como lo hemos mencionado previamente el texto constitucional de 1999, en su artículo 4, declara que el Estado venezolano es federal y descentralizado. Podemos inferir que, como complemento a este artículo, el 136 contiene las previsiones sobre la colaboración entre las ramas del poder público y de esta manera se expresa la voluntad política de descentralización para que entre los poderes haya una unidad institucional que tienda a lograr los fines del Estado.

Igualmente observamos que el artículo 158 de la Constitución establece que la descentralización es una política nacional para profundizar la democracia y este es el espíritu de la Constitución. A fin de lograr esos objetivos el artículo 185 prevé la creación del Consejo Federal de Gobierno y la disposición transitoria cuarta de la Constitución prevé la aprobación de una Ley Orgánica de Hacienda Pública Estatal. Dentro de un marco de descentralización fiscal prevé igualmente nuestra constitución la formación de un Fondo de Compensación Interterritorial como mecanismo para lograr un equilibrio económico entre las regiones del país.

El 30-10-2000 se creó el Fondo Intergubernamental para la descentralización (FIDES)<sup>32</sup> como un órgano encargado de disminuir la proporción de los ingresos provenientes del IVA que se reparten entre los estados y municipios. Además, se aprobaron las leyes de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas y de los Consejos Locales de Planificación. A pesar de ello esas previsiones constitucionales de 1999 que mencionamos no se han realizado hasta el presente y podemos afirmar que en la práctica nuestro Estado –aunque es formalmente “federal descentralizado”– tiene algunas características de Estado centralizado<sup>33</sup>.

Compartiendo el criterio del profesor Brewer Carías, entendemos que la Constitución de 1999 dentro de los cambios institucionales que instaura, hubiera podido crear una entidad federal que abarcara territorialmente todo el valle de Caracas incluyendo todos sus municipios<sup>34</sup>. Sin embargo, la Constitución se limitó a cambiar el nombre de Distrito Federal por el de Distrito Capital ordenando en su Disposición Transitoria Primera la aprobación de una ley especial que regula el Distrito Metropolitano de Caracas. Esta Ley fue sancionada el 08-03-2000 y se limita a regular la unidad político territo-

<sup>32</sup> “Ley que crea el fondo intergubernamental para la descentralización (FIDES)” Gaceta Oficial N° 37.066 de fecha 30-10-2000. Sobre las experiencias del Funcionamiento del FIDES, puede verse Baldomero Vázquez Soto: Legitimar la descentralización. El FIDES y la experiencia del Zulia. *Provincia: Federalismo y Municipalismo, la descentralización. Revista Venezolana de Estudios Territoriales*. N° 7. II etapa. 2001. CIEPROL. Mérida. Página 93.

<sup>33</sup> Jorge Sánchez Melean. “Pasado, presente y futuro de la descentralización en Venezuela”. *Revista Provincia: “Municipio y pobreza, IX Jornadas Sobre Federalismo”*. *Revista Venezolana de Estudios Territoriales*. N° 9. II etapa. 2003. CIEPROL. Mérida. Páginas 25-27.

<sup>34</sup> Allan Brewer Carías: La descentralización política en la Constitución de 1999, federalismo y municipalismo. *Revista Provincia: “Federalismo y Municipalismo, la descentralización”*. *Revista venezolana de estudios territoriales*. N° 7. II etapa. 2001. CIEPROL. Mérida. Página 67.

rial de Caracas estableciendo un sistema de gobierno a dos niveles: el metropolitano y el municipal<sup>35</sup>, y años después, en franca contravención de la Constitución de 1999, el 20-12-2017 se dictó un “Decreto Constituyente mediante el cual se decide la supresión y liquidación del nivel metropolitano de Caracas y el distrito del alto Apure”, que fue publicado en la Gaceta Oficial de la República N° 41.308, de 27-12-2017.

Ahora bien, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia<sup>36</sup> al conocer sobre la legislación que prevé la Constitución de 1999 sobre el régimen especial del Distrito Metropolitano, se declaró como intérprete auténtico de la Constitución y del régimen legislativo que en uso del Poder legislativo fue dictando la Asamblea Nacional Constituyente y de esta manera señaló que:

Dentro de su poder originario, la Asamblea Nacional Constituyente no dictó una Ley sobre el Régimen del Distrito Capital, como acto previo a sancionarse, contemplado en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de 1999, sino que de una vez procedió a dar cumplimiento al artículo 18 de la Constitución, y decretó la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, dando cumplimiento directo al citado artículo 18 constitucional, lo que por ello no desmerita en nada el valor de esa Ley, como desarrollo de la norma constitucional. Dicha Ley, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.906 del 8 de marzo de 2000, viene a cumplir parcialmente con el mandato constitucional sobre el régimen del Distrito Capital, y de los municipios que conforman la ciudad de Caracas, y así se declara.

Para determinar las competencias del Distrito Metropolitano de Caracas, la Sala, en la misma sentencia, puntualizó que, por mandato constitucional, existe un gobierno municipal de dos niveles, uno macro para toda la extensión territorial y uno micro para cada uno de los municipios que conforman al Distrito:

En el nivel macro, es el Alcalde Metropolitano la primera autoridad civil, política y administrativa del Distrito, mientras que en el nivel micro y en lo que sean competentes, los Alcaldes de cada Municipio son la primera autoridad civil, política y administrativa de ellos.

En consecuencia, *“existe en el nivel macro una sujeción de los Alcaldes de los municipios integrados al alcalde Metropolitano, pero éste no puede intervenir en el nivel micro, en lo que sea competencia exclusiva de los municipios que conforman el Distrito”*.

Ahora bien, ¿cómo deben comprenderse las competencias municipales que se atribuyen constitucionalmente o por la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas? Para contestar la pregunta:

La Sala debe apuntar que con relación al Distrito Metropolitano de Caracas, hay dos leyes que inciden sobre la extensión de la competencia. Una es la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público y otra es la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano.

<sup>35</sup> “Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas”, Gaceta Oficial N° 36906 del 08-03-2000.

<sup>36</sup> Sala Constitucional. 13-12-2000. Sentencia N° 1563. Alfredo Peña.



Sobre la primera, el artículo 2 extendió los efectos de dicha ley a la Gobernación del Distrito Federal. En consecuencia, las competencias nacionales que se hubieren transferido a la Gobernación del Distrito Federal, Distrito que era un ente sui generis, con un régimen jurídico distinto al de los Estados, se trasladarán de pleno derecho al Distrito Metropolitano de la ciudad de Caracas, conforme a la Ley de Transición del Distrito Federal al Distrito Metropolitano de Caracas; pero las competencias que prestaba el Poder Nacional en el Área Metropolitana de Caracas, que no hubieren sido transferidas al Distrito Federal, conforme al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, no podrán serle trasladadas al Distrito conforme a esa ley, ya que el Distrito Metropolitano no es una entidad estatal, a las cuales se refiere la última ley citada.

Por lo tanto, la ley inmediatamente mencionada no es aplicable al proceso de transferencia de competencias nacionales a los Distritos Metropolitanos, una vez que éstos existan. Fuera de las competencias que la Ley Orgánica que rija a los Distritos Metropolitanos (aún no dictada), les asigne, no tendrán éstos otras competencias nacionales, a menos que las leyes se las atribuyan.

Quedan a salvo la prestación de servicios públicos de agua, luz, teléfonos, transporte y gas que podrán ser administradas por empresas venezolanas de carácter mixto, municipales, debido a que con ellos hizo una excepción la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (artículo 5). Como resultado de la interpretación anterior, los Distritos Metropolitanos, al no ser Estados, no pueden recibir transferencias del poder público nacional, sobre las materias enumeradas en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, y por ello se hace necesario interpretar el alcance que deben tener las competencias fundadas en el mandato del artículo 18 de la vigente Constitución.

Conforme a la norma constitucional (artículo 18), la ley especial que establezca la unidad político-territorial de la ciudad de Caracas y que integre su sistema de gobierno municipal a dos niveles, la cual emanará de la Asamblea Nacional Constituyente, de acuerdo a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Constitución de 1999, establecerá las competencias de esa unidad político-territorial.

La Asamblea Nacional Constituyente escogió para cumplir con los mandatos constitucionales inmediatamente señalados, la figura del Distrito Metropolitano (de naturaleza municipal), y le atribuyó competencias, que al emanar de ella y de una ley especial al respecto, debe entenderse que están por encima de los que otras leyes expresan en la materia, incluyendo la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, que como ya lo apuntó esta Sala, no es aplicable hacia el futuro para transferir funciones nacionales a los Distritos Metropolitanos, excepto lo previsto en su artículo 5 y al situado Municipal.

Las competencias que se otorgan al Distrito Metropolitano, éste las ejercerá mediante normas o funciones administrativas, y dentro de la actividad normativa, el Distrito, mediante el Cabildo Metropolitano o los actos administrativos de efectos generales del Alcalde, si fueren posibles, puede crear las instituciones que le permiten cumplir con sus competencias, u ordenar las obras que crea necesarias.

Entre las competencias que el artículo 19 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano atribuye al Distrito, hay servicios que pasan a ser administrados por el Alcalde del Distrito Metropolitano, y que pueden ser mejorados, ampliados o complementados por el Distrito Metropolitano; mientras

que hay otras competencias que son netamente normativas, como la del numeral 10 del citado artículo 19.

Nos hemos permitido la extensa transcripción de la jurisprudencia anteriormente citada, pues se convirtió en la norma que rigió la actividad Municipal y cualquier eventualidad que surgiera en el área de las competencias debía ser resuelta por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

### Conclusiones

La meta del Derecho, y la razón por la que ha surgido en la historia, consiste en buscar la justicia. En particular el Derecho Constitucional pretende estructurar un Estado que garantice los derechos y garantías a los hombres a través de las formas de Gobierno. De esta manera, el federalismo, la descentralización, etcétera vienen a constituir el modo de preservar el absolutismo, de manera de evitar la tiranía que genera tantos daños irreparables a la sociedad, mutando las libertades en corrupción y los derechos en mutaciones que conocen quienes de alguna manera u otra han sido víctimas de las formas de gobierno que no tienen en cuenta los principios de separación de poderes.

En la teoría, las Constituciones venezolanas, en su mayoría, han acogido los sistemas de descentralización, que han sido desarrollados legislativamente y jurisprudencialmente, sin embargo, en la práctica, salvo raras excepciones en nuestra historia Republicana, ha podido más la voluntad de los gobernantes de turno, para convertir el sistema de gobierno “Federal descentralizado” en tiranía, a pesar de lo que establezca la constitución, o aún más, utilizarla como un “manto de legalidad” para esconder y justificar los abusos de opresión, dictadura, autocracia, absolutismo.

# LOS VENEZOLANOS ANTE LA POLÍTICA, EL ESTADO Y LA LEY (APUNTES PARA UNA COMPRENSIÓN APROXIMADA)

Ramón Guillermo Aveledo\*

## Introducción

¿Cómo se formó el Estado venezolano? ¿Cuál es nuestra relación con valores como la libertad y la igualdad? ¿Cómo alcanzamos y mantuvimos la democracia y por qué no la desarrollamos cabalmente para ponerla a salvo de los graves riesgos que enfrenta? ¿Cómo se explica que seamos capaces de crear instituciones privadas y sin embargo nos cueste tanto cuando se trata de preservar y desarrollar las públicas?

Cuenta Kissinger que, preguntado por un estudiante acerca de cómo prepararse para acometer los retos del liderazgo, Churchill respondió enfáticamente “*Estudie historia. Estudie historia*”. El conocimiento de la historia es esencial, pero no suficiente, agrega el profesor germano-norteamericano. Sus lecciones, dice, son aproximaciones que un líder debe reconocer para adaptarlas responsablemente a las circunstancias de su tiempo. Las universidades occidentales, afirma más adelante, siguen siendo muy buenas para formar activistas y técnicos, pero estima que se han desviado de su misión de formar ciudadanos y entre ellos a potenciales estadistas. Ni la educación pre-profesional y cuantitativa del técnico ni la híper especializada y politizada del activista ofrecen mucha historia o filosofía, “*los manantiales tradicionales de la imaginación del estadista*”<sup>1</sup> Coincide esto con lo afirmado entre nosotros por Rómulo Betancourt, quien, como es sabido, conocía la asignatura. Él recomendaba como indispensable la lectura de la Historia de Venezuela de González Guinán<sup>2</sup>.

---

\* Abogado por la Universidad Central de Venezuela. Doctor en Ciencias Políticas por la Universidad de Madison. Ex Presidente de la Cámara de Diputados del Congreso de la República. Profesor titular de la Universidad Metropolitana. 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. Presidente del Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro.

1 Henry Kissinger, *Leadership. Six Studies in World Strategy* (London: Allen Lane-Penguin, 2022).

2 Francisco González Guinán (1841-1932), político e historiador venezolano de considerable obra publicada. Su *Historia Contemporánea de Venezuela* consta de catorce tomos publicados entre 1891 y 1915. Se refiere a la vida venezolana entre 1830 y 1890.

Sobre la relación que los venezolanos tenemos con el poder y cuanto éste implica, incluidos el debate y la contienda por alcanzarlo o preservarlo, su organización y su consecuencia normativa, mucho se ha escrito y mucho se escribirá. Es cuestión que no deja de interpelarnos. Estos apuntes fueron pensados para acercarnos a una comprensión de esta conexión bidireccional, la política nos influye a todos y todos influimos en ella, muchas veces tan contradictoria que resulta difícil de asir para el observador extranjero e incluso para nosotros mismos.

De sus temas he ido y venido en el estudio y la experiencia a lo largo de mi vida que ya alcanza la media de la expectativa nacional. Regreso ahora con reflexiones enriquecidas en el tiempo reciente. Veinticuatro años después de un título para mí inolvidable, *Defensa del Futuro Libre*, y a dieciocho de *El Poder Político en Venezuela*, cuando retirado de la acción política pero no de la ciudadanía, me dedico principalmente a la lectura, la escritura, la docencia y la conversación.

Organicé mis notas para una conversación con jóvenes y al releerlas pensé completarlas y desarrollarlas para que cualquiera pueda acercarse a ellas, no tanto para dar respuestas a lo que no sabe sino para animarle a indagar al darse cuenta de todo lo que le falta por saber.

## 1. ¿“Árbol que nace torcido nunca su tronco endereza”?

El refranero español es pesimista acerca del futuro del árbol que nace torcido. Un amigo escribió hace ya varios años un libro dedicado a las “raíces torcidas” de nuestro continente latinoamericano, pues somos la región más pobre, inestable y atrasada de Occidente. Libro que al final es optimista acerca de nuestras posibilidades<sup>3</sup>, con acento en la economía, inevitablemente vinculada con lo social, cultural e institucional, porque no las ve como una condena y en eso tiene, creo, razón. Los latinoamericanos, dice allí Montaner, no creemos en el Estado en el que nos damos “*cita en calidad de ciudadanos*”, desconfianza cuyo origen estaría en nuestra historia que nos habría enseñado que “*el vínculo ético fuerte*” no es con el poder público sino con la familia, los amigos y aquellos con quienes realizamos transacciones privadas. Pero toda creación nace de una inconformidad con lo que hay, lo cual es signo de optimismo porque cree en lo que se puede hacer y en política, la clave está en lograr hacer lo que se debe hacer.

¿Puede un árbol que nace torcido enderezar su tronco? Si hablamos de una sociedad, sí y, desde luego, habría que indagar primero hasta qué punto nació “torcido” y de ser así, por qué. También qué rumbos deben tomarse para “enderezarlo” ¿Cuál es el equivalente político-social de las estacas que se usan en la agricultura o si nos ponemos exquisitos en la dendrografía?

El tránsito del Estado monárquico español, del cual éramos provincia ultramarina, a la república, está condicionado por varias circunstancias, más inscritas en la aspiración y la voluntad que asentadas en la realidad. Si los

---

<sup>3</sup> Carlos Alberto Montaner, *Las Raíces Torcidas de América Latina* (Madrid: Planeta, 2001).

elementos constitutivos del Estado, en la doctrina clásica aceptada de Jellinek<sup>4</sup> son territorio, población y poder político, difícilmente podría afirmarse que Venezuela era una nación en condiciones de formar un Estado desde el 19-04-1810 o a partir del 05-07-1811.

Poblada por menos de un millón de habitantes, ocho de cada diez de los cuales eran pardos (mestizos)<sup>5</sup> que habitaban en ciudades incomunicadas entre sí, las únicas dos carreteras propiamente dichas, en los términos de la época, eran las que iban de Caracas a La Guaira y de Valencia a Puerto Cabello. El resto eran caminos muy precarios donde los había, sobre un territorio con apenas tres décadas y un poquito más de unificado por la Intendencia de Hacienda instituida en 1776 y la Capitanía General de Venezuela decretada por Carlos III en 1777.

La provincia en la América Hispana es anterior a la provincia en la España peninsular cuyo origen está en la constitución gaditana de 1812 y las reformas introducidas en 1833 y, como anota Brewer, sigue las líneas de la desarrollada por Roma en los territorios conquistados<sup>6</sup>. Las provincias mayores incluyen a otras denominadas menores y en aquellas el Gobernador es también Capitán General. Así que la de Venezuela fue establecida como tal en 1777 y tuvo jurisdicción además de la de Caracas o Venezuela, sobre las de Margarita, Cumaná, Guayana, Maracaibo<sup>7</sup> y Barinas.

Como la Independencia era cosa de los mantuanos o blancos criollos, la mayoría de pardos se sentiría interpretada por José Tomás Rodríguez Boves, el primero de los caudillos populares que esta tierra nuestra conocería, hasta su muerte en batalla en 1814, cuando se estima comandaba más de una decena de miles de hombres. En el vuelco de ese grupo social mayoritario hacia la causa republicana será determinante el liderazgo de José Antonio Páez. Un liderazgo, el del guerrero y político llanero que se formó desde abajo, incluso convirtiendo en amigos a enemigos<sup>8</sup>. A los venezolanos que habían seguido a Boves, los atrajo su fama de hombre generoso y victorioso

---

<sup>4</sup> Georg Jellinek (1851-1911) jurista alemán. Su *Teoría General del Estado* de 1900 es clásico de la disciplina.

<sup>5</sup> En la estratificación social por castas de la Colonia, la condición de pardo tenía implicaciones en el plano de la desigualdad, así que la mayoría de pardos no es un dato de menor relieve. En Venezuela hay investigaciones académicas al respecto. Por su carácter pionero destaca los trabajos de Ángel Rosenblat. Estudios de este tema son más frecuentes en México, España o incluso los Estados Unidos.

<sup>6</sup> Allan Randolph Brewer-Carías, *Las Constituciones de Venezuela* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008).

<sup>7</sup> Antes Mérida, La Grita y Maracaibo. En mayo de 1678 el Cabildo de Maracaibo se vio obligado a recibir y reconocer al Gobernador de Mérida, pero en septiembre de ese año, la Audiencia de Santafé recomendó al rey que el gobernador provincial residiese en Maracaibo y comenzó a denominarse Provincia de Mérida y de la Ciudad de Maracaibo. Ver Pbro. Carlos Rodríguez Souquet, *Diócesis de Mérida de Maracaibo* (Caracas, Ensayos e Historia Eclesiástica, 2021).

<sup>8</sup> José Antonio Páez, "Autobiografía de José Antonio Páez". Colección Libros revista Bohemia, N° 55. Tomo I.

y los mantuvo a su lado con “*Ciega obediencia, confianza respetuosa, disciplina sui generis, admiración y fidelidad*”<sup>9</sup>.

El gentilicio “venezolano” no se ve. Se usa “americano” o el de la ciudad respectiva. Bolívar, por ejemplo, es “caraqueño” y será “colombiano” más adelante. La independencia entonces, como luego será la federación, tendrá más que ver con el sentimiento que con la realidad. Nuestro Estado tiene antecedentes en el calificado por Morón “*sofisticado entramado institucional español*”. El rey es figura lejana. Aquí están los funcionarios reales y los criollos con su superioridad social. Hasta 1786, cuando se crea la Audiencia de Caracas, los juicios debían celebrarse en Bogotá o Santo Domingo. El cabildo o ayuntamiento, “*primera manifestación autonómica del conquistador*” dirá Briceño Iragorry, es la sede del poder mantuano. No por casualidad es en Caracas el escenario del 19 de abril.

Los Borbones que reinan en España son centralistas y militaristas. El liberalismo español de las Cortes de Cádiz de 1812 nos llega tarde y la felonía de “El Deseado” Fernando VII nos alejó de él y su producto principal la Constitución de 1812, prontamente percedero en la práctica. Y es en nombre de la conservación de sus reales derechos atropellados por la invasión de Napoleón y entregados en las Capitulaciones de Bayona que se constituye la Junta que acabará siendo aquí el primer gobierno propio. Cautela aconsejada por la realidad social, el peso de la cultura y la Iglesia Católica mayoritariamente realista, aunque esa orientación no fuera unánime ni la cuestión se zanjó por un cambio abrupto. La nueva república debió enfrentar un dilema en cuanto a su legitimidad, como planteaban los sacerdotes republicanos<sup>10</sup>.

Aquellos tiempos, sin embargo, han de ser revisados con ponderación, porque no aceptan simplificaciones. En los siglos coloniales se fue formando un pueblo sobre este territorio. Parra Pérez advierte que “*la prueba de su existencia y vitalidad se halla precisamente en los altos hechos políticos, civiles y militares que componen la epopeya de la Independencia*”<sup>11</sup>, gesta que tiene más de promesa y de proyecto.

De la Revolución Francesa vendrá la ola de los derechos del hombre y de los Estados Unidos, la gran novedad americana, una república federal fundada en que todos los hombres nacen libres e iguales. La independencia de las colonias inglesas del Norte es proclamada por el Congreso el 04-07-1776 en Filadelfia y para salvar la naciente república del colapso, fracasados los artículos de la Confederación, en 1787 se aprueba la Constitución con la innovación del sistema federal.

---

<sup>9</sup> Tomás Polanco Alcántara, *José Antonio Páez, fundador de la República* (Caracas: Cemex, 2000).

<sup>10</sup> Ver Guillermo Tell Aveledo-Coll, *Pro Religione et Patria. República y Religión en la Crisis de la Sociedad Colonial Venezolana (1810-1834)* (Caracas: Academia Nacional de la Historia-Universidad Metropolitana, 2011).

<sup>11</sup> Caracciolo Parra Pérez, *El Régimen Español en Venezuela. Estudio Histórico*. En Caracciolo Parra Pérez Obras Completas (Caracas: Academia Nacional de la Historia-Fundación Ban Caribe para la Ciencia y la Cultura, 2016).

En el Congreso venezolano de 1811 se debate intensamente el modelo de Estado. Son federalistas los diputados Roscio, Ustáriz, Tovar, Yanes, Bri-ceño, Peñalver. Miranda se inclina por la forma unitaria, como desde la Sociedad Patriótica, porque no son diputados, presionan en el mismo sentido el joven Bolívar y Muños Tébar.

Al firmar la constitución, el vicepresidente del Congreso Francisco de Miranda, nada menos, deja constancia de sus reparos. Los poderes no son equilibrados, tampoco la estructura pautaada posee la sencillez y claridad para aspirar a la permanencia y “no está ajustada con la población, uso y costumbres de estos países”<sup>12</sup>.

No hay consenso entre los historiadores. Baralt quien escribe en el siglo XIX y publica por primera vez su Historia en París en 1841, valora la forma constitucional adoptada como “la sociedad de sociedades” según los preceptos del federalismo y expone:

Ningún código político antiguo ni moderno aventaja al venezolano de 1811 en la filantropía de sus principios, en el respeto consagrado a los derechos individuales y populares, en las precauciones tomadas contra el despotismo. Pero jamás nación alguna adoptó una ley constitucional menos apropiada a sus circunstancias, más en contradicción con sus intereses, menos revolucionaria en fin<sup>13</sup>.

Mientras Morón que escribe en el siglo XX y publica por primera vez la obra aquí citada en 1960, lo aprecia del modo siguiente:

La Constitución de 1811 modifica sustancialmente el devenir histórico de lo que había sido Venezuela, no solamente porque transforme la raíz monárquica en procedimientos republicanos sino porque varía la tradición y saca de cauce, en consecuencia, la formación orgánica del pueblo. De allí su carácter revolucionario<sup>14</sup>.

A la estructura política de la Confederación ve Morón como la primera causa de la caída de la Primera República. Al federalismo, constante constitucional escasamente llevada a la práctica, volveremos más adelante.

La guerra es larga, larguísima. Va de 1812 a 1823. La constitución de 1811 queda en la práctica suspendida. La guerra impone otra lógica y no se aplica en los territorios bajo control patriota y mucho menos en aquellos bajo dominio realista, como cabe esperar. Tampoco puede afirmarse que está vigente la legalidad española. En 1819 en Angostura, en la recién liberada Guayana, se reúne el Congreso, ante el cual Bolívar proclama someterse y propone un proyecto de constitución. Las deliberaciones presididas por Roscio transcurren con bastante libertad, lo cual no es un mérito menor en medio de la guerra.

---

<sup>12</sup> Citado por Tomás Polanco Alcántara en *Francisco de Miranda ¿Don Juan o Don Quijote?* (Caracas: EG., 1996).

<sup>13</sup> Rafael María Baralt, *Historia de Venezuela* (Maracaibo: Universidad del Zulia, 1960).

<sup>14</sup> Guillermo Morón, “Historia de Venezuela” (Caracas: Colección Libros Revista Bohemia, N° 31).

¿De cuál Estado podría hablarse? Aquello tenía más de ilusión o a lo sumo de intención que de concreción. Aunque, como es lógico pensar, la guerra no era lo único que ocurría por estos lados. En medio de la amenaza constante de la muerte, a veces más cercana y en otras percibida como más lejana, la vida y sus afanes se las arreglan para abrirse paso. Los dramas de la vida de las personas, sus familias, sus menesteres para ganar el sustento, seguían presentándose. Leer el libro *Más allá de la Guerra* de Inés Quintero, publicado en 2009, nos permite asomarnos a pleitos, deudas, discordias que ameritaban soluciones en tiempos, prolongados por dos décadas que eran especialmente precarios en cuanto a institucionalidad confiable.

De la larga guerra quedarán hábitos frente al poder y el orden, prioridad de la supervivencia como interés, poder de los hombres de armas ante cuya instancia se zanján las diferencias. Hay quien opina que allí nacería nuestra "personalidad autoritaria". Por un lado, renuencia a aceptar la diferencia y por otro, predisposición hacia la autoridad fuerte. Pero hay que decir que la mirada a un líder fuerte como solución, tan característicamente latinoamericana, no nos es exclusiva. Los ejemplos contemporáneos no son escasos.

## 2. Avatares en la construcción y deconstrucción de una República

¿Qué significa ser una República? La apelación esencial es a la igualdad en los derechos y a una organización para que esta igualdad se traduzca en relaciones sociales y posibilidades exigibles. Relaciones entre el poder y los ciudadanos, tanto como entre éstos entre sí.

El compromiso asumido por los fundadores de la Venezuela independiente, del cual somos las siguientes generaciones venezolanas legatarias sin retractarnos, es muy exigente.

La forma monárquica tenía arraigo en tres siglos de historia y en cuanto a los pueblos autóctonos y a las gentes traídas a la fuerza desde el África, la idea de un rey era la más natural. La tentación de la monarquía no estuvo ausente en América Latina. Haití, la primera en independizarse, declaró el Segundo Imperio en 1849, pero Faustin I duraría apenas una azarosa década hasta la vuelta de la república. México la intentó con una corte importada encabezada por Maximiliano de Habsburgo, escasamente por un trienio. Y no está en esta contabilidad Antonio López de Santa Anna, maestro de la ambigüedad, "dictador vitalicio mexicano", quien se hizo llamar "Alteza Serenísima" A los principales libertadores se les ofreció y la rechazaron. De Bolívar hay reiterados testimonios al respecto<sup>15</sup>. En cuanto a San Martín, no la quería para sí, pero pensaba que podía ser lo más conveniente para el Perú.

---

<sup>15</sup> Reinaldo Rojas, "Las ideas de Monarquía y República en el pensamiento y acción política de Simón Bolívar". Espacio Tiempo y Forma, Serie V, Historia Contemporánea. JOUR. 2010-01-01.



“El régimen republicano –digámoslo con Meier Echeverría– se erige como un Estado de Derecho que proclama la liberación del súbdito y del vasallo de los antiguos lazos de servidumbre con la Corona y los señores de la tierra”<sup>16</sup>.

Cuando escogieron ser república, los fundadores de la nacionalidad optaron por un proyecto de sociedad distinto a la del antiguo régimen. Un proyecto inconcluso pasados dos siglos. Un proyecto que nos obliga.

La forma del Estado a formarse estuvo en discusión desde el primer día. El Federalismo fue la escogencia de los constituyentes de 1811. Entre 1819, bajo la influencia bolivariana en aquella Carta y la colombiana de 1821 y luego de 1830, tras separarnos de la Gran Colombia el modelo fue el Centralismo del Estado Unitario, hasta 1864. Desde la constitución dictada al final de la Guerra Federal hasta hoy, otra vez Federalismo, al menos en los textos constitucionales, aunque la práctica nos diga otra cosa.

Cuando hablamos de Centralismo Bolivariano nos referimos a la idea sostenida por Bolívar desde los debates de la Sociedad Patriótica en 1810. La voz del joven caraqueño desde aquel foro contribuye a la presión sobre el Congreso, primero para que declare la Independencia y luego para que asuma esa forma de Estado. Incidente en el primer asunto, en éste es desoída. La postura la mantendrá y desarrollará con los años e insistirá en ella.

En el denominado Manifiesto de Cartagena de 1812, Bolívar considerará la forma federal adoptada por el Congreso como la causa principal de la debilidad del gobierno, “*El sistema federal –escribe– bien que sea el más perfecto y más capaz de garantizar la felicidad humana en sociedad es, no obstante, el más opuesto a los intereses de nuestros nacientes estados*”, pero va más allá de esa mirada a los años fundacionales, pues considera al gobierno federal como intrínsecamente “*tan complicado y débil*”<sup>17</sup>. Ejercerá el liderazgo militar y político desde 1813 y bajo su patrocinio se convoca al Congreso reunido en Angostura, la capital de la recién liberada provincia de Guayana, en 1819. Al proponer su proyecto de constitución se confiesa “*Horrorizado de la divergencia que ha reinado y debe reinar entre nosotros por el espíritu sutil que caracteriza al Gobierno Federativo, he sido arrastrado a rogaros que adoptéis el Centralismo*”. Su Convicción, declara, no es principista, la funda en criterios prácticos, “*Cuanto más admiro la excelencia de la Constitución federal, tanto más me persuado de la imposibilidad de su aplicación a nuestro Estado*”.

En medio de expresiones de admiración al pueblo norteamericano y reconocimiento del éxito de su experimento republicano, deja caer que “es un

---

<sup>16</sup> Henrique Meier Echeverría, *El Estado Democrático de los Derechos humanos, defensa del modelo de Estado previsto en la Constitución del 99* (Caracas: Universidad Metropolitana, 2005).

<sup>17</sup> Simón Bolívar, *Manifiesto de Cartagena. Memoria dirigida a los ciudadanos de la Nueva Granada por un caraqueño* (Bogotá: Casa Museo Quinta de Bolívar, Ministerio de Cultura, 2012).

*prodigio que un sistema tan débil y complicado como el federal haya podido regirlo en circunstancias tan difíciles y delicadas*<sup>18</sup>.

La constitución de Angostura definirá a Venezuela según el modelo centralista “*una e indivisible*”, así lo harán las leyes fundamentales de Colombia, la dada por ese mismo Congreso en 1819 y la de la Unión de los Pueblos de Colombia dictada en Cúcuta en 1821 por el Congreso que aprobará la constitución para el nuevo Estado.

En 1821 se reúne en la Villa del Rosario, cerca de Cúcuta, el Congreso que concreta en la República de Colombia la idea bolivariana de un solo Estado que unifique los antiguos territorios del Virreinato de la Nueva Granada y de la Capitanía General del Venezuela, al cual se sumará lo proveniente de la antigua Presidencia y Audiencia de Quito, los territorios de Guayaquil, Quito y Cuenca libertados por el triunfo de Sucre en Pichincha en mayo de 1822. La Carta dictada allí es la de una república unitaria, cuyo territorio se divide en Departamentos, éstos en provincias, éstas en cantones y éstos en parroquias.

En 1826, prepara a solicitud del Congreso un proyecto de constitución para la naciente Bolivia. Lo remite desde Lima y en el Estado unitario que concibe, propone Presidencia vitalicia con gobierno encabezado por el Vicepresidente designado por el Presidente, el cual define como parlamentario, en cuanto responsable ante una de las tres cámaras que propone, la de Censores. En cuanto al territorio, alega que en éste solo hay ciudades y pueblos, por lo que plantea organizar departamentos y provincias.

Así que la idea del Libertador es muy clara y característicamente, nunca escatimó argumentos para promoverla.

Como ya dijimos, la larga guerra dejó hábitos sociales y modos políticos. Uno de ellos es el caudillismo. Otro, el nacionalismo militar, la Patria como conquista de las armas que ha sido fuente inspiradora de nuestra modalidad de militarismo. En Carabobo en 1821 y en el Combate Naval del Lago de Maracaibo de 1823 terminó esa guerra, pero no la guerra que continuaríamos nosotros entre nosotros. Una caricatura de Zapata en 2002 o 2003, cuyo recorte conservo amarillento entre mis papeles, presenta dos figuras espectrales con charreteras que galopan con caballos famélicos, la que tiene cara de cañón –literalmente– le dice a la con rostro de mujer cadavérica, “*¡A este paso de vencedores llegaremos antes de lo previsto al siglo 19!*” y es que ese siglo fue de una violencia tan interminable como agotadora para Venezuela.

Caballero lo expresa de este modo:

Al reflexionar sobre la historia de nuestro país en este siglo, se nos presenta como una larga marcha para formar e integrar el Estado-Nación, desde la anarquía hacia la paz y desde la paz hacia la democracia. Esta última, la democracia, es la garantía, acaso única, de la paz. De modo que decir que la una nace de la otra no es muy exacto: lo correcto es decir que la paz venezolana nace

<sup>18</sup> Simón Bolívar, *Discurso ante el Congreso* (En Santo Tomás de la Nueva Guayana. Angostura del Orinoco, 15-02-1819).

con la democracia, que ella es definitivamente la que definitivamente entierra la guerra civil, completando un proceso aparentemente cerrado en 1903 con la batalla de Ciudad Bolívar<sup>19</sup>.

En esa batalla, al mando de un ejército de tres mil hombres el General Gómez como Vicepresidente en combate de la Revolución Liberal Restauradora –un quinquenio después será jefe de la Rehabilitación– vence a las tropas de la Revolución Libertadora cuyo número es de dos mil quinientos efectivos en un combate que dura del 17 al 21 de julio. Recurre Caballero a los estudios de Gil Fortoul y Arcaya, cita a Landaeta Rosales. De La Cosiata<sup>20</sup> a 1888 se produjeron en Venezuela cuarenta “revoluciones” y las “acciones de guerra” libradas en este territorio entre 1749 a 1888 fueron setecientos cuarenta. Antonio Arráiz cuenta casi dos centenares de “revoluciones” la mayoría fracasadas, varias triunfantes, pero el saldo nacional es de frustración. Exitosas, por alcanzar el poder, las revoluciones de Marzo de 1858, Federal de 1859 a 1864, Azul de 1867-68, de Abril de 1870, Reivindicadora de 1878-79, Legalista de 1892 y Liberal Restauradora de 1899.

En aquel país violento y escasamente integrado, el caudillo llena el vacío institucional y promete un orden basado en su voluntad que no admite otras limitaciones que las fácticas. El vínculo entre caudillo y seguidores es personal, su poder es paternal. Conduce en la guerra y manda en los espacios de paz que asegura, mientras no haya otra guerra. Su tropa es su clientela<sup>21</sup>.

Del caudillismo salieron autoritarismos varios e incluso algunas dictaduras que por lo duraderas tuvieron consecuencias estabilizadoras o viceversa, tal vez. Es decir, que por estabilizar pudieron durar. Esas dictaduras fueron la consolidación del personalismo, en el cual el Estado es patrimonio de uno, rodeado de un pequeño grupo. Probablemente en medio del subdesarrollo, el camino a la estabilidad podía ser más corto si se tomaba el atajo de un hombre en vez del camino más largo y trabajoso de construir instituciones. Durante Guzmán Blanco se puso su nombre al Teatro que hoy es Municipal y al Parque que es hoy Ezequiel Zamora, ambos construidos durante el régimen guzmancista. Ese parque se ha llamado Paseo Guzmán Blanco, Parque Independencia, Parque El Calvario y ahora lleva el nombre del caudillo federalista, acaso más por ser una de las “tres raíces”. En la cúspide de la empinada escalinata ha estado la estatua de Guzmán, luego la de Colón y ahora la de Zamora. Las rejas del Capitolio donde sesiona la Asamblea Nacional tienen el monograma GB para asociar aquella obra pública con la persona del jefe. La dictadura de Cipriano Castro comenzó la institucionalización de la Fuerza Armada con la creación de la Escuela Militar, decretada en 1903 y abierta ya con Gómez en el poder en 1910, en su edificio de La Planicie. La de Aviación Militar será en 1917, año de la rees-

<sup>19</sup> Manuel Caballero, *Maldición y Elogio del Siglo XX* (Caracas: Fundación Celarg, 1998).

<sup>20</sup> Movimiento político liderado por Páez y Miguel Peña desde Valencia, para la separación de Venezuela de Colombia.

<sup>21</sup> Ver Ramón Guillermo Avelado, *El Poder Político en Venezuela (Sobre los venezolanos, la política y las instituciones)* (Caracas: Los Libros de El Nacional-Universidad Metropolitana, 2007).

tructuración del Ejército. Y la más duradera fue la de Gómez, veintisiete años de “Unión, Paz y Trabajo” con su poder total asentado por su astucia sobre tres pilares: el Ejército modernizado, equipado sin rivales; la burocracia nacional leal al poder central, y el petróleo que aporta recursos para los otros dos. De ésta el juicio de Gallegos, quien no fue su simpatizante, es que:

...no fue la causa de nuestros males, sino la consecuencia del largo período de involución hacia la barbarie que venía siguiendo el país, casi desde los mismos comienzos de la República y que culminó en Juan Vicente Gómez por razón natural<sup>22</sup>.

El Ejército, opina Sosa Abascal, es el verdadero sustituto de Gómez. La decisión es de éste, opina Uslar Pietri quien cree que no veía posible un “Gomecismo sin Gómez” y opta por ese camino<sup>23</sup>. De sus filas provienen López Contreras y Medina Angarita cuyas reformas aperturistas tienen una significación cuyo reconocimiento se ha agrandado con los años, sobre todo en cuanto a López aunque Medina fuera un personaje más simpático y la coincidencia de su gobierno con la II Guerra Mundial le aportará aliados que abonan a su buena imagen. Empezará una lenta despersionalización del poder. La organización militar es un actor colectivo, como las élites tutelares que al lado de los militares dirigen el país a la muerte de Gómez. Luego vendrá otro actor colectivo, el partido político. Organizaciones y reglas marcan un paso nacional diferente al del personalismo con su noción de poder ilimitado.

El papel político de los militares, una de las constantes de nuestra historia aunque con matices diferentes, adquirió un carácter corporativo el 24-11-1948 cuando las Fuerzas Armadas asumieron “*el control de la situación de la República*” y formaron una Junta Militar de Gobierno<sup>24</sup> dando así inicio a la década llamada por Stambouli del “Desarrollismo Militar”<sup>25</sup>, evolucionada en 1952 hasta enero de 1958 en Presidencia de Marcos Pérez Jiménez, de facto el 2 de diciembre y “constitucional” por designación de la Asamblea Nacional Constituyente nacida del fraude, a partir del 19-04-1953.

La búsqueda de la paz en la libertad ordenada que es la democracia, tuvo etapas de avance durante el siglo XX. Podemos distinguir tres aperturas democratizadoras. La primera, ya referida entre diciembre de 1935 y octubre de 1945, es un proceso de reformas cautelosas que por ser adelantadas desde adentro y desde arriba no quiere ser rupturista, que adquirió direccionalidad en la intención a partir del Programa de Febrero de 1936. Reformas constitucionales que redujeron el período presidencial y tímidamente ampliaron la participación política, progresiva ampliación de las libertades pú-

---

<sup>22</sup> Rómulo Gallegos: Intervención en la Cámara de Diputados 30-04-1937. En Rómulo Gallegos, *Parlamentario* (Caracas: Ediciones Centauro, 1981).

<sup>23</sup> En *El General López Contreras. La Transición*. Documental. Carlos Oteyza, Director (Caracas: Cine Archivo Bolívar Films, 1997).

<sup>24</sup> Acta de Constitución del Gobierno Provisorio de los Estados Unidos de Venezuela el 24-11-1948. Gaceta Oficial N° 22778 del 25-11-1948 en Brewer-Carias: *obra citada*

<sup>25</sup> Andrés Stambouli, *La Política Extraviada: Una historia de Medina a Chávez* (Caracas: Fundación para la Cultura Urbana, 2002).

blicas; nueva legislación laboral, monetaria y de auditoría fiscal con el comienzo de una institucionalidad en esas áreas, ampliación de la educación, entre otras medidas interesantes, en conjunto suficientes para ganar enemigos entre quienes resisten al cambio e insuficientes para la mayoría nacional que se impacienta por la posposición de sus aspiraciones de reivindicación. Casi diez años después de la muerte de Gómez, el reformismo democratizador cauteloso colapsa por defecto.

Entre 1945 y 1948, en el llamado trienio populista o trienio adeco de la Revolución de Octubre, se aceleró el paso e irrumpen en la escena nuevos actores, con señalado protagonismo de los partidos políticos. Unos, como el Partido Comunista surgido en la década del treinta y Acción Democrática<sup>26</sup> que pasa velozmente de minoría a abrumadora mayoría popular. Otros como Unión Republicana Democrática (URD) fundado en diciembre de 1945 y en enero de 1946 COPEI que en 1948 se convertirá en Partido Socialcristiano. El octubrista es por definición un intento revolucionario que parte de una ruptura mediante golpe de Estado. Voto universal para mayores de dieciocho años, hombres y mujeres, supieran o no leer y escribir; nueva constitución con amplia carta de derechos; elección popular del Presidente de la República. La fiebre política calienta la temperatura nacional, polarización crispada, sectarismo. A un mes de cumplir tres años, la revolución colapsa por exceso.

La tercera democratización, inaugurada con la provisionalidad de 1958 que no demoró en convocar elecciones generales en diciembre de ese mismo año, muestra la asimilación por parte del liderazgo de las lecciones aprendidas en los dos anteriores fracasos.

Hay un “*espíritu del 23 de enero*” unitario, pero los actores sabían que “*la unidad total era imposible e inalcanzable*”<sup>27</sup>, por lo que había que acordar un marco político que contribuyera a evitar las regresiones recurrentes que era sensato temer. Acuerdo “*diáfano*”, a juicio del analista Herrera Campíns, pues “*No engañó a nadie*”. Cada partido transitaría en las elecciones su propio camino, hacia el propósito convergente de un gobierno unitario. De allí la “*doble significación*” del Pacto de Puntofijo: “*pacto con ribetes electorales para ceñir la disputa a reglas de altura, de compostura republicana y de consideración cívica y, por otra parte, un pacto ejecutivo, de gobierno*”<sup>28</sup>.

Se coincide en un esfuerzo para superar el sectarismo político y generar un clima y unas reglas que den oportunidad a la democracia. Tras continuas y detalladas negociaciones, el 31-10-1958 los líderes de los tres principales partidos firman el Pacto, un acuerdo de gobernabilidad a partir de un compromiso de respeto entre los actores y hacia las reglas. Y el 6 de diciembre, sus candidatos presidenciales Rómulo Betancourt, Wolfgang Larrazábal y Rafael Caldera, suscriben la Declaración de Principios y el Programa Mínimo

<sup>26</sup> AD tiene antecedentes que se remontan a la Generación de 1928, pasa por etapas de ORVE, ARDI y el Partido Democrático Nacional PDN hasta su fundación legal en 1941.

<sup>27</sup> Luis Herrera Campíns, *Transición Política* en VVAA 1958. *Tránsito de la Dictadura a la Democracia* (Barcelona- Caracas-México: Ariel, 1978).

<sup>28</sup> Herrera Campíns, *obra citada*.

Común<sup>29</sup>. El Pacto comprometía a todos, partiendo del supuesto de la natural competencia entre propuestas, “a sumar la fuerza moral y política que cada uno obtuviera en respaldo de quien resultara ganador”<sup>30</sup>.

El Pacto, acuerdo para un solo período constitucional, es, según su propio texto, distinto del unanimismo impuesto por el despotismo, una canalización de las naturales divergencias “dentro de las pautas de convivencia que hoy más que nunca es necesario ampliar y garantizar”. Proceso electoral limpio cuyo resultado sea respetado por todos. Derecho a gobernar según el resultado electoral, gobierno de Unidad Nacional, Comisión Interpartidaria de Unidad “para garantizar la tregua política y la convivencia unitaria”. El Programa Mínimo de Gobierno se refiere a la acción política y la administración pública, la política económica, la política petrolera y minera, la política social y laboral, la política educacional, las Fuerzas Armadas, la política inmigratoria y la política internacional.

Los signatarios del pacto cumplieron su palabra. La experiencia vivida por Venezuela en los años que se inauguraban en medio de esperanzas no es un dechado de perfección, pero fue y sigue siendo un período excepcional en la vida de nuestro país.

Pudieron superarse conspiraciones, las tempranas durante el mismo año cincuenta y ocho y las posteriores, años en lo que además debió vencerse el escollo de la insurrección armada de inspiración castrista con terrorismo urbano y frentes guerrilleros en el medio rural de varios estados, señaladamente Lara, Falcón, Anzoátegui, Monagas. Se dictó una nueva constitución, la más duradera y menos irrespetada hasta ahora. Hubo alternancia, elecciones cuyos resultados se respetaron por los actores y un prolongado período de paz, libertades, progresos en aspectos diversos, y al mismo tiempo, avances inéditos en aspectos sociales, educativos, económicos y de infraestructura y servicios<sup>31</sup>.

Las tres democratizaciones del siglo XX no pudieron sacudirse completamente de la herencia autoritaria. Caudillismo, personalismo, militarismo y desconfianza hacia a legalidad, siguieron rondando la construcción del sistema político. Pero así también puede afirmarse que al autoritarismo posterior a 1999, cuya vocación es de hegemonía sin detenerse en lo elevado del costo para el país, lo seguirá condicionando la herencia que las experiencias democráticas, sobre todo la que duró cuarenta años, dejó en los venezolanos. De ellas quedó una demostración de la vocación venezolana por construir un Estado, estabilizada a la fuerza en los tiempos dictatoriales, podía sin embargo desarrollarse, ampliarse y permanecer en democracia.

---

<sup>29</sup> Además de URD, la candidatura de Larrazábal la respaldaba el PCV y la de Caldera, además de COPEI, Integración Republicana y el PST.

<sup>30</sup> Rafael Caldera, *Los Causahabientes. DE CARABOBO A PUNTO FIJO* (Caracas: Panapo, 1999).

<sup>31</sup> Ver Ramón Guillermo Avelo, *La 4ª República, la virtud y el pecado* (Caracas: LibrosXMarcados, 2007).

El proyecto dominante con posterioridad a 1999, denominado “Revolución Bolivariana” ha tenido dos etapas distinguibles la primera Carismática y la siguiente Burocrática-clientelar. La etapa carismática se caracteriza por la relación directa líder-pueblo. Relación personal, sin intermediación partidista o institucional. La etapa burocrática-clientelar comienza con la muerte de Chávez y empieza con la figura transicional del Comando Político-Militar de la Revolución y va mutando del poder personal concentrado ya imposible a uno colectivo, surgido de las relaciones de poder, negociaciones y áreas de influencia en el seno del bloque gobernante. El avance progresivo de Maduro en el control político no implica un cambio sustancial en el modelo, aunque sí haya experimentado mutaciones de significación, como la aparición de actores económicos emergentes en un contexto de debilitamiento sensible del papel del gasto público.

Ambas etapas han sido regresivas en cuanto a consolidación estatal. Mucho de lo logrado con esfuerzos imperfectos y superando dificultades considerables, ha retrocedido o desaparecido, sin que se lo sustituya por nuevas modalidades de orden en el marco de la Constitución, en un clima de permanente ensayo y error. En la etapa inicial, la gravitación del líder carismático pasaba por encima de reglas y formas a las cuales nunca quiso someterse. En la siguiente, la confusión partido-Estado atenta contra la posibilidad de desarrollo institucional. Sin embargo, el período denominado revolucionario no logra liberarse de los condicionamientos de la herencia democrática de un tiempo que ocupó y forjó una cultura venezolana, en cuanto a ideas, prácticas y hábitos por más de la mitad del siglo XX. Porque durante cincuenta y tres años, si bien no continuos, los venezolanos vivieron en el marco de la construcción una democracia con ésta como propósito del liderazgo nacional y aspiración en las mayorías del pueblo. Las interrupciones y sobresaltos no fueron suficientes para erradicar una planta que, aunque no diera todos los frutos esperados, sí había echado raíces profundas en nosotros.

Como puede apreciarse, en estos ya más de dos siglos, así como hemos intentado construir república también la hemos deconstruido. A veces con más éxito en esto que en aquello. En ese cuadro, se comprenderá, la República sigue siendo asignatura pendiente. En la resiliencia cívica que se evidencia, ora como manifestación potente ora como corrientes por debajo de la superficie, están los signos de una aspiración nacional que no permite que se le considere perdida. Me declaro, en palabras de Serrat que alguna vez leí, “*Un pesimista esperanzado*”.

### **3. Constitución y vida. Vida y constitución**

El régimen político es el modo de ser político de un pueblo, empecemos por ahí. Cada pueblo va haciendo a su modo su política, su manera de resolver la cuestión del poder, de cómo alcanzarlo, de cómo y para qué ejercerlo. Andrés Eloy Blanco, entonces presidiendo una Asamblea Constituyente, recurre a la metáfora del pueblo alfarero y carpintero que “*va haciendo la*

*constitución*” en la medida que “*va haciendo la mícura*<sup>32</sup> *a la medida de su agua, él va llenándola de agua a la medida de su sed*”<sup>33</sup>.

La democracia es un conjunto de valores, nacidos de una cultura, la occidental, pero que han adquirido universalidad aunque su práctica sea dispareja, pero su funcionamiento y su institucionalidad son obra de sociedades concretas.

En nuestras raíces culturales tiene fuerte asidero el autoritarismo, entendido tanto como necesidad social de un líder fuerte que imponga el orden que no puede lograrse espontáneamente, como tendencia a no sentirse obligado por la ley, debido a desconfianza en ella o en quienes la dictaron o creencia en que, si uno puede, es mejor resolver las cosas a su manera.

Otro pilar del credo político nacional es el presidencialismo. Los venezolanos siempre hemos sido más presidencialistas que nuestras constituciones, aunque éstas prescriban un gobierno de esa forma. Ese presidencialismo socio-cultural no depende de que nos guste o no un determinado titular de la primera magistratura. Consiste en que generalmente atribuimos al Presidente más poder del que constitucionalmente tiene y en función de esa creencia le exigimos o esperamos de él. Y si tuviéramos una Presidenta, el esquema no cambiaría necesariamente.

El régimen político será la confluencia y mutuo condicionamiento de sistema político y sistema constitucional, en una realidad social concreta con sus factores históricos, económicos, socio-culturales.

En ese contexto debemos leer nuestra relación con la constitución y el hecho de que hemos tenido veintiséis constituciones y un estatuto constitucional provisorio, sin contar que tendríamos ya veintisiete, si la ciudadanía no hubiera rechazado en 2007 el proyecto de reforma muy sustancial de sesenta y nueve artículos que le fue presentado, no por opositores recalitrantes, sino por los mismos que habían promovido la aprobación de la Carta Fundamental menos de ocho años antes, encabezados por el mismo líder que se había empeñado en el proyecto constituyente y que consideró “perfecta” la Constitución de 1999.

Uno de los signos de nuestra relación con la constitución, ha sido la contradicción entre nuestra tenacidad en tenerla y nuestra inconstancia para sostenerla. Reconozcamos con Escovar Salom que “*no ha regulado nuestra conducta el texto de la Constitución. Pero tampoco, aún en los momentos de mayor debilidad del orden jurídico, dejaron de influir las normas constitucionales escritas*”<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Mícura: palabra que ha ido cayendo en desuso, por su sustitución por otros recipientes, pero en el Diccionario de la Real Academia Española se la sigue definiendo como “*Ánfora de agua que se usa para conservar el agua*” y es propia de Colombia, Venezuela y Cuba.

<sup>33</sup> Andrés Eloy Blanco, *El voto es del pueblo*. Discurso. En *Obras Completas*. Tomo III (Caracas: Congreso de la República, 1973).

<sup>34</sup> Ramón Escovar Salom, *Orden Político e Historia de Venezuela*. 2° ed. (Caracas: Italgráfica. 1966).



Por supuesto, de ese catálogo constitucional no podemos decir que todas son iguales. Las hay que han sido más trascendentes por su incidencia real en la trayectoria nacional. La de 1811, por su carácter inaugural. Fue la primera de nuestra vida independiente. La dictada en 1830 a raíz de la separación de Colombia. La federal de 1864, hija de una guerra larga, tanta importancia ha tenido que no obstante el crónico centralismo, nadie se ha atrevido a divorciarse de la forma de Estado, la federal allí consagrada. De la de 1961 ya hemos dicho que ha sido la más duradera y la menos irrespetada, creo que son argumentos incontrovertibles. Hasta hoy, es la única que ha servido de marco para gobiernos de partidos diferentes. No fue sancionada en un referéndum y a pesar de la ruptura que significó el 23 de enero con el fin de la dictadura, optó el liderazgo de entonces por una reforma constitucional y no por otra Constituyente, como tantas había visto el país. Sin embargo, hay que agregar que fue aprobada por un Congreso fruto de una elección con masiva participación ciudadana de nueve de cada diez venezolanos con derecho a votar y en su redacción, así como en las firmas que suscriben su texto promulgado, participaron venezolanos de todas las tendencias sin excepción, incluida la de quienes poco tiempo después se alzarían en armas.

En 1978, a diecisiete años de su recorrido, un compatriota con relevante participación en las iniciativas para sustituirla en 1999, daría su juicio acerca de aquella Carta:

Tenemos una Constitución profundamente democrática, por las condiciones imperantes en la época en que fue elaborada. Recoge ideas y conceptos de un valor extraordinario. Garantiza en materia social, plenamente, los derechos a todos los venezolanos: al trabajo, a la vivienda, a la salud y establece normas para realizar una democracia social en Venezuela<sup>35</sup>.

Y de la de 1999, la actual ¿qué podremos decir? Depende.

Con independencia de su origen, la Constitución venezolana establece un esquema de distribución y separación de poderes compatible con una democracia y un modelo de Estado federal cooperativo que consagra en la cúspide de la pirámide jurídica del país, avances en la descentralización logrados a partir de 1989. Su carta de derechos, así como las garantías que los protegen, incluso en estados de excepción, es prolija y podríamos decir que ambiciosamente avanzada. La vida real, en cuanto a la interpretación y la aplicación constitucionales a la convivencia política, el desarrollo social y la actividad económica, ha sido muy diferente.

Hasta ahora, difícilmente podríamos estar conformes con la vigencia efectiva de *"los valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación"* que declara su artículo 3: *"la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político"*.

---

<sup>35</sup> José Vicente Rangel en Alfredo Peña, *Conversaciones con José Vicente Rangel* (Caracas: Editorial Ateneo de Caracas, 1978).

¿Significa esto que debemos condenarla sin esperanza de cambio? Creo que no, pues sería condenarnos a nosotros mismos por no tener capacidad como sociedad de sacar el máximo provecho a sus potencialidades y entre las principales de éstas debemos subrayar que puede ofrecer un raro espacio de encuentro y un marco eficaz para que todos los venezolanos podamos convivir, procesar nuestras diferencias en paz y libertad y avanzar hacia una sociedad mejor.

El juicio acerca de la Constitución de 1999 es, por lo tanto, un signo de interrogación. No sería oportuno dictar sentencia sin hacer todo lo posible por darle la oportunidad que merece tener y en realidad, le ha sido negada por quienes han jurado cumplirla y hacerla cumplir.

Debates sobre la idea de constitución ha habido varios a lo largo de nuestra historia. Se ha hablado como en los pensadores y políticos del Positivismo en las primeras etapas del siglo XX, de constituciones de papel y de constituciones orgánicas, aquellas importadas y éstas “efectivas” pues rigieron en la práctica a pesar de contradecir la norma escrita<sup>36</sup>. También, en respuesta democrático-social pasada la mitad del siglo, se habla de constituciones inauténticas o “de papel” al revés a las impuestas por los déspotas para incumplirlas y constituciones auténticas o “sociales” a las que expresan la voluntad y aspiraciones de la sociedad<sup>37</sup>.

¿Ha sido cada Constitución compromiso con un proyecto o formalización de un poder de hecho? Pues tomando en cuenta que hemos tenido veintiséis, de todo ha habido. Sirva un dato para comprender la cuestión: salvo la de 1961 y a su manera, la actual, hemos tenido constituciones de un solo presidente. Esto ha sido muy frecuente, e incluso presidentes con más de una constitución: Guzmán tuvo dos o tres, Cipriano Castro tuvo dos, Gómez siete entre 1909 y 1931 y un Estatuto Provisorio en 1914. Hasta ahora la única que ha servido de marco para elegir presidentes de distintos partidos es la de 1961 y para que éstos gobiernen. En su vigencia, las diferencias que se presentaron fueron resueltas por la Corte Suprema de Justicia o por la capacidad de los actores políticos.

Pero miremos un detalle que podría considerarse menor visto a la ligera y si se lo compara con lo dicho en el párrafo inmediatamente precedente. En la Constitución actual, el Capítulo II “Del Régimen Fiscal y Monetario”, parte del Título VI “Del Sistema Socioeconómico”, tiene una Sección Primera “del régimen presupuestario”, el primero de cuyos artículos establece que *“la gestión fiscal estará regida y será ejecutada con base en principios de eficiencia, solvencia, transparencia, responsabilidad y equilibrio fiscal...”*, y se regula el marco plurianual del presupuesto, los límites del endeudamiento público, el presupuesto aprobado cada año por la Asamblea Nacional y la prohibición de gasto no previsto en la Ley de Presupuesto, así como la obligación al Ejecutivo de explicitar objetivos, resultados esperados y funcionarios responsables de cada crédito presupuestario, así como de presentar, en

---

<sup>36</sup> Ver Laureano Vallenilla Lanz, *Cesarismo Democrático* (Caracas: Tipografía Garrido, 1952).

<sup>37</sup> Ver Ambrosio Oropeza: *La Nueva Constitución Venezolana de 1961* (Caracas: 1971).

el semestre posterior al ejercicio anual, un balance de la ejecución presupuestaria prevista.

¿Cuánto hace que no conoce algún venezolano el contenido de la Ley de Presupuesto? El Decano de Economía de la Universidad Católica Andrés Bello, Ronald Balza tiene años preguntando por el costo de las reconversiones monetarias que le han quitado catorce ceros a la moneda, pide el presupuesto del Banco Central de Venezuela y sigue esperando. Durante siete años, entre 2016 y 2022 no se publicó el presupuesto nacional. Para 2023, la Asamblea Nacional aprobó uno el 15-12-2022, y el 10 del mismo mes *Tal Cual* empezó a publicar los datos consignados por el ministro del área al parlamento y que permanecieron ocultos. Una opacidad por la que han reclamado Transparencia Venezuela y medios como *Crónica Uno*.

#### **4. Participación y deliberación en la Constitución**

Como tema de debate político, la Constitución fue pasando al primer plano de manera lenta y desigual, desde 1992, cuando los acontecimientos políticos la aceleraron. Un proyecto de reforma que venía trabajándose en el Congreso<sup>38</sup>, en comisión bicameral presidida por el senador vitalicio Rafael Caldera, fue aprobado en primera discusión en el Senado y en la Cámara de Diputados se le introdujeron modificaciones, señaladamente una muy polémica sobre el derecho a la información que fue muy mal recibida en los medios de comunicación. Así encallaría en el debate parlamentario y quedaría como tentativa fallida. Someterla a referéndum como se había acordado, conocida la resistencia en los medios, habría sido convertirla en un plebiscito sobre el sistema político en un clima muy adverso a éste.

Desde 1992, la idea de convocar a una Asamblea Constituyente entró al debate político, incluso antes del fracaso del proyecto de reforma. En 1993, al menos dos candidatos presidenciales la prometieron, uno de ellos, Oswaldo Álvarez Paz, muy importante por ser postulado por uno de los dos principales partidos de entonces y porque estuvo a siete puntos del ganador<sup>39</sup>. El tema siguió en el ambiente hasta que Hugo Chávez lo convirtió en su promesa central en 1998, convirtiéndola en ese tipo de ofrecimientos que, dada su vacuidad, permite a cada quien llenarlo con sus aspiraciones o rechazos. La victoria electoral de Chávez y la situación en que quedaron sus adversarios, marcarían un cambio cualitativo. En la opinión pública venezolana, para unos, constituyente era sinónimo de cambio, para otros de revolución. Para todos, era lo que Chávez quería y ese era el dato central en la fase carismática del proceso.

---

<sup>38</sup> La iniciativa fue del Senador Godofredo González con motivo del trigésimo aniversario de la Constitución en 1991 y aprobada en sesión conjunta de las cámaras.

<sup>39</sup> En aquella elección que marcó el fin del bipartidismo Oswaldo Álvarez Paz (COPEI) obtuvo 22,73 % del voto popular. El ganador fue Rafael Caldera con 30,46 %, seguido por Claudio Fermín de AD con 23,60 %, tercero Álvarez Paz y en cuarto puesto, aunque muy cercano, 21,95 % Andrés Velásquez. El otro aspirante que prometió la Constituyente fue José A. Cova (Nueva Generación-Movimiento de Renovación Nacional) obtuvo 0,09 %.

Antes de que la realidad precipitara los acontecimientos, el debate nacional alrededor del tema giraba entre el requerimiento de una reforma que posibilitara la convocatoria constituyente o ir a una Asamblea Nacional Constituyente sin una modificación constitucional que lo posibilitara, como había pedido el Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en carta a los presidentes de las Cámaras Legislativas del 24-08-1998<sup>40</sup>. En 1999 más de un actor u opinador cambió de lado. El Presidente tomó posesión el 02-02-1999, había ofrecido una consulta e incluso, como Presidente electo designó una comisión para estudiar la cuestión y nomás entrar en palacio decretó la convocatoria. En el Congreso, un senador oficialista proponía que el Poder Legislativo convocara un referéndum y el día 3, en el debate de las cámaras en sesión conjunta “sorprendidas” por el madrugador decreto presidencial convocándolo, afirmé *“la Sinfonía Arrogante en Mi Mayor para solista y coro interpretada en este hemicycle ayer por el señor Presidente de la República, puso fin a una carrera absurda que el Congreso tenía perdida desde la partida”*. Aquel, dijimos entonces, no era un cambio ni garantizaba un cambio, era repetir la vieja historia de la concentración de poder<sup>41</sup>.

La Corte Suprema de Justicia, a partir de sus sentencias en Sala Político-Administrativa del 19 de enero, dio luz verde al paso acelerado. Después, la ola que no se atrevió a contener y canalizar acabaría por convertirse en tsunami que la arrasaría.

En el Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, reunido en la UCAB los días 27, 28 y 29 de octubre 1999, sostuve que nuestra constitución *“ha sido sometida a modificación mediante un procedimiento no establecido en ella, no obstante su inviolabilidad”*, con efectos predecibles de:

...inseguridad jurídica, incertidumbre, agudización de las tensiones y conflictos que han llegado hasta en enfrentamiento físico, inhibición de los órganos del poder público y debilitamiento de las leyes, incidencia ostensible en las inversiones, el empleo y la imagen internacional de la República<sup>42</sup>.

En los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, paradójicamente, los argumentos de la mayoría escasean, en contraste con los alegatos, las propuestas y los votos salvados de la reducida minoría con opiniones diferentes.

La ratificación de la nueva Constitución fue mediante referéndum, celebrado el 15-12-1999, bajo las torrenciales lluvias que afectaron principalmente en el centro del país y sobre todo el estado Vargas. Aquel “deslave” de la naturaleza coincidiría con lo que puede considerarse un “deslave” polí-

---

<sup>40</sup> Ver Ramón Guillermo Avelo, *La Alternativa Civil. La Constituyente de 1999 y otros temas de Política y Derecho* (Caracas: 2000), en cuyo apéndice constan todos los documentos pertinentes de aquel año, incluidos los votos disidentes en el seno de la CSJ.

<sup>41</sup> Ramón Guillermo Avelo, *Defensa del Futuro Libre* (Caracas: 1999).

<sup>42</sup> Ramón Guillermo Avelo, *Sobre los riesgos de reformar la Constitución por medio no establecido en ella (Visión del proceso constituyente venezolano de 1999)*. En *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano* (Jesús María Casal-Alma Chacón Hanson Coordinadores) (Caracas: UCAB, 2000).

tico-constitucional<sup>43</sup>. Baja participación electoral, máxime al tratarse de tema tan trascendente. La participación fue del 44,37 %, lo que implica una abstención de 55,63 %. De quienes votamos, 71,78 % dijo sí y 28,22 %, entre quienes me cuento, optamos por el no, lo que significa que más o menos tres de cada diez venezolanos votaron a favor de la nueva Constitución, aunque es un hecho que el respaldo popular al liderazgo del Presidente era abrumadoramente mayoritario.

Mi voto personal, pues no quise abstenerme para que no se interpretara mi silencio, tuvo un sentido político. Más que oponerme al texto en sí, cuyo contenido comparto parcialmente en cuanto considero positivo y progresista, mientras en otros aspectos me parece regresivo, quise expresar mi rechazo al modo en que se había atropellado la previsión constitucional y se había abierto lo que consideraba una peligrosa brecha de autoritarismo.

Y ahora ¿Usted qué opina? Podría preguntárseme legítimamente.

Esa fue mi posición entonces y en relación con aquellos eventos, sigue siéndolo, pero mi perspectiva política de la cuestión ha evolucionado. No hacerlo, sería desestimar la importancia de la experiencia venezolana de ya más de dos décadas.

Ratifico lo afirmado antes y anoto que también es cierto que nunca antes un texto se hizo tan conocido e internalizado por el pueblo, el cual se sintió, sin dudas, “empoderado” por el nuevo marco constitucional. Este es un dato que no podemos considerar superficial. La popularización del librito azul de la Constitución ha tenido efectos sociales que lo hacen trascender incluso a la aguda polarización política, por encima de las trasgresiones que sobre todo desde el poder, aunque también desde fuera de él, se han promovido. Este factor le confiere el carácter de potencial fuente de seguridad, bien sumamente escaso en la Venezuela de nuestro tiempo.

Los principios fundamentales de la Constitución (Título I, artículos 1 al 9) son la base para un diseño normativo que merece un desarrollo mejor que el que le han marcado las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, la práctica gubernamental y la legislación al servicio de ésta. Al efecto, cabe destacar que más allá del sesgo propio de la coyuntura que produjo su nacimiento “revolucionario”, en su contenido abundan las disposiciones que abren oportunidades de desarrollo democrático, tales como: **(i)** La prolija carta de Derechos Humanos, así como las garantías internas e internacionales que la protegen, incluso en estados de excepción; **(ii)** El Poder Público distribuido territorialmente en un federalismo cooperativo y dividido funcionalmente en la tradición del constitucionalismo democrático y social de Derecho; **(iii)** Los dispositivos para la independencia de la Administración de Justicia, señaladamente el ingreso y ascenso de los jueces por concurso de oposición público; **(iv)** El articulado relativo a la Fuerza Armada Nacional como institución *“esencialmente profesional sin militancia política*

---

<sup>43</sup> Deslave viene de deslavar, una de cuyas acepciones es desustanciar, quitar fuerza, color y vigor. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española.

(...) *al servicio exclusivo de la Nación y no de persona o parcialidad política alguna*".

¿Se puede participar en el marco de esta Constitución?

Sí. La Constitución establece una serie de posibilidades de participación, muy insuficientemente aprovechadas en estos años y más bien desalentadas desde el poder, sin que las posiciones políticas alternativas y las visiones sociales independientes del poder se hayan atrevido a activarlas. La definición participativa de nuestra democracia en el artículo 6 constitucional, tiene concreción en los medios de participación del artículo 70, los referendos de los artículos 71 al 74, la obligación de consulta legislativa en el artículo 206, las consultas para la ordenación territorial en cuanto a municipios y parroquias del artículo 172 y el 173, o los consejos locales de planificación pública del artículo 182.

Sí, pero hay que atreverse a exigirlo.

En 2007, en la euforia de su reciente reelección, el Presidente propuso una reforma de setenta y nueve artículos y catorce disposiciones transitorias, para una Constitución de trescientos cincuenta artículos y dieciocho disposiciones transitorias. Lo cuantitativo sería ya una pista del calado de la modificación propuesta, pero un análisis cualitativo nos dirá que su orientación alteraba radicalmente los principios fundamentales y su contenido deformaba el diseño de Estado.

Entre otros aspectos podemos destacar que en el proyecto se avanza en criterios estatistas, colectivistas y anti-pluralistas; se afecta la organización político territorial de la República en poder nacional, estados y municipios y éstos divididos en parroquias; se modifican las bases de la participación popular en referendos y modificaciones constitucionales; se incorpora el "Poder Popular" al Poder Público y se lo incluye en la distribución del Situado Constitucional, también a las "Misiones" como forma alternativa de la Administración Pública; desaparece la parroquia; se modifica el Consejo de Estado; se añade socialista y antiimperialista a la definición del régimen económico de la República; se constitucionaliza la denominación Fuerza Armada Nacional Bolivariana, la cual deja de ser "*esencialmente profesional, sin militancia política*" para convertirse en "*esencialmente patriótico, popular y antiimperialista*"; se elimina la autonomía del Banco Central de Venezuela; y se modifican las previsiones y garantías en los estados de excepción.

Esa iniciativa de reforma fue derrotada en las urnas por los ciudadanos. Los que votamos y los que decidieron no hacerlo quedándose en sus casas, en tributo de la adhesión que todavía profesaban al hoy difunto Presidente. Lo cierto es que la mayoría no quiso que le cambiaran la Constitución. La participación total de 55,9 % fue, porcentualmente, mayor que en el referendo aprobatorio de la Constitución, lo cual debe apreciarse como un reforzamiento en la legitimidad del texto original<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Al bloque A de reformas 50,65 % votó NO y 49,34 % votó Sí. Al bloque B de reformas, 51,01 % votó NO y 48,99 % votó Sí.

Sin perjuicio de todos los análisis acerca de su origen y defectuosa aplicación práctica, la Constitución de 1999, bien cumplida, puede servir de marco para convivir y ordenar la redemocratización del país. Salvo que el cambio sea revolucionario, en el sentido de producto de una ruptura abrupta del orden vigente.

## 5. Rasgos de cultura política nacional

La idea de la política en el venezolano es naturalmente el resultado dinámico de la confluencia de vertientes históricas y socio-culturales, valoraciones, coyunturas económicas, influidas por variaciones en las circunstancias concretas que a cada generación toca vivir.

Recientemente, la Universidad Católica Andrés Bello publicó su estudio *PsicoData Venezuela, Un Retrato Psicosocial 2023*<sup>45</sup>, con acento en sus objetivos en la vulnerabilidad psicosocial, es decir *“el conjunto de factores de índole psicológico individual y del sistema de relaciones de la persona que modulan sus reacciones conductuales ante el entorno, especialmente ante entornos hostiles o difíciles”*.

Sin adentrarnos en los múltiples aspectos de interés en el citado estudio, nos asomaremos a aquellos que pueden ser de mayor relieve para la cuestión que nos ocupa.

En conjunto, las personas más pobres y con menor educación son las que se sienten menos satisfechas. Sin embargo, allí está el mayor porcentaje de disposición a la participación social o política con 77 %, más elevado que el promedio nacional del 59 % pro participación.

Lo político como fuente de *stress* ocupa hoy el cuarto lugar con un magro 7,5 %, mientras lo económico encabeza esa causalidad con 64,5 %, seguido por los problemas de salud con 15 %, dato a observar que inevitablemente relacionaremos con la precaria situación de esos servicios en el país, las limitaciones de las pólizas de seguro nacionales y el envejecimiento promedio de la población. ¿Quiere decir esto que como se espera menos de la política ya no nos interesa ni nos angustia tanto? En el mismo estudio 90 % manifiesta preocupación por la situación del país y el 73 % siente tristeza al pensar en el futuro nacional.

Un dato importante, pensando en las posibilidades de salud democrática, es que el 81 % piensa que no se puede confiar en la mayoría de las personas. Esa desconfianza, por cierto, no es un rasgo nuevo y tal vez podamos considerarla una característica nuestra.

En 1996, Conciencia 21<sup>46</sup> realizó un estudio acerca de nuestros valores y sólo 17 % estaba de acuerdo con la afirmación *“Se puede confiar en la*

---

<sup>45</sup> PsicoData Venezuela, Un Retrato Psicosocial 2023. Universidad Católica Andrés Bello. Escuela de Psicología, [https://psicologia.ucab.edu.ve/wp-content/uploads/2023/02/PsicoData\\_compressed.pdf](https://psicologia.ucab.edu.ve/wp-content/uploads/2023/02/PsicoData_compressed.pdf)

<sup>46</sup> Roberto Zapata G.: *Los Valores del Venezolano* (Caracas: Conciencia 21 AC, 1996).

mayoría de la gente”, mientras 82 % se mostraba en desacuerdo, casi lo mismo que en PsicoData en 2023.

Entonces, en la apostilla escrita luego de leer los resultados de una encuesta en cuya elaboración había participado, concluía que los venezolanos “Somos demócratas, indiferentes, escépticos, inconformes, más o menos pasivos y ciertamente pacíficos, aparentemente, cada vez más dispuestos a participar fuera del canal partidista”<sup>47</sup>.

La desconfianza en los demás puede ser un problema para la vida de la sociedad democrática y la vigencia verdadera de su institucionalidad, también, por cierto, para el progreso económico que le está muy vinculado. Fukuyama, en obra suya muy reconocida<sup>48</sup>, atribuye al capital social consecuencias más importantes en la vida social y política que en la economía, donde es tan influyente. Para su funcionamiento efectivo, las instituciones políticas democráticas dependen de la confianza, en medida no menor que la economía de mercado. Si la confianza se debilita, iremos a un gobierno más interventor y regulador de las relaciones sociales.

Ese carácter pacífico nuestro en el cual coinciden los analistas, configurado a lo largo del siglo XX es puesto hoy en entredicho, al menos parcialmente, por estudiosos como el Observatorio Venezolano de la Violencia, cuyo seguimiento evidencia un incremento de la violencia en nuestra sociedad.

Cuánto inciden en ese fenómeno modificaciones culturales o datos coyunturales crecientes como la inseguridad jurídica o la impunidad es materia que debe movernos a reflexión.

En nuestra actitud ante la política influyen desde luego las experiencias vividas, así como la herencia de nuestras tradiciones. Una y otra moldean, en proporción variable según las circunstancias, nuestro igualitarismo, nuestro amor a la libertad, nuestra adhesión a la democracia, pero también nuestra actitud ante la legalidad en general y las instituciones en particular. Y no podemos considerar libertad y democracia e instituciones y legalidad como piezas sueltas, independientes entre sí.

Hay un estatismo que podríamos llamar “histórico” en el que confluyen simultáneamente desconfianza ante la autoridad legal con el viejo paternalismo y el rentismo. Abona una discrecionalidad que espero “benévola” si es en mi favor e “implacable” para perseguir los males sociales. En el paternalismo encontraremos una correlación de paternalismo en quienes ejercen poder e “hijismo” o necesidad de un padre protector en quienes no tienen poder.

El rentismo tiene remotos ancestros, “vivir de las rentas” era un deseo muy frecuente en una noción económica que nos aleja de las de productivi-

---

<sup>47</sup> Ver Ramón Guillermo Avelado, *Seis preguntas sobre los venezolanos, la libertad y la responsabilidad* en Zapata G., obra citada.

<sup>48</sup> Francis Fukuyama, *Trust. The Social Virtues and the Creation of Prosperity* (New York: Free Press, 1995).



dad y competencia, pero sin duda se acentuó con el advenimiento del petróleo como factor principal en la economía venezolana y sobre todo, como fuente de recursos para el Estado y esto es muy anterior a la nacionalización de la industria petrolera de 1976, pues los recursos fiscales producto de regalías e impuestos financiaban el gasto público y posibilitaban que este tuviera niveles relativamente altos.

En estudios de 2011, me parecen interesantes estas informaciones de Consultores 21 recurriendo a preguntas que se habían formulado en la citada investigación a profundidad realizada en 1994 y publicada en 1996. Habían pasado de minoritarias a mayoritarias las opiniones de acuerdo con que “debería haber más empresas privadas”, “el éxito en la vida se consigue trabajando duro”, “uno puede hacerse rico trabajando y sin perjudicar a nadie”, “cada quien debe responsabilizarse y conseguir lo que necesita para vivir”, mientras decaía verticalmente el apoyo a que “unos pocos líderes fuertes harían más bien a este país que muchas leyes y discursos”. Lo llamativo es que este cambio se materializa cuando el país ya había estado sometido a una década de propaganda muy intensa contra la iniciativa personal y por el socialismo y tal vez influida por la constatación de que podía haber un líder fuerte, muchas leyes y muchos discursos al mismo tiempo. Desde luego, los resultados ostensibles de esa combinación de factores han sido aleccionadores. Una cruel versión venezolana contemporánea del viejo refrán “La letra con sangre entra”<sup>49</sup>, podría ser “La letra con hambre entra”.

Ya en 2008 ¿Cómo era la democracia que los venezolanos preferíamos?<sup>50</sup>

Las respuestas difieren si el encuestado declara o no confianza en Hugo Chávez, pero mucho menos y no siempre en similar tendencia de lo que el prejuicio supondría. Por una democracia en la que haya “menos pobres” se manifiesta el 65 % de quienes confían en Chávez y el 88,6 % de quienes no declaran esa confianza, mientras que por una democracia con “menos ricos” las respuestas son radicalmente minoritarias en ambos grupos; se pronuncian tres de cada diez de los primeros y solo uno de cada diez de los segundos.

El orden es reclamo mayoritario de los que confían en Chávez (51,3 %) mientras la libertad lo es para los que no (77,6 %), pero no es despreciable el número de “chavistas” que valoran la libertad (48,10 %).

Una democracia “de derechos” es preferible a una “de deberes” para un 61,8 % de quienes confían en Chávez y un 76,6 % de quienes no. Por los “deberes” decantan casi cuatro de cada diez que confía en el entonces Presidente y sólo dos de quienes no expresan esa confianza.

¿Y hoy? Se percibe un ambiente de más independencia, acaso por desconfianza, por decepción o por una combinación de ambas, ante la institu-

---

<sup>49</sup> *La letra con sangre entra o Escena de escuela* es cuadro de Francisco de Goya a fines del XVIII, que está en el Museo de Zaragoza

<sup>50</sup> Consultores 21: *Los Valores de los Venezolanos de 1994 a 2012. obra citada*

cionalidad pública. Son menos los que esperan de ella soluciones o siquiera atención y respuestas. Se duda de que estén al servicio de todos. Si las condiciones para que una institución lo sea son su carácter de organización al servicio de un interés social, su estabilidad en el tiempo y su reconocimiento por parte de la sociedad, es lógico darse cuenta que para la mayoría la distancia entre lo que tenemos y esas características se ensancha. La institucionalidad pública necesita de una realidad social con vocación institucional, vale decir, orientada a organizar y sostener estructuras fundamentales. Ese es su ecosistema amigable, pero su desarrollo es más exigente.

*“La experiencia es el crisol de las instituciones humanas”* decía Cecilio Acosta<sup>51</sup>. Por eso es tan importante la perseverancia social para ir aprendiendo de la experiencia, de modo de lograr consolidar ese equilibrio que quería Andrés Bello entre *“la adusta fecundidad del orden”* y la *“alegre amalgama de la libertad”*, en el “retorno” del sabio explicado por Briceño Iragorry<sup>52</sup>.

Para que la libertad emerja y florezca, tanto el Estado como la sociedad deben ser fuertes. Una sociedad vigorosa, movilizada que exija a un poder público capaz de canalizar sus demandas y responder a ellas eficazmente<sup>53</sup>.

A la ley se la percibe, entre nosotros, cada vez más, como un dato referencial, no necesariamente vinculante. Como si su sometimiento a ella fuera exclusivo de aquellos que no pueden evitarlo porque no tienen poder ni dinero o están atrapados en circunstancias que le impiden eludirla. Desde el poder se la empuña como arma y como tal la temen los que están fuera de él.

Más de una vez, aún en los tiempos más borrascosos y tal vez sobre todo en ellos, venezolanos esclarecidos han insistido en defender la legalidad justa y han trabajado por establecer un Estado de Derecho donde impere la ley que *“no es capricho”* como ha dicho el citado Acosta o como *“la voluntad de todos, expresada como regla para todos”* según *dictum* de Fermín Toro, quien bien resume *“Poder con libertad y ley – república”*<sup>54</sup>.

Con ese sereno optimismo que le es característico, Picón Salas<sup>55</sup> nos llama a hacer *“de esta igualdad criolla por la que el venezolano”* tanto ha luchado, *“la base moral de nuestra nueva historia”*. La igualdad como expresión social de la dignidad de cada persona es la cara constructiva del igualitarismo que nos es tan propio, no obstante en el trabajo de Zapata-Conciencia 21 antes referido, ya en 1994 priorizábamos la libertad sobre la

---

<sup>51</sup> Cecilio Acosta, *Integridad del sistema político* en *Obras Completas* (Caracas: Casa de Bello, 1981).

<sup>52</sup> Mario Briceño Iragorry, “El retorno de Bello” en *Obras Selectas* (Madrid-Caracas: EDIME, 1966).

<sup>53</sup> Ver Daron Acemoglu y James A. Robinson, *The Narrow Corridor* (London: Penguin, 2020).

<sup>54</sup> Fermín Toro, *Europa y América* en *La Doctrina Conservadora* (Caracas: Presidencia de la República. Ediciones Conmemorativas del Sesquicentenario de la Independencia. 1960).

<sup>55</sup> Mariano Picón Salas, *Páginas de Venezuela* en *Obras Selectas* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008).

igualdad<sup>56</sup>. A la igualdad, Toro encontró sentido en sus *Reflexiones*, escritas once años después de la sanción de la llamada "ley de espera y quita". Es íntimo el nexo de las cuestiones económicas con políticas y morales, dice bien y adentrándose en la materia que es la de la licitud y pertinencia de limitaciones a la libertad de contratos. Ojo que es 1845, hace casi dos siglos, cuando nos deja este párrafo sabio que parte de un principio: la igualdad práctica consiste "en la participación, por derecho, a todas las ventajas de la vida social". Y explica:

El derecho de igualdad se subdivide en necesario y condicional. Por el primero, todo individuo en la sociedad debe poseer los medios de mantener su dignidad moral y su existencia física. Su propiedad, su seguridad, su libertad, la posesión de sus facultades y disposiciones deben estar en perfecto nivel de derecho, con iguales condiciones de cualquier otro miembro de la sociedad. Por el derecho condicional, el individuo debe poseer en la sociedad ventajas adecuadas a sus facultades y disposiciones; y como la sociedad no tiene nivel para el talento, la virtud, el saber y la riqueza, se sigue que las ventajas de situación y rango, los goces, empleos y honores que aquellas cualidades proporcionan deben ser, como ellas mismas, desiguales, porque estos bienes no se adquieren por el derecho de persona, sino por el título de capacidad<sup>57</sup>.

Si la política se produce en medio de la tensión ente lucha y orden para procurar equilibrios en busca del bien común, tanto el derecho como la institucionalidad serán sus frutos, pero si lo que se ve es lucha pura, dura y además lucha desigual, lo cual es más antipolítico que político, crecerá la desconfianza en las instituciones y en la ley que se reflejará en la política y, a su vez, la desconfianza en la política alcanzará a los intentos de institucionalidad y legalidad. Lo paradójico es que en diabólico círculo vicioso, la antipolítica sea generadora de desconfianza en la política y simultáneamente se alimente de ella.

Es ya un clásico Crick, una de cuyas sentencias se traduce en que el método político de gobernar, distinto al tiránico o el oligárquico, por basarse en escuchar a todos, intentar conciliar, asegurar a todos una posición legal, sentido de seguridad y medios claros de articulación, se prueba como sistema si en él la política es exitosa en asegurar niveles razonables de estabilidad y orden<sup>58</sup>.

¿Para qué la política? Es la pregunta inevitable. Responderla con contenidos relevantes a la vida de las personas es la tarea de los llamados a la vocación política. También la razón profunda y el motivo esencial para que más ciudadanos asuman responsabilidades políticas.

De este recorrido apurado por nuestra historia hasta su desembocadura presente pueden surgir, como es casi un lugar común, más preguntas que

---

<sup>56</sup> A la elección, partiendo de que ambas son importantes, entre libertad "el que cada quien pueda vivir y desarrollarse sin obstáculos" e igualdad "el que nadie se vea desfavorecido y el que las diferencias no sean tan grandes", 54 % escogió libertad mientras 33 % igualdad.

<sup>57</sup> Fermín Toro, *Reflexiones sobre la Ley de 10 de Abril de 1834 en Edición homenaje a la memoria de Fermín Toro, Símbolo y Ejemplo del Diputado de Venezuela* (Caracas: Ediciones de la Cámara de Diputados, Congreso de la República, 1996).

<sup>58</sup> Bernard Crick, *In Defence of Politics* (London: Pelican, 1964).

respuestas y eso ya es ganancia, porque si de algo debemos cuidarnos es del determinismo que nos dice que somos simples marionetas de un destino que encontramos diseñado para nosotros. Sabemos que depende de nosotros porque más de una vez, este país ha demostrado que puede encontrar sus modos, como por ejemplo de vivir en democracia.

Pero ya que usamos la metáfora de la desembocadura puede servirnos para apelar a aquellas clases de Geografía General que nos enseñaron que no todas las desembocaduras son iguales. Pueden ser estuarios, cuando un río amplio y profundo desemboca en el mar, se mezclan el agua dulce y la salada con alta productividad biológica y biodiversidad; rías cuando un brazo de mar se interna en las costas o deltas, cuando el cauce se divide en múltiples brazos que en el Orinoco llamamos caños, en medio de los cuales se generan islas, canales e islotes.

Esta desembocadura venezolana es histórica, es decir social, cultural, política y económica. Si es como el Nilo, el Danubio o el Orinoco que se fragmentan en deltas, en una ría como la de Vigo donde predominen las corrientes exteriores, o un estuario como el del Río de La Plata o la bahía de Chesapeake donde llegan ciento cincuenta ríos, dependerá de los venezolanos. Ese es un protagonismo que nos incumbe y que no admite delegación por nuestra parte. Lo que también es cierto es que un cauce que desemboca ya no es el mismo que venía, una realidad nueva se formará y en cualquiera puede haber riqueza, la cuestión está en identificar sus potencialidades y saber aprovecharlas. En todas, sean deltas, estuarios o rías, hay posibilidades cuyo aprovechamiento es de dificultad variable, pero nunca es regalo.

Es lo que tiene la política, el entorno la condiciona, pero siempre es obra humana.

# LA DEMOCRACIA ES LIBERTAD CUANDO EL ESTADO GARANTIZA LA SATISFACCIÓN DE LOS DERECHOS CIUDADANOS: LA FALTA DE REPRESENTACIÓN ES PROPIA DEL DESCONOCIMIENTO DE LO QUE QUIERE LA SOCIEDAD Y ELLO TIENE SUS CAUSAS

Cecilia Sosa Gómez\*

“El valor fundador y distintivo de la democracia es la libertad”. Platón

## Introducción

El ciudadano vive con un ideal de justicia y de respeto a la verdad y se pregunta qué es la justicia, la verdad y la belleza (la estética). Por ello identificamos lo justo y lo injusto: lo decía Platón. Siempre habrá la referencia constante para las generaciones, de un conjunto de valores que dan forma a la conciencia de cada ser humano de la idea prometida de un bello porvenir, ese es el sentimiento en el que se inscribe la democracia, la República, donde cada ser humano tiene su papel que cumplir y el conjunto de garantías que aseguran su protección; sorprende que ello nos remonte al siglo V antes de Cristo. No podemos dejar de lado la invención política griega como es la democracia, de la que somos en parte herederos. Se trata de la creación de la libertad política, que se manifiesta y resume en las síntesis de Aristóteles y Platón.

Para Sandrine Hubaut la modernidad nos ha cortado el sentido original de la palabra “democracia”, pareciera que tenemos que re-politizar la democracia, y considerar que los griegos si bien no nos ofrecen una solución a nuestros problemas, si nos ayudan a analizar las razones de la erosión ac-

---

\* Abogado, graduada en la UCV. Doctor en Derecho Universidad Paris 1, La Sorbona. Investigador adscrito al Instituto de Derecho Público, UCV. Director del Centro de Investigaciones Jurídicas, UCAB. Profesor visitante Cátedra Andrés Bello, Oxford, Inglaterra. Profesor de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de pre y post grado de la UCV, UCAB y UAM. Juez de la República desde 1985 hasta 1999. Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Presidente de la Organización de Cortes Supremas de las Américas. Director Ejecutivo de la Organización Venezuela Progresista en Libertad (veporlibertad) desde 1999. Director Académico de la organización Bloque Constitucional de Venezuela. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

tual de la confianza hacia los representantes y su corolario la desafección a las urnas para elegirlos.

La democracia reclama un esfuerzo colectivo de comprensión de sí misma, como lo hicieron los griegos, para darle sentido y forma al mundo actual, en el que las personas tienen una dificultad creciente de orientarse.

Necesitamos un cuestionamiento de la teoría política actual, que a veces se queda en señalar las tres funciones del poder político: el legislativo, el judicial y el ejecutivo, cuando éste último en realidad no tiene una función de poder, sino subalterno desde el punto de vista ateniense. Es curioso que nadie se asombre de cómo al Poder Ejecutivo se le ha confundido con el Estado. En la autonomía y ejercicio directo de la democracia en el siglo V se tiene un hilo que tejer para despertar la inteligencia de la política.

## 1. Democracia y pueblo

Si entendemos por legitimidad en lenguaje filosófico o epistemológico; como aquello que tiene validez y autoridad que deviene de la Ley, sea positiva o natural; es una noción que obliga a ubicar ambas líneas de creación de derecho. La primera, se refiere al conjunto de normas creadas por los hombres y que rigen una sociedad dada en una determinada época; mientras la segunda responde a la naturaleza de las personas quienes producen normas con autoridad normativa que le son inherentes y sirven de fundamento a las leyes positivas.

Por tanto, es el pueblo el que hace la democracia, el que está orgulloso de tenerla y pronunciar esa palabra en asuntos públicos e internacionales, es ella la que agrupa los intereses de todos los ámbitos incluyendo el económico. Así se comprende lo que es la democracia para el pueblo: participación en la política como punto de honor, una manera de afirmar su dignidad y recobrar sus derechos en la arena política.

Es realmente sorprendente que sea en el siglo VIII A.C. donde se desarrollen los primeros legisladores y que conduzcan al establecimiento de las primeras Asambleas deliberantes, así como la aparición de reglas de justicia escritas. Después en el siglo VI A.C. emergen propiamente normas democráticas de gobierno y un siglo después se da el logro en las instituciones atenienses.

En estos tres siglos de historia se logra una conquista: se trata de un espacio político construido por los hombres, por ellos mismos, en el ámbito de decisiones colectivas, pero igualmente un espacio de investigación que produce una profunda mutación en la interpretación y en la comprensión del mundo.

Por un lado, se construye la ciudad (*polis*) como espacio común de todos los ciudadanos y no solamente como lugar de poder que muestra un campo jurídico y político caracterizado por sus leyes escritas y por la práctica de los debates públicos en un entorno de orden que organizara el mundo humano<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Tomado del libro del Profesor Jean-Francois Balaudé. Profesor de filosofía antigua en la Universidad de Paris X Nanterre. "Les théories de la justice dans l'Antiquité".

## 2. Principios fundadores

La fuente de la democracia griega es donde se forjan los principios que hasta el día de hoy inspiran a las democracias modernas:

*La igualdad ante la ley, igualdad de derechos.* La democracia ateniense no era representativa sino directa; no se limitaba a elegir, más bien el ejercicio del poder ejercido por todos los ciudadanos. Es el principio de repartición a partes iguales del poder del pueblo que designa la ley. Sólo los que pertenecía al pueblo se beneficiaban de este derecho, salvo los esclavos incluyendo los liberados.

*La igualdad de palabra.* Cada persona tenía de derecho igual de expresarse oralmente para dirigirse a la Asamblea con un tiempo establecido, medido por un reloj de agua, de aquellas cuestiones susceptibles de ser debatidas en la Asamblea. Comprendía el derecho a proponer una ley, un Decreto, acusar a un hombre político o a un ciudadano sin embargo pedir la palabra no estaba exenta de riesgos. Todo ciudadano que hiciera una proposición podía ser perseguido judicialmente, si se consideraba que su propuesta era contraria a la ley o contraria a la Constitución y peligrosa para la democracia.

*La igualdad delante del Poder.* Todos los ciudadanos son iguales ante el poder, es una igualdad de fuerza, de poder, es decir de derecho. Es la forma de gobernar donde todos los ciudadanos tienen un derecho político igual.

*Igualdad ante el sufragio.* Este derecho incluye el derecho igual de votar. Todo ciudadano tiene el derecho de votar en las Asambleas y el deber de participar en el gobierno y acceder a las magistraturas. La carga de Magistrado se obtiene por elección, en general a mano alzada, o por tiraje a la suerte. Así tener el derecho igual a debatir, el de votar se aplica sin demora.

*Igualdad de nacimiento.* Todos los autóctonos, aquellos que son de la misma tierra, tienen derechos iguales, sin importar desigualdades a ejercer la ciudadanía, a ser juzgados por las mismas leyes y a participar en los debates y voto en las Asambleas.

*Igualdad de rango.* Todos los ciudadanos comparten una igualdad de rango, de honor, de consideración, y un derecho igual a ejercer un cargo, una magistratura.

*Derecho de indemnidad.* El pago de una indemnización compensatoria, permite a la masa del pueblo participar en los asuntos públicos.

## 3. Ser ciudadano

Existen grandes diferencias entre la democracia ateniense con la que llamamos democracia hoy día. Igualmente, entre los principios fundadores y la estructura social y política. Los griegos estaban organizados en clases sociales perfectamente diferenciadas, y para ser ciudadano se requería de unas exigencias que hoy sería detestables; Atenas con una superficie de

2.500 kilómetros, tenía una población numerosa y se componía de personas libres, extranjeros residentes y esclavos; los ciudadanos estaban agrupados en un cuerpo cívico cerrado y restringido, resaltando que la función del ciudadano griego consagraba mucho tiempo a sus deberes cívicos; eran los ciudadanos los que financiaban la ciudad y se repartían las ganancias de las ventas de lo que ella producía, la financiaban de manera que cuando obtenían recursos por venta de trigo u otros bienes, esos ingresos se repartían entre los ciudadanos y en ocasiones repartían granos gratuitamente o los vendían a precios moderados, estamos hablando del año 445 D.C.

Se observa el abismo que separa la democracia arcaica de pueblo pobre y la democracia moderna referida a sociedades ricas, dominada por una amplia clase media. Una ciudad necesita ciudadanos que le aporten su fortuna y felicidad, salven el honor del pensamiento y distingan entre el deber de los ricos de su pretendido derecho a gobernar por el sólo hecho de ser ricos. La riqueza no pasa por garantizar la independencia del ciudadano. Desde Roma se propuso fortalecer la ciudad y no buscar la felicidad de los ciudadanos. Así se mantuvo la política militarista, y los deberes del ciudadano comenzaron a ser mayores que sus derechos, y esto nos lleva a una débil conquista política.

#### 4. A quién confiar el Poder

La pregunta necesaria parece ser ¿cómo se organiza el ejercicio del poder para que se den los principios esenciales de cada ser humano, libertad, igualdad y fraternidad?; ¿A quién confiar el poder de gobernar?: a los ciudadanos que ahora somos todos y en consecuencia conformamos el pueblo; a los mejores (¿cuáles?); o a una sola persona (riesgo de no representar a su pueblo todo). La respuesta institucional a estos tres destinatarios con formas distintas de ejercer el poder sería democracia, oligarquía o *monarquía (dictadura)*. Esto nos lleva como siempre a preguntarnos ¿cuál es el mejor régimen político?

Estas preguntas comenzaron a ser discutidas en el siglo V antes de Jesucristo en Grecia por el historiador Herodoto. La obra de Grecia se fundamenta en una profunda renovación cuando se estudia el contexto económico y social, así como sus modos de vida; se han revisado por investigadores muchas ideas que se originaron en la Atenas del siglo V.

Así, los atenienses del siglo de Pericles, no conceptualizaron la economía como un sector independiente del dominio público y de la sociedad. No obstante, una cosa es incontestable: después de la guerra del Peloponeso Atenas conoció la verdadera prosperidad y era inseparable de la dinámica creada por la puesta en acción de la democracia, en plena fase de elaboración y experimentación del sentimiento compartido por la mayoría de los ciudadanos, de gozar plenamente sus derechos y deberes y participar de las riquezas y asuntos comunes.

La idea de una esfera política y jurídica autónoma tuvo lugar en el siglo VIII. Una mutación que va de la mano con la conquista de una comprensión



nueva del mundo. El primer gesto instaurador: el poder político y el judicial se rigieron por las reglas de la repartición de tareas de manera justificada, fundadas en la razón. En suma, el mundo humano debe ser organizado y concebido, ya que no en un combate divino, que sólo una relación poética puede justificar. De manera que el respeto a la justicia es la base sobre la que se edifica la democracia.

De igual manera la cultura llegó al pueblo. Ciertamente durante la edad de oro de Atenas se regodeaba de oradores, filósofos, artistas y sabios que estimulaban la vida cultural. Sin embargo, luego se asumió que, sin instrucción cívica del pueblo, sin formación intelectual y libre capacidad de juzgar por sí mismo, la democracia era un caracol vacío.

Según Platón, un régimen que da el poder a una mayoría no tiene sino dos soluciones: o retirarle el poder a la masa pobre e ignorante, o bien enriquecerlo y educarlo, que es lo que aspira una democracia moderna. Por tanto, la democracia ateniense decidió como necesario concebir una nueva forma de educación asequible al conjunto del cuerpo cívico. Por ello consideraban, que en una democracia confiar la educación a las familias, no resolvía el problema de la desigualdad, ni las diferencias de status social, la legitimidad de la igualdad reside en el poder de asumir el contenido de esta educación. El otro aspecto de la educación era la misión del teatro. La tragedia griega fue una creación artística que refleja a la distancia el mito y como se desarrollan las vicisitudes, lo que contribuía a inculcar el sentimiento de piedad, admiración y fuerza para asumir las escogencias de sus acciones, sea a costa de su vida. Era una magnífica lección para la persona.

## **5. El estatuto de la libertad**

El valor fundador y distintivo de la democracia es la libertad y la particularidad de la libertad se expresa en que nadie cuestiona que es mejor ser libre que no serlo. En el dominio político, la libertad se ubica a la vez como una característica del individuo y como un ideal del Estado. Aristóteles fue el primero en establecer que la libertad compartía el criterio de la mejor Constitución, es una especificidad del hombre y del Estado y su creación es decidida por el libre consentimiento, y existe para asegurar esa libertad.

La libertad igualmente debe su valor al lugar que ella ocupa en todo sistema ético; ella fundamenta la responsabilidad de la justicia, y es la razón de rechazar todo el mal que sea posible y todo el bien que se puede realizar. La libertad es el principio de la acción.

Para que el derecho se transforme de defensor del sistema social imperante en instrumento de la sustitución de valores y estructuras, se requiere una decisión del poder político. Así en Venezuela para resolver efectuar los cambios y a continuación realizar las reformas legales que eliminen los obstáculos y defensas establecidas por la institucionalidad jurídica existente, creando, al mismo tiempo, la nueva normatividad.

Mucho se ha escrito en cuanto al Estado como aparato de administración de la sociedad. Por ejemplo, la libertad individual como fin del Estado, el Estado como simple instrumento de la sociedad. Ahora bien, el Estado Liberal pretende la realización de dos dimensiones del bien común. De una parte, elabora un cuadro autorizando a los individuos a vivir según sus concepciones personales del bien, y a perseguir objetivos propios. Por otra parte, se esfuerza de ejecutar las condiciones de una cooperación social beneficiosa para todos. Su misión consiste entonces en conciliar las exigencias particulares y generales de los ciudadanos; cumpliéndola y sometiendo a los individuos y a las instituciones colectivas a los principios de justicia política, que son la fuente de las reglas de derecho conforme a las cuales funciona la sociedad<sup>2</sup>.

La soberanía es un instrumento de protección y no puede transformarse en instrumento de desposesión de la comunidad. El asunto de la autoridad y la libertad se desecha si la entendemos ganar seguridad entregando la soberanía. La libertad hace parte de los bienes inalienables y la soberanía no puede separarse, por eso las teorías liberales hace que se admire el “prodigio” de la ley (Rousseau) como el arte inconcebible por medio de la cual se ha podido someter a los hombres para hacerlos libres.

El poder de la ley se aplica a todos sin distinción, comprende a todos los magistrados y permite salvar la autonomía, el pueblo obedece a las leyes establecidas por el mismo. Si el poder aparenta un privilegio, no es falso decir que el espíritu republicano tiende a remplazar el poder por la autoridad, que es reconocida y respetada en función de promover el bien público, por ser de todos. De allí la libertad natural (la fuerza del individuo), más la libertad civil (marcada por la voluntad general) y la libertad moral (de obediencia a la ley prescrita en libertad)<sup>3</sup>.

Ahora bien, ante el planteamiento del análisis de la democracia y la libertad, de sus ventajas y características de vivir en ella, tenemos que contrastarlas con la realidad del continente el cual avanza en sendas de mediocridad populista, con un estatismo corrupto, perdiendo la posibilidad de dar un salto cualitativo sustancial en materia de desarrollo, calidad de vida y estabilidad democrática. La verdad es que los indicadores de compromiso por defender los principios de la libertad son escasos, posiblemente por la ausencia de vigilancia y seguimiento de las ideas y de la hegemonía cultural, lo que definitivamente inclina el curso de la evolución social sea hacia la paz y la prosperidad, o hacia la tiranía y la miseria. Hay que reconocer que la democracia y la libertad se encuentran para la gente que no tiene contenido y por eso tenemos que comprender, que los esfuerzos que tenemos que hacer no están determinados en las leyes, sino que nos corresponde hacerlos a los seres humanos todos los días<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Atila Ozer. L'ETAT. GF. Flamarión. Paris 1998. Introduccion. Pág. 28.

<sup>3</sup> Celine Spector G.F. Flamarión. Paris 1997. Introduccion. Pág. 27.

<sup>4</sup> Axel Kaiser. La Fatal ignorancia. La anorexia cultural de la derecha frente al avance ideológico progresista. Prólogo de Alejandro Chafuen. 2014. Véase presentación en Págs. 15 y 16.

## Consideraciones finales

El título de este ensayo cobra importancia ante la premisa de que “La democracia es del pueblo cuando el Estado garantiza la satisfacción de los derechos ciudadanos” por cuanto el Estado está entrelazado con su sociedad de complejas y variadas maneras y esa inserción conduce a que los rasgos de cada uno de ellos y de cada sociedad tenga un enorme influjo sobre el tipo de democracia posible a consolidarse (si se consolida), o sobre el fracaso de la democracia a largo plazo<sup>5</sup>.

El análisis que se presenta a manera de conclusión se basa en una premisa: hemos usado el planteamiento desde el poder más no hemos seguido adecuadamente sus implicaciones desde el punto de vista de la problemática de la democratización. En parte eso se debe a que manejamos conceptos (especialmente los relativos al Estado) que, en la forma en que han sido formulados en la mayor parte de la literatura contemporánea, no constituyen mucha ayuda para saber por qué no están arraigados en la ciudadanía<sup>6</sup>.

Si queremos vivir en libertad tenemos que comprender adecuadamente nuestro proceso de democratización, y deben ser revisadas las concepciones sobre el Estado, especialmente en lo referido a la dimensión legal del mismo. Resultan verificables varios contrastes entre democracias representativas y consolidadas y las formas democráticas que se inspiran en la representación política, pero en realidad tal representación se concreta en la voluntad política del elegido para ejercerla.

Desde esta perspectiva, se produce una serie de fenómenos no precisados hasta ahora, excepto en tanto desviaciones del patrón teórico en sus fundamentos que se identifican con la democracia *delegativa*, con ciudadanía de baja intensidad y es así que un Estado “democrático” combina elementos democráticos y autoritarios, imponiendo su voluntad a la sociedad que representan, por lo que terminan no representando a nadie.

La conducta social por ejemplo de Venezuela y puede de otros países con influencia del área del Caribe, para no generalizar, está determinada, hasta cierto punto por la interculturalidad, donde la lucha anticolonial es lo que determina la presencia de una relación dominante entre colonizador-colonizado, donde la historia política está aún por hacer. Si observamos los rasgos particulares de nuestra identidad, tenemos que atender que ella tiene tendencia a pasar de lo concreto a lo abstracto, somos rebeldes y luchamos contra el orden establecido.

El esclavo o el indio sin ningún bien material, estaba sometido a labores donde prevalecía la despersonalización y el desarraigo. Ese espacio de violencia los obligó a recrear retazos de sus culturas materiales y espirituales lo que produjo una identidad étnico cultural, mitad real mitad mítica; creando

---

<sup>5</sup> Guillermo O' Donnell. Estado, democratización y ciudadanía. Tema Central. Nueva Sociedad. NUSO N° 128 1993.

<sup>6</sup> Id.

espacios de resistencia que da supervivencia a la memoria. Mecanismos reales o develados sostienen la dependencia y desequilibrios que pervierten a todas las capas sociales en la sociedad caribeña actual.

Se observa cómo la presencia de la fuerza post colonial no necesariamente entendió que el caribe es diversidad y unidad. Las construcciones de identidad imaginarias, donde la subversión del orden dominante en la plantación o los límites de la encomienda, siguen presentes. Lugares ilimitados y sin centro, una imprevisibilidad permanente de la naturaleza, con prevalencia de la oralidad, la palabra y la memoria. Una biblioteca invisible donde siempre predomina la negación de la historia oficial ya que está ligada a los vencedores.

Entonces el conflicto se mantiene, encarna la resistencia, la insumisión para restaurar la comunidad y la reapropiación de la cultura, en el marco de un intenso proyecto de descolonización y de recuperación de una memoria colectiva común, frente a una historia oficial que se impregna es de las teorías propias de la época de revolución americana o francesa, donde se ignora la visión problemática de la plantación o encomienda esclavista.

De allí operó la transculturalidad, donde el proyecto de emancipación se mantiene, el mestizaje, el destino colectivo de los de abajo, la distancia entre el discurso y la realidad hace difícil que el entendimiento humano de la participación de esta cultura con la europea ya que genera el conflicto entre arraigo y desarraigo y contrasta con las perspectivas postcoloniales: como son el acá (Caribe), el allá (Europa) y el más allá (África).

Por ello la teoría socio histórica de Venezuela tiene que atender cómo el Estado de derecho monárquico tomó cuerpo y se asienta durante trescientos años; prolongándose hasta 1821 cuando cesa en sus funciones de administración de justicia y acción política la Real Audiencia de Caracas establecida en 1786.

La fidelidad a las teorías de la Revolución Francesa sobre el Estado y la compatibilidad con el nacionalismo independentista, que en su origen y sólo gracias a trabajos muy posteriores de Maurice Hauriou (1906/1929) se le asignaba al Estado la entidad moral al que se le atribuían derechos y obligaciones semejantes a aquellos que tienen las personas físicas.

El modelo de autoridad colonial, a cuyos representantes se derrotó en la independencia, no dejó de atender el modelo fundacional como copia al carbón. De allí que los venezolanos de hoy seamos socialistas democráticos leales a la "Corona" y al "Monarca de Turno". En una frase todo parece indicar que somos no monárquicos pero presidencialistas y no colonialistas pero centralistas.

Un ejemplo que da fe de los criterios expuestos son las constituciones de Venezuela<sup>7</sup>: **(i)** La Constitución de 1811 fue obra de Rosio e Isnardy (ideaario federal de los principios norteamericanos); **(ii)** Bolívar imprime su volun-

---

<sup>7</sup> Véase Las Constituciones de Venezuela (1811-1999). Rafael Arráiz Lucca. Editorial Alfa, 2012. Págs. 76 a 79.

tad en el texto de 1819 (reacciona frente al federalismo va al centralismo); **(iii)** La Constitución de 1830 trata de conciliar las dos posturas (vigencia 27 años); **(iv)** El texto de 1857 (Monagas) impone su voluntad; **(v)** 1864 triunfo federal. Federación de estados con autonomía. Elimina la pena de muerte; **(vi)** Imposición de Guzmán Blanco en Constituciones de 1874 y 1881; **(vii)** Crespo vuelve al espíritu democrático 1893; **(viii)** Las de Castro y Gómez, el poder en sus manos para conservarlo; **(ix)** Constitución de 1947 tuvo poca vigencia; **(x)** La de 1953 a la medida de Pérez Jiménez; **(xi)** 1961 no fue fruto de ANC pero estuvo acompañada de un pacto político (vigencia 38 años); **(xii)** La vigente 1999 se elaboró por una ANC (cuestionado el método de elección de sus integrantes) votada por el pueblo mediante referendo: aprobaron 71,78 %, dijeron no 28,22 %, abstención de 55,63 %. Transición realizada por un Congresoillo espurio).

De manera que la legalidad postcolonial, se instaló con una débil institucionalidad republicana que nació en la Capilla de la Universidad, en reunión de letrados. Se sufrió inmediatamente la desviación fue sustituir el concepto de ciudadano para identificarlo con el de soldado; es decir el poder en manos de quien controlara las armas, por eso el dilema en nuestra historia es vencer no convencer. Por tanto, a los autócratas del siglo XIX y XX les ha importado poco o nada el orden legal e institucional como no sea para dominarlo. La Colonia nos enseñó que la riqueza del subsuelo era del Estado: minerales conocidos, como el oro, la plata y el estaño.

El desafío se centró en liberarnos del yugo colonialista, y tomamos las ideas del momento que nunca han sido propias o al menos trabajadas con o desde la realidad social. De allí que pueda afirmarse que la esencia de nuestro Estado son las ideas liberales formadoras de la democracia, pero mantiene al Estado con la naturaleza monopólica del poder, lo que posteriormente reforzó el petróleo y empezó el ensamblaje; campesinos y obreros a las ciudades y así nos convertimos en un mercado de consumo de importaciones. Es una obligación preguntarnos qué fuerza tuvo la cultura colonial en la conformación del Estado.

La pregunta es quien detentaba la representación de la comunidad natural que era tan heterogénea en el Caribe y cuales grupos conformaban la oligarquía que los comandaba. En teoría la idea de derecho se funda en las exigencias del interés social y de la autonomía de la persona humana, pero esta postura contradice la realidad: vivir sin libertad, sin justicia, sin democracia ni política ni económica. El petróleo transformó la nación porque compró a Venezuela y provocó su más honda transformación.

Podríamos decir que la teoría socio histórica del Estado venezolano está creada a partir de una oligarquía dominante como un Estado "democrático", donde se escribe que los gobernantes estén sometidos al control popular sólo para buscar conciliar el proyecto de organización social con las aspiraciones populares, pero en realidad el poder popular está sometido a la voluntad de los gobernantes, que son quienes conocen lo que es "bueno" o "malo" para la población. Por tanto, el Estado precedió a la Nación.

Las desigualdades no paran de crecer, aun cuando América Latina trata de trabajar en conjunto, la dificultad de expresar una política regional como no sean manifestaciones diplomáticas la dificultad está en transformarla en actos. Es injusta la evidencia, que antes que las relaciones globales, queda por resolver las relaciones con la educación, la identidad cultural y étnica, el medio ambiente y la vida en sociedad. La ley ha perdido soberanía y no se presume conocida por todos.

La sociedad venezolana tiene que reconocerse como organizada en Estado, dotada en una Constitución, de leyes, de justicia, de una administración eficiente, de ministerios, de una policía, de tribunales independientes, de controles a los que debe estar atento. Esa sociedad impone sus principios morales al individuo, por lo que su comportamiento queda determinado mucho más por voluntades anónimas externas. El equilibrio a esta situación es la acción de los ciudadanos y para ello conformarla por la obediencia y por el deseo de lucha por el derecho de cada uno y de todos. Tenemos que hacer de la Constitución un texto accesible donde se identifique cada uno con los grandes valores laicos: el amor, el patriotismo, la dignidad humana y el carácter sagrado de la vida.

# MARCO JURÍDICO DEL VOTO EN EL EXTRANJERO EN VENEZUELA. PRINCIPALES DEFICIENCIAS Y DESAFÍOS EN TÉRMINOS DE DERECHOS POLÍTICOS E INTEGRIDAD ELECTORAL

Daniela Urosa Maggi\*

## Introducción

La expansión del reconocimiento y garantía del voto en el extranjero es tendencia global en los ordenamientos electorales comparados, con el fin de impulsar la universalidad del derecho al sufragio de quienes viven fuera de su país y a la vez fomentar e incrementar los niveles de participación política para afianzar los estándares democráticos, pluralismo, inclusión y legitimidad de gobiernos electos<sup>1</sup>. Sin embargo y lamentablemente, la legislación electoral venezolana no sigue esa tendencia.

Así, una de las deficiencias del sistema electoral venezolano es la ausencia de garantía del ejercicio del derecho al voto y a la participación ciudadana en asuntos públicos de los venezolanos que viven fuera del territorio nacional (en lo sucesivo, voto en el extranjero). La legislación electoral venezolana vigente es restrictiva al establecer que el sufragio y el registro electoral en el extranjero estarán reservados a los venezolanos con residencia legal permanente en el exterior. Además, es una legislación incompleta, pues no establece mínimas garantías del voto en el extranjero ni dispone expresamente en qué elecciones se puede sufragar en el exterior y, por el contrario, delega en el Consejo Nacional Electoral (CNE) la regulación del modo de ejercicio del voto y del registro electoral de la diáspora. Las normas dictadas por el CNE han sido, a su vez, restrictivas, formalistas y dispersas en actos jurídicos sublegales.

Las limitaciones del voto en el extranjero de los venezolanos no solo derivan de la precaria legislación electoral. Son múltiples los aspectos que en la práctica lo afectan. Así, tanto la inscripción como el ejercicio del voto en el extranjero se realizan de manera presencial ante las misiones diplomá-

---

\* Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello y de Boston College Law School.

<sup>1</sup> Romero Ballivian, Salvador, *Elecciones en América Latina, Tribunal Supremo Electoral (TSE)*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional), 2020, p. 40. Garcé, Adolfo. *Tendencias y razones del voto desde el exterior*, Rumbos, Montevideo, 2008, pp. 33 y ss.

ticas de Venezuela, sin embargo, el número de esas oficinas es significativamente reducido y un importante número de potenciales electores de la diáspora venezolana vive en ciudades o localidades donde no hay sedes diplomáticas o consulares. Dichas sedes diplomáticas, además, no prestan de manera permanente el servicio de registro o actualización electoral y en ocasiones exigen requisitos adicionales a los dispuestos en la legislación para ello.

La consecuencia de estas restricciones legales y operativas es la inoperancia del voto en el extranjero de los venezolanos, al punto que de los más de 7 millones de personas que integran la diáspora<sup>2</sup>, solo 108 mil están inscritos en el registro electoral en el exterior, lo que representa solo el 0,5% del registro electoral y que a pesar del dramático aumento de la diáspora venezolana en la última década, el registro en el exterior no solo no ha aumentado sino incluso ha disminuido en el mismo período de tiempo.

Para ello, en las siguientes páginas se analiza cuál es el marco jurídico del voto en el extranjero en el sistema electoral venezolano: su regulación actual en la Constitución, la ley y normas reglamentarias, a fin de determinar **(i)** en qué elecciones se aplica, **(ii)** cuáles son los electores en el extranjero con derecho a voto, **(iii)** cuál es la regulación del registro electoral y **(iv)** del acto de votación y observación electoral en el exterior, lo cual permitirá determinar cuál es su alcance y principales deficiencias de la regulación vigente. Finalmente se identifican los principales desafíos de la situación actual del voto en el extranjero, determinando los aspectos que requieren de modificación. Tanto el diagnóstico de la situación del voto extraterritorial en Venezuela como sus posibles soluciones son por demás complejos, pues en él confluyen tres regulaciones jurídicas distintas: la legislación electoral, la regulación migratoria en los países de recepción de la diáspora venezolana y la legislación de servicio exterior respecto de las representaciones diplomáticas como agentes electorales auxiliares.

### **1. Marco jurídico venezolano del voto en el extranjero**

En la actualidad, el voto en el extranjero en Venezuela tiene una regulación jurídica parcial y dispersa. Solo unas escasas normas de la Ley Orgánica de Procesos Electorales (LOPRE) y del Reglamento General de la LOPRE (RGLOPRE) regulan esta materia, dejando a la discrecionalidad normativa del CNE su ordenación en el marco de cada proceso electoral nacional que se convoque. A continuación, se señalan cuáles son esas normas e instrumentos jurídicos.

---

<sup>2</sup> De acuerdo a la data de marzo de 2023 de la Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes (R4V) <https://www.r4v.info/es/home>



## 1.1. Base constitucional y convencional del derecho al voto en Venezuela

### 1.1.1. Base constitucional

El análisis del marco jurídico del voto en el extranjero debe comenzar por las bases constitucionales del derecho al sufragio. No puede olvidarse que votar en el extranjero es genuina expresión del derecho a elegir, a pesar de la circunstancia de dónde se encuentre físicamente el elector. Por tanto, deben darse las garantías mínimas y atributos esenciales del derecho al voto cuando se sufraga en el exterior.

El derecho constitucional al voto, el cual es el derecho político por excelencia, está reconocido en el artículo 63 de la Constitución de 1999 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 la personalización del sufragio y la representación proporcional”*.

El derecho al sufragio tiene dos vertientes: el sufragio activo o derecho de todo ciudadano a elegir de forma directa, secreta y universal a quienes ejercerán el poder público y sufragio pasivo o derecho a ser electo.

La condición de elector para el ejercicio del voto también tiene rango constitucional. De acuerdo al artículo 64 de la Constitución *“Son electores o electoras todos los venezolanos y venezolanas que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política”*. En el mismo sentido, el artículo 39 dispone que:

Los venezolanos y venezolanas que no estén sujetos o sujetas a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en esta Constitución, ejercen la ciudadanía y, en consecuencia, son titulares de derechos y deberes políticos de acuerdo con esta Constitución.

Ello se complementa con el artículo 39 de la misma Constitución que determina la condición de ciudadano de los venezolanos y su titularidad de derechos y deberes políticos.

De este modo, el principio general de la Constitución venezolana es que el derecho al voto es un derecho constitucional cuyas únicas limitaciones son (i) haber cumplido dieciocho años y (ii) no estar sujeto a interdicción civil o inhabilitación política. Tales limitaciones son de *reserva constitucional*, lo que quiere decir que no puede la Ley y menos normas sublegales imponer limitaciones distintas o adicionales al ejercicio del voto. Lo único que puede hacer la Ley es establecer el modo de ejercicio de ese derecho lo que, ciertamente, puede dar lugar a condiciones circunstanciales, como puede ser estar inscrito en el registro electoral, contar con documento de identificación (cédula de identidad vigente), entre otras, siempre que, cabe destacar, esas limitaciones sean necesarias, justificadas y proporcionadas, es decir, no sean arbitrarias.

En síntesis, la Constitución venezolana no hace referencia expresa al voto de los venezolanos en el extranjero, sin embargo, dispone que el dere-

cho al voto es secreto, directo y universal para todos los venezolanos, sin más limitación que haber cumplido dieciocho años de edad y no estar sujeto a interdicción civil o inhabilitación política. Tales limitaciones son de reserva constitucional, no susceptibles de modificación legislativa.

### 1.1.2. Base convencional y estándares interamericanos

Los límites constitucionales al legislador al momento de condicionar el derecho al voto se ven complementados con las normas y estándares internacionales y regionales de garantía del sufragio en tanto derecho humano. Hay que recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y demás normas del *corpus iuris interamericano* tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, es decir, se entienden como parte integrante de la Constitución venezolana en la medida que establezcan normas más garantistas, en virtud de los artículos 19 y 23 constitucionales<sup>3</sup>.

El derecho humano al sufragio está recogido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Es piedra angular de la democracia representativa y de la soberanía popular, como establecen el artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 2 la Carta Democrática Interamericana. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha afirmado categóricamente que *“El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política”*<sup>4</sup>.

El artículo 23 de la CADH recoge el derecho al voto y establece los límites del legislador al reglamentar ese derecho:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

<sup>3</sup> El artículo 23 de la Constitución de 1999 dispone *“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”*.

<sup>4</sup> Corte IDH. La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana). Opinión Consultiva OC-28/21 de 07-06-2021. Serie A No. 28), párr. 61.

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal (subrayado añadido).

Como se explica más adelante, esas limitaciones a las que se refiere el artículo 23.2 de la CADH son de interpretación restrictiva y solo proceden cuando sean necesarias, proporcionales, no discriminatorias, razonables, útiles y oportunas, como ha puntualizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>5</sup>.

Ahora bien, en lo que se refiere al voto en el extranjero son, además, particularmente relevantes los Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de trata de persona<sup>6</sup>. El Principio 31 sobre "Participación Política" establece:

Todo migrante tiene derecho a participar en la vida civil y política de su comunidad en su Estado de origen y en la conducción de los asuntos públicos.

Este derecho comprenderá la libertad de participar en los asuntos públicos del Estado de origen y el derecho a votar y ser elegido en las elecciones de ese Estado, de conformidad con su legislación.

En síntesis, el derecho al sufragio universal, en condiciones de igualdad y secreto es un derecho humano reconocido y protegido en el SIDH que solo admite reglamentación legal por razones taxativas, siempre que éstas sean necesarias, proporcionadas, no discriminatorias, razonables, útiles y oportunas. El SIDH da especial protección al voto en el extranjero de las personas migrantes –*lato sensu*–, es decir, que integran la diáspora, derecho que debe garantizarse en igualdad de condiciones y sin discriminación<sup>7</sup>. Tales normas interamericanas tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno sobre las normas nacionales que sean más restrictivas o menos garantistas a los derechos humanos, por disposición de la propia Constitución venezolana (artículos 19 y 23).

---

<sup>5</sup> Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23-06-2005. Serie C No. 127. Par. 206.

<sup>6</sup> Principios contenidos en la Resolución 04/2019 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 07-12-2019. <https://bit.ly/45vYyeR>

<sup>7</sup> Artículo 24 CADH y Principio 12 de los Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de trata de persona.

## 1.2. Regulación legal y sublegal del voto en el extranjero en el Derecho venezolano

### 1.2.1. Regulación en la LOPRE y el RGLOPRE

Como se señaló anteriormente, las normas referentes al voto en el extranjero son bastante limitadas. De hecho, la única norma de la LOPRE en este sentido es el artículo 124, el cual establece lo siguiente:

Sólo podrán sufragar en el exterior los electores y las electoras que posean residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia fuera de Venezuela. Así mismo podrán sufragar en el exterior, los funcionarios y las funcionarias adscritos y adscritas a las embajadas, consulados y oficinas comerciales.

El Consejo Nacional Electoral determinará mediante reglamento el procedimiento para poder votar en el exterior.

De este modo el único aspecto que regula la LOPRE respecto al voto en el extranjero es qué electores pueden sufragar desde el extranjero, reservándolo a aquellos electores que posean residencia *“o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia”* fuera del territorio de Venezuela y a los funcionarios del servicio exterior.

La Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (LOSPP) de 1997 –Ley derogada por la LOPRE de 2009– establecía de manera más amplia y general el voto de los venezolanos residentes fuera de Venezuela. El artículo 99 de esa Ley establecía:

Los venezolanos residenciados en el exterior deberán actualizar su inscripción en la sede de la representación diplomática o consular con jurisdicción en el lugar de su residencia y votarán en los mismos lugares. En caso de ser necesario los funcionarios diplomáticos y consulares podrán habilitar nuevas sedes y notificarle al Consejo Nacional Electoral.

La restricción establecida en la Ley de 2009 implicó así un retroceso que como se explicará más adelante, es una violación al principio de progresividad de los derechos humanos.

Por su parte, el RGLOPRE, ratifica –e incluso limita aún más que la Ley– el requisito de residencia legal fuera de Venezuela como condición de acceso al registro electoral en el extranjero, estableciendo en sus artículos 26 y 27 lo siguiente:

Artículo 26. Las electoras o electores venezolanos que se encuentren legalmente residenciados en el extranjero podrán actualizar sus datos a través de la representación diplomática ubicada en el país de residencia. Las representaciones diplomáticas están facultadas para recibir los reclamos previstos en este Título, los cuales deberán ser remitidos a la Oficina Nacional de Registro Electoral en un plazo no mayor de 15 días hábiles.

Artículo 27. La Oficina Nacional de Registro Electoral designará como Agente de Inscripción y Actualización a la funcionaria o el funcionario de mayor jerarquía de la representación diplomática correspondiente, quien a su vez, podrá hacerse asistir, para el cumplimiento de sus funciones, por miembros del per-

sonal a su cargo, manteniendo la dirección, supervisión y responsabilidad del proceso de inscripción y actualización.

La letra del RGLOPRE es aún más restrictiva que la de la LOPRE al disponer que los electores “*que se encuentren legalmente residenciados en el extranjero*” podrán actualizar sus datos en el registro electoral en el exterior, el cual es ejercido por las representaciones diplomáticas, mediante el funcionario de mayor jerarquía. Asimismo, la norma reitera el principio de presencialidad del registro electoral, cuya interpretación restrictiva implicaría que los trámites de inscripción y actualización del registro deben necesariamente hacerse en forma presencial ante la representación diplomática del país de residencia.

### 1.2.2. Regulación mediante actos singulares del CNE

La dispersa regulación del voto en el extranjero en Venezuela abarca diversos instructivos, resoluciones y circulares dictadas por el CNE en cada elección presidencial o de referendo nacional. A continuación, se realiza una síntesis de las resoluciones, circulares e instructivos referidos al voto en el extranjero dictados con ocasión de cada proceso en el que se ha admitido voto en el extranjero desde la vigencia de la LOPRE:

**a. Enmienda constitucional 2009:** el CNE dictó instructivos para el funcionamiento de la mesa electoral en representaciones diplomáticas con más de diez electores y con menos de diez electores. Para ese entonces aún estaba vigente la LOSPP y no se exigía residencia legal para inscribirse ni para votar, señalando en ese sentido que:

Las venezolanas o venezolanos mayores de dieciocho (18) años de edad, residenciados en el exterior, inscritas o inscritos en el Registro Electoral, que aparezcan en el Cuaderno de Votación de la Representación Diplomática o Consular, podrán votar en el Referendo Aprobatorio de la Enmienda Constitucional<sup>8</sup>.

**b. Elección presidencial 2012:** para esta elección el CNE dictó la Circular N° 2 sobre voto en el exterior estableciendo, de manera similar, el horario del acto de votación y el modelo de credencial de testigos en el exterior. Asimismo, se dictaron dos instructivos para la coordinación del acto de votación en representaciones diplomáticas o consulares con más de diez electores y con menos de diez electores. Tales instructivos regulan instalación, constitución, votación y funcionamiento de la mesa electoral, así como acto de escrutinio y resguardo de boletas<sup>9</sup>.

**c. Elección presidencial 2013:** en esta elección se dictó la Circular N° 2 sin fecha sobre voto en el exterior, regulando (i) los horarios para el inicio y cierre del acto de votación de acuerdo a la hora local donde se encuentre la

---

<sup>8</sup> El mismo Instructivo establecía que “*Los procesos electorales o referendarios, de ámbito nacional, a llevarse a cabo fuera de las fronteras de la República Bolivariana de Venezuela estarán determinados por la cantidad de electoras o electores que estén inscritos en el Registro Electoral contenido en el o los Cuadernos de Votación de la Representación Diplomática o Consular*”. <https://bit.ly/42aBPIv>

<sup>9</sup> <https://bit.ly/3WD7Od2>

representación diplomática, **(ii)** que el escrutinio de los votos en el exterior “será efectuado una vez se haya emitido el primer boletín oficial por el CNE...” para “garantizar” la prohibición de difusión de resultados sin la previa autorización expresa para ello, y **(iii)** el modelo de credencial de testigo en el exterior<sup>10</sup>.

En ese proceso electoral se dictaron además tres instructivos: **(i)** Instructivo de voto en el exterior para el Consulado de Venezuela en la ciudad de New Orleans, EUA, determinando la organización del centro de votación y mesas electorales. **(ii)** Instructivo para la Coordinación del Acto de Votación en Representaciones Diplomáticas o Consulares con más de diez electoras o electores **(iii)** e Instructivo para la Coordinación del Acto de Votación en Representaciones Diplomáticas o Consulares con menos de diez electoras o electores.

En ese instructivo para elecciones con más de 10 electores se establecieron, entre otras reglas las siguientes<sup>11</sup>: **(i) Régimen de testigos electorales**: Tramitación de credenciales de testigos por parte de las organizaciones con fines políticos y candidatos postulados. Garantía de acceso a testigos debidamente acreditados y límites en el número de testigos por organización política; **(ii) Constitución y funcionamiento de la mesa electoral**: El funcionario de mayor jerarquía en la misión diplomática o consular será el presidente de la mesa electoral, quien designa y acredita un secretario y dos miembros principales entre los funcionarios activos de la misma misión diplomática o consular. Si no hubiera funcionarios suficientes para ello, se escogerán los miembros de mesa mediante sorteo entre los electores que votan en dicha sede.

**d. Elección presidencial de 2018**: en esa ocasión se dictaron las Circulares N° 5 y 6 de 15 de mayo de 2018 de la Junta Nacional Electoral, estableciendo el horario de la votación en el exterior, momento de inicio del escrutinio de los votos y la acreditación de testigos electorales en el exterior<sup>12</sup>.

### **1.3. Recapitulación. Principales aspectos de la regulación del voto en el extranjero en Venezuela**

La regulación del voto en el extranjero en Venezuela recogida en las dispersas normas legales, reglamentarias y en actos singulares del CNE antes referidos puede sintetizarse de la manera siguiente:

#### **1.3.1. Electores en el extranjero con derecho a voto**

El voto en el extranjero está restringido a aquellos electores que tengan residencia legal y permanente en el exterior. El artículo 124 de la LOPRE podría dar lugar a dudas de interpretación o interpretación extensiva y en-

<sup>10</sup> Todos los documentos relativos a voto en el exterior de dicha elección en <https://bit.ly/43eDwjB>

<sup>11</sup> <https://bit.ly/43eDpUN>

<sup>12</sup> <https://bit.ly/3C3zTAK> y <https://bit.ly/42fLreW>

tender que cuando la Ley se refiere a los electores “*que posean residencia o cualquier otro régimen que denote legalidad de permanencia fuera de Venezuela*” se refiere a prueba de residencia *permanente* –no necesariamente legal– en el exterior, de manera que solo pueda votar afuera el que viva permanentemente en el exterior y no el elector que esté transitoriamente o de viaje; sin embargo, el RGLOPRE despeja la duda de interpretación de la Ley y es aún más restrictivo: solo los electores venezolanos “*que se encuentren legalmente residenciados en el extranjero*” podrán actualizar sus datos a través de la representación diplomática ubicada en el país de residencia y por ende solo éstos podrán votar.

### **1.3.2. Elecciones en las que puede votarse desde el extranjero**

El voto en el extranjero se limita a elecciones presidenciales y a procesos comiciales de referendo de alcance nacional. Se trata de una práctica del CNE más que de una disposición legal. En otras palabras, ninguna norma legal o reglamentaria establece esa exigencia, sin embargo, en la práctica, el CNE solo ha organizado voto en el extranjero en las elecciones presidenciales de 2012, 2013 y 2018 y en el proceso comicial de aprobación de la enmienda constitucional de 2009 y referendo de reforma constitucional de 2007, ambos procesos, cabe destacar, bajo la vigencia de la LOSPP que, como se dijo, era más garantista.

A diferencia de otros países, no se admite el voto en el extranjero en elecciones parlamentarias nacionales, en la medida en que es incompatible con la estructura constitucional de la Asamblea Nacional y con el modelo de sistema electoral establecido en la Ley para elegir diputados por voto nominal y por lista. Así, de acuerdo con el artículo 10 de la LOPRE, en cada estado y en el Distrito Capital, se elegirán tres diputados a la Asamblea Nacional (nominales) más un número de diputados “*igual al resultado de dividir el número de su población entre una base de población igual al uno como uno por ciento (1,1%) de la población total del país*” (diputados lista). Asimismo, de acuerdo al artículo 11 de la misma Ley, para esa elección:

...se considera como población de la República Bolivariana de Venezuela y de sus diversas circunscripciones electorales, las que indique el último censo nacional de población con las variaciones estimadas oficialmente por los organismos competentes, una vez aprobado por la Asamblea Nacional.

En otras palabras, las circunscripciones electorales son territoriales, por estado y Distrito Capital, y por ende solo pueden votar los electores inscritos en cada una de ellas. Por ende, no es compatible el voto desde el extranjero con el modelo actual de elección parlamentaria.

Sin embargo, la doctrina ha opinado que el voto en el extranjero debería abarcar las elecciones parlamentarias nacionales, a fin de que los venezolanos en el extranjero estén representados en el Parlamento<sup>13</sup>, lo que requeri-

<sup>13</sup> Duque Corredor, Román, *Diáspora venezolana y el derecho al voto en desde el exterior*, Fundación Alberto Adriani, Caracas, 2020, p. 69.

ría de una reforma de su estructura constitucional y del sistema electoral aplicable a la elección de la Asamblea Nacional previsto en la LOPRE.

### **1.3.3. Registro electoral en el extranjero**

El Registro electoral de los electores venezolanos en el extranjero está restringido a los electores *“que se encuentren legalmente residenciados en el extranjero”*, quienes deberán presentar no sólo su cédula de identidad venezolana –único requisito de registro para quienes residen en el territorio nacional– sino además documento de residencia legal en el país de destino y en muchos casos, como se explica más adelante, se exige también presentar pasaporte venezolano vigente, partida de nacimiento e incluso registro consular.

Como se señalaba anteriormente, según una interpretación estricta el Registro Electoral en el exterior debería hacerse de manera presencial, solo *“a través de la representación diplomática ubicada en el país de residencia”* (artículo 26 RGLOPRE). El funcionario de mayor jerarquía de la representación diplomática correspondiente actuará como Agente de Inscripción y Actualización. Sin embargo, la interpretación extensiva y a favor del sufragio debería permitir el registro o actualización telemática o por medios automatizados, lo que es acorde a la LOPRE, como más adelante se explica.

Es importante aclarar que el requisito de residencia legal, más allá de su arbitrariedad, debe interpretarse en el contexto del país receptor en el cual se encuentre el votante, y de acuerdo con las categorías que aplique, incluso, más allá de la residencia temporal y permanente, como es el caso de los mecanismos de protección principal (refugiado, asilo) o complementaria, incluyendo medidas temporales de residencia, pues todas ellas otorgan, en sentido amplio, estatus legal.

### **1.3.4. Fases del proceso electoral en el extranjero**

El CNE regula las fases del proceso electoral en el extranjero (constitución e instalación de mesas electorales, testigos electorales, acto de votación, escrutinio y totalización); el criterio ha sido el número de electores inscritos en la representación diplomática o consular, según haya menos de 10 o más de 10 electores inscritos. En este último caso, se siguen, en principio, las reglas generales de constitución y funcionamiento de las mesas electorales teniendo al funcionario de mayor jerarquía de la sede diplomática como presidente de mesa. Asimismo, si hay más de 10 electores inscritos, se admite la presencia de testigos electorales debidamente acreditados y en número limitado por organización política.

Especial mención merece el escrutinio o conteo de votos en el exterior. Como antes se señaló, el CNE ha ordenado mediante circular que el acto de escrutinio en el extranjero solo se iniciará *“una vez que se haya emitido el Primer Boletín Oficial por el CNE”* como consecuencia de la *“prohibición de*



*difusión de resultados sin la previa autorización expresa*<sup>14</sup>. Esa instrucción atenta contra los principios de efectividad y transparencia del proceso electoral, pues en la práctica implica que el escrutinio con horas o incluso días de retardo luego de que finaliza el acto de votación. No hay motivación legal alguna que justifique esa orden.

### **1.3.5. Carácter manual del voto en el extranjero**

El sistema de votación en el extranjero es totalmente manual, a pesar de que la regla del proceso electoral venezolano es el voto automatizado. Ello implica que el acto de votación y el escrutinio de los votos sea mucho más lento y necesite la presencia física. En el caso de centros de menos de 10 electores, se requiere del traslado físico de las boletas desde el exterior a la sede del CNE como prueba de los votos emitidos; si se trata de centros de votación con más de 10 electores, se transmite por fax el acta de escrutinio y se resguardan las boletas en la sede diplomática, lo que dificulta potenciales impugnaciones electorales.

### **1.3.6. Observación electoral en el extranjero**

No se establece ninguna disposición en la Ley o en el Reglamento ni en alguna instrucción del CNE respecto de la observación electoral ni mecanismos de colaboración institucional con el país de residencia donde se realizará la votación en el extranjero.

## **2. Principales limitaciones y deficiencias del régimen jurídico venezolano del voto en el extranjero**

El marco jurídico vigente del voto en el extranjero en Venezuela es restrictivo, incompleto y poco transparente. Así, es restrictivo porque limita arbitrariamente el ejercicio del derecho fundamental al voto de los electores venezolanos fuera del territorio nacional; es incompleto y carente de certeza jurídica porque no existe una regulación legal suficiente que establezca con claridad todos los aspectos fundamentales del voto en el exterior, por el contrario, la LOPRE y el RGLOPRE solo se refieren al requisito de residencia legal como condición de registro electoral y de voto en el extranjero, generando dudas acerca de aspectos fundamentales como en cuáles elecciones puede votarse desde el extranjero.

Además, es poco transparente y contrario al principio de reserva legal, en la medida en que la Ley delega en el CNE la regulación del voto en el extranjero, a pesar de tratarse del ejercicio de un derecho fundamental y por ende debería establecerse por Ley. Ese árbitro electoral ha optado por normar el voto en el extranjero mediante instructivos y circulares dictadas con motivo de cada evento electoral, muchos de los cuales no se publican siquiera en Gaceta Oficial. Esa regulación singular para cada elección permite

---

<sup>14</sup> <https://bit.ly/3C3zTAK>

al CNE moldear reglas electorales con criterios de conveniencia política, en clara afectación de la integridad electoral.

De estas críticas generales pueden así sintetizarse las siguientes limitaciones:

**2.1. El requisito de residencia legal para inscribirse en el registro electoral y para votar en el extranjero es arbitrario porque es desproporcionado, innecesario y no razonable y, por ende, viola el derecho fundamental al voto**

Como antes se explicó, el principio general de la Constitución venezolana es que el voto es un derecho fundamental de todos los venezolanos cuyas únicas limitaciones son (i) haber cumplido dieciocho años y (ii) no estar sujeto a interdicción civil o inhabilitación política declarada por sentencia firme. Tales limitaciones son de reserva constitucional, lo que quiere decir que no puede la Ley y menos normas sublegales imponer restricciones distintas o adicionales al ejercicio del voto. Lo único que puede hacer la Ley es establecer el modo de ejercicio de ese derecho lo que, ciertamente, puede dar lugar a condiciones circunstanciales, como puede ser estar inscrito en el registro electoral, contar con documento de identificación (cédula de identidad vigente), entre otras, siempre que, cabe destacar, esas condiciones sean necesarias, justificadas y proporcionadas, es decir, no sean arbitrarias. En consecuencia, ese requisito de residencia legal es contrario a la Constitución venezolana.

Pero además, el requisito de residencia legal viola las normas interamericanas, porque no cumple las condiciones que dispone el artículo 23.2 de la CADH respecto de los límites al legislador al reglamentar el derecho al voto: *"2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal"*.

Al analizar esta disposición (artículo 23.2 de la CADH), la Corte IDH ha señalado que *solo por ley* pueden limitarse los derechos políticos, siempre que se trate de reglamentaciones *necesarias, proporcionales, no discriminatorias, razonables, útiles y oportunas*. De lo contrario, la limitación es violatoria de los derechos humanos<sup>15</sup>. Esa exigencia que impone la CADH tiene, en criterio de la misma Corte IDH una clara finalidad: *"que la limitación de los derechos políticos no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de proteger que la oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas"*<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23-06-2005. Serie C No. 127. Par. 206.

<sup>16</sup> Corte IDH. La figura de la reelección presidencial indefinida..., cit..

La inclusión del término “residencia” en el artículo 23.2 CADH no puede llevar a argumentar que el voto de los venezolanos en el extranjero puede ser restringido a quienes tengan residencia legal en el país de destino. Por el contrario, se refiere a la residencia de los ciudadanos dentro del territorio nacional, lo que determinará en qué circunscripción electoral votarán y en qué circuito legislativo, municipio o estado les corresponde sufragar. En otros términos, la residencia lo que hace es determinar el lugar en el que le corresponde votar en elecciones parlamentarias, estatales y municipales, no así si pueden o no hacerlo. La Corte IDH se ha referido al alcance de residencia en el marco del artículo 23.2 CADH como “*ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho*” recordando que estos límites pueden establecerse siempre que no sean desproporcionados o irrazonables<sup>17</sup>.

Como antes se señaló, las disposiciones de la CADH tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en atención al artículo 23 de la Constitución. Por ende deben ser respetadas y aplicadas directamente por todos los órganos del Poder Público. Asimismo, y de acuerdo al artículo 2 de la CADH y la aplicación del control de convencionalidad, el Estado está en la obligación de adoptar o modificar las disposiciones legales que sean necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos humanos.

El requisito de residencia legal en el país de destino de los venezolanos que viven en el extranjero para inscribirse en el registro y para ejercer el derecho al voto es un requisito arbitrario, innecesario y desproporcionado. Así, el derecho al sufragio en el exterior se ejerce en el marco de los derechos de los venezolanos frente a su propio Estado, Venezuela, y no frente al país en el que viven. Por tanto, ninguna relevancia tiene el estatus legal de un venezolano en su país de residencia frente al ejercicio de sus derechos respecto de su país de origen, pues la residencia es algo que solo atañe a la esfera jurídica del sujeto ante al país receptor. Asimismo, para el proceso electoral ninguna relevancia o incidencia tiene que la persona sea o no residente legal en otro país. Distinto es el caso antes señalado en el que, dentro del territorio nacional, la residencia es relevante a fin de determinar si la persona votará en un municipio, estado, o circunscripción electoral específica, pues allí la ubicación de sus intereses es relevante o bien si al extranjero residente dentro de Venezuela se le da o no derecho al voto. Si se revisa el Derecho Electoral comparado se advierte que Venezuela y Myanmar son los únicos países a nivel global que exigen residencia legal para el registro y el ejercicio del voto en el extranjero<sup>18</sup>.

De acuerdo con los principios generalmente admitidos del Derecho Migratorio, es razonable excluir del voto en el extranjero al migrante de estan-

<sup>17</sup> Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 06-08-2008. Serie C No. 184. Párr. 155 y Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20-11-2014. Serie C No. 288.

<sup>18</sup> En Myanmar, sin embargo, durante las elecciones generales de 2020 el requisito de residencia legal para votantes en el extranjero fue atemperado, según datos del Centro Carter. <https://bit.ly/3oKMGF3>

cias cortas, usualmente 90 días o menos, y que se trasladan por razones específicas, como de ocio, trabajo o médicas. Sin embargo, todo migrante que permanezca por estancias mayores, incluso temporales, debe entenderse residiendo en el extranjero y, por ende, con derecho al voto. Es la residencia –temporal o permanente– el criterio que debería contar a efectos del voto en el extranjero.

El 124 de la LOPRE debe interpretarse en este sentido, cuando alude a la permanencia en el extranjero, que puede ser una permanencia por tiempo determinado. El principal problema deriva del RGLOPRE, que fue mucho más específico y restrictivo al señalar que los *“electores venezolanos que se encuentren legalmente residiendo en el extranjero podrán actualizar sus datos a través de la representación diplomática ubicada en el país de residencia...”*. Puede por ende afirmarse que dicha norma del Reglamento es contraria a la Ley y la Constitución.

El concepto de residencia legal, en el contexto del Derecho Migratorio, alude a la migración que se ha realizado de conformidad con los requisitos de permanencia del Estado receptor, más allá de las condiciones de acceso. Eventualmente la legalidad debe ser acreditada a través del correspondiente documento. Ahora bien, la legalidad de la migración nada dice sobre el estatus del migrante. Así, la migración puede ser legal no solo mediante visas y permisos migratorios, sino a través de mecanismos de protección directos (refugiado y asilo), mecanismos de protección complementaria o permisos temporales de protección. Esto puede abarcar la categoría de migrantes con derecho a votar pero, incluso así, el requisito de la legalidad de la residencia resulta claramente arbitrario, en especial, si se toma en cuenta la especial naturaleza de la diáspora venezolana y las condiciones de emergencia humanitaria compleja en Venezuela.

## **2.2. El requisito de residencia legal para inscribirse en el registro electoral y para votar en el extranjero discrimina a los electores venezolanos de la diáspora y es una desmejora en la protección de sus derechos humanos**

La exigencia de residencia legal y permanente –interpretada de manera restrictiva, como lo ha hecho el CNE– viola el derecho al voto y a la participación política de los electores de la diáspora venezolana, derechos expresamente reconocidos a los migrantes en los Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de trata de persona.

La exigencia de un requisito adicional arbitrario y desproporcionado como es la residencia legal en el país receptor constituye un trato discriminatorio de los electores venezolanos en el extranjero respecto de los que residen dentro de Venezuela, contrario al derecho a la igualdad y no discriminación recogido en el artículo 61 de la Constitución venezolana, 24 de la CADH y Principio 12 de los Principios Interamericanos sobre los derechos

humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de trata de persona.

Además, la exigencia de que solo pueden inscribirse en el registro electoral y sufragar los electores venezolanos que tienen residencia legal fuera de Venezuela viola el principio de progresividad de los derechos fundamentales, según el cual las normas que regulan el ejercicio de los derechos humanos deben respetar los estándares de protección existentes o bien mejorarlos, pero nunca pueden significar una regresión o restricción mayor a la existente.

En efecto, bajo la vigencia de la LOSPP de 1997 se establecía de forma amplia y general el voto de los venezolanos residentes fuera de Venezuela:

Los venezolanos residenciados en el exterior deberán actualizar su inscripción en la sede de la representación diplomática o consular con jurisdicción en el lugar de su residencia y votarán en los mismos lugares. En caso de ser necesario los funcionarios diplomáticos y consulares podrán habilitar nuevas sedes y notificarle al Consejo Nacional Electoral.

Por ende, las limitaciones posteriores referidas a la residencia legal en el país de destino implican una clara regresión del estándar de protección de ese derecho político.

En síntesis, la exigencia de la LOPRE y del RGLOPRE de que solo pueden inscribirse en el registro electoral y sufragar en el extranjero los electores que tienen residencia legal fuera de Venezuela, es contraria a la Constitución, a la CADH y estándares interamericanos, porque viola el derecho al sufragio, a la igualdad y no discriminación y el principio de progresividad de los derechos humanos, en la medida en que impone un requisito arbitrario, innecesario y desproporcionado que impide el ejercicio del derecho al voto.

### **2.3. La regulación sublegal viola la reserva legal y permite al CNE cambiar las reglas del voto en el exterior en cada proceso electoral**

Una de las condiciones de integridad electoral peor evaluadas en las últimas elecciones de Venezuela (elecciones presidenciales de 2018 y elecciones regionales 2021) ha sido las Leyes electorales<sup>19</sup>. Y es que una de las debilidades de la legislación electoral venezolana es que la Ley delega en el CNE la regulación de muchos aspectos esenciales del proceso electoral.

El principio de reserva legal implica que ciertas materias de especial relevancia, como es el ejercicio de derechos fundamentales, solo pueden estar reguladas por una norma de rango legal y el reglamento servirá únicamente para dar operatividad a la ley sin modificar su contenido. Ese principio brinda estabilidad y certeza a las normas electorales y, además, asegura la debida separación entre la función legislativa –a cargo del Poder Legislativo–

---

<sup>19</sup> Pippa, Norris y Grömping, Max, *Electoral Integrity Worldwide, The Electoral Integrity Project*, Mayo de 2019, p. 15.

y la función de árbitro electoral reservada a los órganos de gestión electoral, como el CNE.

De acuerdo con ese principio, solo la Asamblea Nacional puede legislar en materia electoral, con lo cual la potestad normativa del CNE debe respetar el contenido, espíritu, propósito y razón de la Ley electoral y no sustituirla ni modificarla. En otras palabras: la potestad normativa del CNE es una potestad reglamentaria, que no puede derogar o modificar la LOPRE y además no puede limitar derechos fundamentales, porque ello es materia de la reserva legal.

Ese principio de legalidad evita además que el árbitro electoral cambie las reglas electorales de forma sobrevenida y dicte normas singulares en cada elección con criterios políticos y evita la proliferación desordenada de normas que agravan la incertidumbre y la desconfianza en las elecciones.

La regulación mayoritariamente sublegal del voto en el extranjero en Venezuela mediante reglamento y mediante actos singulares del CNE en cada elección viola entonces la reserva legal lesionando el ejercicio del derecho fundamental al voto y fijando reglas dispersas en cada elección, que pueden cambiar según los intereses políticos en juego.

De ese modo, es necesaria la delimitación de la potestad normativa del CNE y la reducción de la amplia discrecionalidad con la que éste ha contactado hasta ahora a fin de regular el voto en el extranjero de manera que la complementación reglamentaria se limite a determinados y puntuales aspectos para su ejecución. Ello redundará en la existencia de reglas electorales claras, dando transparencia al proceso y confianza al ejercicio del voto.

#### **2.4. La regulación del voto en el extranjero es incompleta y dispersa. Viola la seguridad jurídica y el principio de transparencia**

El voto en el extranjero en Venezuela está regulado en normas jurídicas dispersas, algunas de rango legal, otras reglamentarias y en actos singulares del CNE dictados con ocasión de cada proceso electoral. Esa dispersa regulación es además incompleta, en tanto no se regulan aspectos esenciales como por ejemplo en qué elecciones puede votarse desde el extranjero, cómo ha de ser la observación electoral en el extranjero, cómo operativizar el voto automatizado en el extranjero –lo que es principio general del proceso electoral venezolano–, normas especiales de campaña electoral, régimen sancionatorio y posible cooperación institucional con el país receptor durante la votación.

Esa regulación dispersa e incompleta viola el principio de certeza y de transparencia de las reglas electorales, estándar fundamental de integridad electoral, lo que dificulta determinar cuáles son las normas aplicables al voto en el extranjero en Venezuela. Además, viola el principio de seguridad jurídica porque tratándose de normas sublegales y contenidas en circulares e instructivos del CNE pueden ser cambiadas en cualquier momento sin mayor seguridad para el elector.

Es necesario, en consecuencia modificar la legislación de voto en el exterior en Venezuela, estableciendo expresamente en la Ley las garantías de ese derecho y las normas fundamentales del registro electoral y de todas las fases del proceso electoral en el exterior, dejando al reglamento solo específicas regulaciones operativas.

## **Conclusiones**

El régimen actual de voto en el extranjero en Venezuela presenta restricciones jurídicas y operativas que han llevado a que en la práctica sea muy difícil el ejercicio del derecho al voto de los venezolanos de la diáspora, tanto así que los votantes en el extranjero solo representan el 0,51% del registro electoral, a pesar de que la diáspora la integran más de 7 millones de venezolanos y potencialmente podría significar más de un 14% del registro electoral. Ello es consecuencia de una regulación jurídica restrictiva, contraria a las bases constitucionales y estándares interamericanos del derecho al sufragio, una compleja situación migratoria en el marco de la emergencia humanitaria venezolana, una aplicación restrictiva de los requisitos para votar en el exterior por parte del CNE y a una práctica administrativa de registro electoral irregular e ineficaz a través del servicio exterior que no da al voto en el extranjero las mismas garantías del voto dentro del territorio nacional.

En cuanto a la regulación jurídica, la principal restricción se refiere a la exigencia de residencia legal y permanente en el país receptor tanto para la inscripción en el registro electoral como para ejercer el derecho al voto en el extranjero. Esa exigencia es desproporcionada, injustificada y por tanto arbitraria, pues para participar políticamente en el país de ciudadanía de origen (Venezuela) ninguna relevancia tiene el estatus legal en el país receptor del elector venezolano. El marco jurídico del voto en el extranjero es además disperso, incompleto, contrario al principio de reserva legal, seguridad jurídica y transparencia.

Ese requisito de residencia legal debe, en todo caso y mientras no se modifique la legislación electoral, ser interpretado de manera extensiva y favorable al ejercicio del derecho al voto. Por tanto, por residencia legal debe entenderse la situación del migrante que cumple con los requisitos de permanencia del Estado receptor, más allá de las condiciones de acceso a ese país. Con lo cual, la residencia legal no solo alude a la situación en la cual el migrante accede y permanece con base en una autorización (visa o permiso), sino también a la situación del migrante que es considerada legal en el Estado de recepción, más allá de la visa o permiso. Aquí se incluyen las situaciones que derivan de mecanismos directos de protección (refugiados y asilo), así como los mecanismos complementarios de protección (como permisos especiales y temporales de residencia, como por ejemplo ha sucedido en Colombia y EEUU). Por lo anterior, también se comprenden en la definición de residencia legal a quienes son beneficiados de procesos de regularización, muy comunes en el continente americano. Esa interpretación extensiva debe también referirse al modo de acreditación de tal estatus a

los fines del registro electoral, prueba que no necesariamente se logrará mediante documentos formales como lo sería, por ejemplo, una tarjeta de residencia.

Es necesario modificar el régimen jurídico actual del voto extraterritorial en Venezuela, estableciendo un marco legal que dé al voto en el extranjero las mismas garantías del voto dentro del territorio venezolano: quiénes pueden votar, en qué elecciones se puede votar, cómo debe ser el registro electoral, cómo debe ser el acto de votación y escrutinio, cómo fijar los centros de votación, cómo puede ser la participación ciudadana durante la elección, la observación electoral y posibles acuerdos institucionales con el país receptor. Para ello ha de revisarse el Derecho comparado y las buenas prácticas de voto en el extranjero en países con similares circunstancias, en particular en términos de diáspora y transición a la democracia, lo que ayudará a definir y diseñar un modelo de voto extraterritorial en Venezuela.



## 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.



# INFORME DE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA (2021-2022)

Jaiber Núñez\*, Vanessa Marcano<sup>Δ</sup> y Fátima Camirra<sup>β</sup>

## Introducción

El devenir del conflicto sociopolítico ha tenido importantes repercusiones en el panorama institucional venezolano, siendo la proliferación de instituciones paralelas al parlamento legítimo una de las características más singulares y difíciles de solventar.

Esta situación se planteó con especial énfasis en el mundo parlamentario venezolano a causa de la imposición de una supuesta ANC, y durante el periodo 2021-2022, el cual comprende a los años en los que tanto la Asamblea Nacional electa en 2015<sup>1</sup>, como la Asamblea Nacional electa en 2020<sup>2</sup>, se disputan la legitimidad de origen y de ejercicio de la función parlamentaria de acuerdo con lo establecido en la Constitución.

En tal sentido, el presente informe tiene como propósito dar una visión general de lo que ha sido la evolución de la institución parlamentaria durante el periodo 2021-2022, partiendo del reconocimiento a una situación inédita y desafiante para el objetivo de reinstitucionalizar el país, sin pretender dar una respuesta definitiva y excluyente sobre un aspecto del conflicto en pleno desarrollo.

Para ello, se propone partir de un breve análisis introductorio sobre la dimensión institucional del conflicto sociopolítico venezolano, para luego analizar lo que ha sido la actividad parlamentaria en el país durante el periodo de estudio y finalmente alcanzar conclusiones y recomendaciones aplicables a futuro.

---

\* Abogado *Summa Cum Laude* (UCAB, 2015). Profesor de Pregrado y Postgrado en la Facultad de Derecho de la UCAB. Investigador adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCAB. Editor de la Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB.

<sup>Δ</sup> Abogada (UCAB). Auxiliar de Investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Asistente de Edición de la Revista de la Facultad de Derecho. UCAB.

<sup>β</sup> Abogada (UCV, 2018). Especialista en Derecho Penal.

<sup>1</sup> CNE. Resultados de Elecciones Parlamentarias 2015. Disponible en: <https://bit.ly/3IKIEVm>

<sup>2</sup> CNE. Resultados de Elecciones Parlamentarias 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3OPpWi2>

## 1. Consideraciones generales en relación con la dimensión institucional del conflicto sociopolítico venezolano

La sociedad venezolana lleva décadas inmersa en un escenario de conflicto multidimensional, que involucra a actores de diversa índole y naturaleza, los cuales se disputan el control y ejercicio del poder político, a través de diferentes escenarios de lucha, siendo uno de los principales el campo institucional.

En este orden de ideas, se observa con claridad cómo la polarización<sup>3</sup> adquirió nuevas dimensiones, logrando trasladar y reproducir una visión sesgada de la realidad a través de una narrativa excluyente, que negaba el reconocimiento político y ciudadano al adversario, así como cualquier posibilidad de diálogo y entendimiento entre los diferentes sectores del país.

En tal sentido, cabe resaltar que ante la pretensión de implantar una visión política hegemónica del país<sup>4</sup>, se gestó dentro de la sociedad venezolana un movimiento político y social en respuesta, manifestando una feroz resistencia política a diversas iniciativas gubernamentales percibidas por amplios sectores de la sociedad venezolana como una amenaza directa a sus derechos y libertades cívicas.

En este marco, se produjo el resultado de las elecciones parlamentarias de 2015, en las que la oposición política organizada en torno a la Mesa de la Unidad Democrática (MUD) obtuvo una amplia mayoría de las dos terceras partes del parlamento, lo cual supuso un escenario inédito en la historia política reciente, en donde sería indispensable el diálogo y entendimiento entre los actores del gobierno y la oposición política, para avanzar en la búsqueda de soluciones viables para resolver los múltiples problemas que afectan al país.

No obstante lo anterior, lo que se produjo fue un recrudescimiento del conflicto sociopolítico trasladado a nivel institucional, y a través de una serie de sentencias arbitrarias del Tribunal Supremo de Justicia<sup>5</sup>, junto con la convocatoria y posterior instalación de una supuesta Asamblea Nacional Constituyente<sup>6</sup>, se terminó por desconocer en la práctica las atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional electa en 2015.

Ahora bien, un punto de inflexión dentro de este convulso ciclo político fue el controvertido llamado a elecciones parlamentarias a finales de 2020, desarrolladas en el marco de la emergencia sanitaria mundial provocada a raíz de la pandemia de COVID-19, las cuales fueron desconocidas por los

---

<sup>3</sup> Kitzberger, Philip. *Polarización, prensa y libertad de expresión en Venezuela*. Caracas. Disponible en: <https://bit.ly/3C7R8kt>

<sup>4</sup> Márquez, Martha. *Historia, nación y hegemonía. La Revolución Bolivariana en Venezuela*. Caracas. Disponible en: <https://bit.ly/3qbKarM>

<sup>5</sup> Casal, Jesús María. *Asamblea Nacional. Contribuciones democráticas y obstáculos institucionales a la reinstitucionalización*. Caracas. 2021.

<sup>6</sup> BBC Mundo. *El presidente Nicolás Maduro convoca a una Asamblea Nacional Constituyente en Venezuela*. 01-05-2017. Disponible en: <https://bit.ly/3IPvzIW>

factores políticos mayoritarios dentro de la Asamblea Nacional electa en 2015 y por amplios sectores del país<sup>7</sup>.

Dicho desconocimiento derivó en el enfrentamiento directo<sup>8</sup> entre los representantes de la Asamblea Nacional electos en 2015, frente a los partidarios de la Asamblea Nacional elegidos en 2020, situación que se mantiene hasta la fecha de elaboración del presente informe.

En este sentido, es necesario destacar cómo este escenario de permanente conflicto institucional motivó la atención y seguimiento por parte de la Unión Interparlamentaria (UIP)<sup>9</sup>, cuyos representantes tuvieron la oportunidad de visitar Venezuela en el mes de agosto de 2021<sup>10</sup> para evaluar la situación del país, sosteniendo para ello una serie de encuentros institucionales, entre ellos, con la Asamblea Nacional electa en 2015 y la Asamblea Nacional electa en 2020<sup>11</sup>. Asimismo, a modo de seguimiento de los temas tratados en su visita al país, vale la pena destacar el pronunciamiento de la UIP del 15 de octubre de 2022<sup>12</sup>, en el que:

...reafirma su posición de larga data respecto a que el acoso de los parlamentarios de la oposición elegidos en 2015 es una consecuencia directa del papel destacado que desempeñaron como oponentes declarados del Gobierno del presidente Maduro y como miembros de la Asamblea Nacional liderada por la oposición y elegida en 2015.

En tal sentido, la UIP exhortó a que *“pongan fin de forma inmediata a todas las formas de persecución contra los parlamentarios de la oposición elegidos en 2015, a que velen por que todas las autoridades pertinentes del Estado respeten sus derechos humanos”*. Del mismo modo, el organismo expresó su *“profunda preocupación”* por los reportes derivados de la Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos sobre Venezuela que según el criterio de la UIP:

---

<sup>7</sup> DW. *La oposición venezolana no reconocerá las elecciones parlamentarias*. 14-06-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3qe6PUI>

<sup>8</sup> Voz de América. *El chavismo y la oposición en Venezuela instalan sus Parlamentos por separado*. 05-01-2022. Disponible en: <https://bit.ly/43g0KWg>

<sup>9</sup> La Unión Interparlamentaria (UIP) es “la organización internacional de los parlamentos. (...) Trabaja bajo el sistema de Naciones Unidas, y su propósito fundamental es lograr la paz, la cooperación entre los pueblos y la consolidación de las instituciones representativas a través del diálogo político”.

<sup>10</sup> Asamblea Nacional. Nota de prensa 23-08-2021 Disponible en: <https://bit.ly/3IKm5yY>

<sup>11</sup> Voz de América. *Unión Interparlamentaria llega a Venezuela para evaluar situación en el país*. 23-08-2021. Disponible en: <https://bit.ly/43x1Hcq>

<sup>12</sup> Decisión de la Unión Interparlamentaria de fecha 15-10-2022. D-VEN-COLL-06-169-S. Cabe recordar, también, la decisión de fecha 03-11-2020 (D-VEN-COLL-06), en la que *“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”, y “afirmó solemnemente, de acuerdo con la letra y el espíritu de la Declaración Universal de la UIP sobre 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”*.

Ilustra el modo en que aquellos que se oponen al Gobierno y los disidentes, tanto reales como percibidos, han sido objeto de arrestos y represalias por parte de los servicios estatales de inteligencia durante los últimos años, lo cual otorga más fundamento a las acusaciones de represión política y la responsabilidad del Estado al más alto nivel; y expresa su firme esperanza, una vez más, de que el Estado de Venezuela, con el apoyo de la comunidad internacional, pueda remediar las violaciones y los crímenes que se documentan en dicho informes<sup>13</sup>.

## 2. Actividad parlamentaria (2021-2022)

### 2.1. Asamblea Nacional electa en 2015

Debido a las limitaciones producidas por el propio desarrollo del conflicto sociopolítico venezolano, la actividad parlamentaria desarrollada por parte de los representantes de la Asamblea Nacional electa en 2015 se ha visto reducida en gran medida al debate de diferentes temas de actualidad nacional<sup>14</sup>.

En relación con lo anterior, se destaca como un tema central de discusión la situación de los derechos humanos en el país, sobre la base de la valoración de los diferentes informes producidos por la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, así como por parte de la Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos establecida por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre Venezuela<sup>15</sup>.

Asimismo, se ha discutido sobre la situación económica del país, la inflación, la devaluación de la moneda<sup>16</sup>, la crisis de los servicios públicos; la situación precaria de los docentes universitarios y la situación de las universidades autónomas<sup>17</sup>. Otros aspectos incluidos en la agenda se refirieron a la crisis migratoria, la situación de los migrantes venezolanos<sup>18</sup> y el seguimiento a la Mesa de Negociación y Diálogo en México<sup>19</sup>.

Es importante destacar que, en el mes de diciembre del año 2022, la Asamblea Nacional de 2015 discutió y aprobó la reforma del *Estatuto de la*

---

<sup>13</sup> Ídem.

<sup>14</sup> Crónica Uno. *Balance Asamblea Nacional 2016-2021*. Caracas. Disponible en: <https://bit.ly/3lResqh>

<sup>15</sup> Asamblea Nacional. *AN legítima celebró decisión de la ONU de extender la Misión de Determinación de los Hechos sobre Venezuela*. 11-10-2022. Disponible en: <https://bit.ly/3OKpQrV>

<sup>16</sup> Asamblea Nacional. *AN condena la brutal devaluación del bolívar y asegura que solo es posible la recuperación económica con un cambio político*. 13-12-2022. Disponible en: <https://bit.ly/3N3tcE3>

<sup>17</sup> Asamblea Nacional. *AN se une al reclamo de los profesores universitarios que alertan sobre la situación de calamidad que enfrentan*. 06-12-2022. Disponible en: <https://bit.ly/3WOX9fu>

<sup>18</sup> Asamblea Nacional. *AN legítima instó al gobierno de EE. UU y organismos de migración internacional a tomar medidas de protección de migrantes*. 18-10-2022. Disponible en: <https://bit.ly/3Wks7FB>

<sup>19</sup> Tal Cual. *AN de 2015: Diálogo no puede volverse una estrategia del régimen para conservar el poder*. 27-11-2022. Disponible en: <https://bit.ly/45CYRVb>

*Transición*<sup>20</sup>, poniendo fin a la figura de la *Presidencia Interina* instalada desde enero de 2019<sup>21</sup>, al mismo tiempo que acordó la continuidad del órgano legislativo y la creación de una comisión ejecutiva orientada a defender los activos del país en el exterior. Igualmente, acordó la continuidad de la Junta *ad hoc* del Banco Central de Venezuela (BCV) y la de PDVSA, responsable de las operaciones de Citgo en Estados Unidos<sup>22</sup>.

## **2.2. Asamblea Nacional electa en 2020**

De acuerdo con el balance legislativo presentado por parte de la Asamblea Nacional electa en 2020, se ha sancionado un total de 38 leyes en 2021 y 21 leyes en 2022, las cuales serán detalladas a continuación.

### **2.2.1. Resumen legislativo de 2021**

Según las cifras facilitadas<sup>23</sup> por la Asamblea Nacional electa en 2020, durante el año 2021 se llevaron a cabo 61 sesiones parlamentarias, en las que fueron presentados 81 proyectos de ley, quedando en cuenta para primera discusión 26 proyectos; aprobados en primera discusión 16 proyectos; en segunda discusión 1 proyecto y sancionadas 38 leyes. Todo ello atendiendo a las cifras que se presentan a continuación:

**a. Actos legislativos de 2021:** 61 Sesiones, 81 Acuerdos, 9 Designaciones, 10 Embajadores, 4 Actos de control político, 10 Comisiones especiales, 5 Comisiones mixtas, 38 Leyes sancionadas, 16 Leyes en primera discusión, 1 Leyes en segunda discusión, 26 Leyes en cuenta para primera discusión.

**b. Leyes sancionadas en 2021:** entre corchetes se indica la fecha de sanción.

1. Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional (Gaceta Oficial N° 42.067 del 12-02-2021) [04-02-2021].
2. Ley Derogatoria de la Ley de Regularización de los Períodos Constitucionales y Legales de los Poderes Públicos Estadales y Municipales (Gaceta Oficial N° 42.082 del 08-03-2021) [02-03-2021].
3. Ley de la Gran Misión Chamba Juvenil (Gaceta Oficial N° 6.633 Extraordinaria del 07-07-2021) [27-05-2021].
4. Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Recreación (Gaceta Oficial N° 6.634 Extraordinaria del 07-07-2021) [10-06-2021].

<sup>20</sup> Asamblea Nacional. *Aprobada 2da discusión Reforma de Ley de Estatuto que rige la Transición propuesta por AD, PJ, UNT y MVP que elimina el Gobierno interino y toda referencia a la usurpación*. Disponible en: <https://bit.ly/3qi6CzN>

<sup>21</sup> El País. *La oposición venezolana pone fin al "gobierno interino" de Juan Guaidó*. 30-12-2022. Disponible en: <https://bit.ly/3WGL1ge>

<sup>22</sup> Voz de América. *Oposición venezolana da primer paso para eliminar el interinato de Guaidó*. 22-12-2022. Disponible en: <https://bit.ly/3N75lic>

<sup>23</sup> Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Balance Legislativo año 2021*. Disponible en: <https://bit.ly/3C704q4>

## ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2021-2022

5. Ley Orgánica Para La Protección y Atención Integral De Las Adultas y Adultos Mayores (Gaceta Oficial N° 6.641 Extraordinaria del 13-09-2021) [03-08-2021].
6. Ley Aprobatoria del Protocolo para la Eliminación del Comercio Ilícito de Productos de Tabaco (Gaceta Oficial N° 6.648 Extraordinaria del 17-09-2021) [03-08-2021].
7. Ley de Reforma de la Ley de Idiomas Indígenas (Gaceta Oficial N° 6.642 Extraordinaria del 13-09-2021) [19-08-2021].
8. Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal (Gaceta Oficial N° 6.644 Extraordinaria del 17-09-2021) [16-09-2021].
9. Ley de Reforma del Código Orgánico Penitenciario (Gaceta Oficial N° 6.647 Extraordinaria del 17-09-2021) [16-09-2021].
10. Ley de Reforma de la Ley de Protección de Víctimas, Testigos y demás Sujetos Procesales (Gaceta Oficial N° 6.645 Extraordinaria del 17-09-2021) [16-09-2021].
11. Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de Policía de Investigación (Gaceta Oficial N° 6.643 Extraordinaria del 17-09-2021) [16-09-2021].
12. Ley de Reforma del Código Orgánico de Justicia Militar (Gaceta Oficial N° 6.646 Extraordinaria del 17-09-2021) [16-09-2021].
13. Ley Orgánica de Amparo a la Libertad y Seguridad Personal (Gaceta Oficial N° 6.651 Extraordinaria del 22-09-2021) [17-09-2021].
14. Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley del Estatuto de la Función Policial (Gaceta Oficial N° 6.650 Extraordinaria del 17-09-2021) [17-09-2021].
15. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Gaceta Oficial N° 6.649 Extraordinaria del 20-09-2021) [17-09-2021].
16. Ley de Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial (Gaceta Oficial N° 6.652 Extraordinaria del 22-09-2021) [17-09-2021].
17. Ley para la Prevención y Erradicación del Abuso Sexual Contra Niñas, Niños y Adolescentes (Gaceta Oficial N° 6.655 Extraordinaria del 07-10-2021) [29-09-2021].
18. Ley sobre la Promoción y Uso del Lenguaje con Conciencia de Género (Gaceta Oficial N° 6.654 Extraordinaria del 07-10-2021) [30-09-2021].
19. Ley Aprobatoria de la Enmienda de Kigali al Protocolo de Montreal sobre las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono (Gaceta oficial N° 6.659 Extraordinaria del 28-08-2021) [30-09-2021].
20. Ley para el Fomento y Desarrollo de Nuevos Emprendimientos (Gaceta Oficial N° 6.656 Extraordinaria del 15-10-2021) [13-10-2021].



21. Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre la Cooperación en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre para Fines Pacíficos (Gaceta Oficial N° 6.669 Extraordinaria del 16-12-2021) [14-10-2021].
22. Ley de Reforma del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Registro y Notarías (Gaceta Oficial N° 6.668 Extraordinaria del 16-12-2021) [14-10-2021].
23. Ley para el Respeto de los Derechos Humanos en el Ejercicio de la Función Pública (Gaceta Oficial N° 6.658 Extraordinaria del 28-10-2021) [27-10-2021].
24. Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica contra la Discriminación Racial (Gaceta Oficial N° 6.657 Extraordinaria del 28-10-2021) [27-10-2021].
25. Ley de Juramento Público (Gaceta Oficial N° 6.660 Extraordinaria del 04-11-2021) [27-10-2021].
26. Ley de Sistema de Cuidados para la Vida (Gaceta Oficial N° 6.665 Extraordinaria del 11-11-2021) [04-11-2021].
27. Ley Especial de Endeudamiento Complementaria para el Ejercicio Económico y Financiero 2021 (Gaceta Oficial N° 6.661 Extraordinaria del 04-11-2021) [04-11-2021].
28. Ley del Teatro (Gaceta Oficial N° 6.663 Extraordinaria del 11-11-2021) [10-11-2021].
29. Ley para la Promoción del Ciclismo Urbano (Gaceta Oficial N° 6.664 Extraordinaria del 11-11-2021) [10-11-2021].
30. Ley de Reforma del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Misiones, Grandes Misiones y Micromisiones (Gaceta Oficial N° 6.666 Extraordinaria del 11-11-2021) [10-11-2021].
31. Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (Gaceta Oficial N° 6.667 Extraordinaria del 16-12-2021) [01-12-2021].
32. Ley Aprobatoria del Convenio del Programa Internacional COSPAS-SARSAT (Gaceta Oficial N° 6.667 Extraordinaria del 11-11-2021) [07-12-2021].
33. Proyecto de Ley de Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero del Año 2022 (Gaceta Oficial N° 6.670 Extraordinaria del 10-12-2021) [10-12-2021].
34. Proyecto de Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Económico Financiero 2022 (Gaceta Oficial N° 6.671 Extraordinaria del 10-12-2022) [10-12-2021].

35. Proyecto de Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Artística y Cultural entre la República Bolivariana de Venezuela y el Estado de Kuwait (Gaceta Oficial N° 6.674 Extraordinaria del 22-12-2021) [15-12-2021].
36. Proyecto de Ley Aprobatoria del Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Serbia sobre la Cooperación en Materia Agrícola (Gaceta Oficial N° 6.675 Extraordinaria del 22-12-2021) [15-12-2021].
37. Proyecto de Ley Aprobatoria del Convenio Constitutivo de la Agencia Latinoamericana y Caribeña del Espacio (ALCE) (Gaceta Oficial N° 6.673 Extraordinaria del 22-12-2021) [15-12-2021].
38. Proyecto de Ley de la Comisión para la Garantía de Justicia y Reparación de las Víctimas de Delitos Contra los Derechos Humanos (Gaceta Oficial N° 6.678 Extraordinaria del 27-12-2021) [15-12-2021].

## **2.2.2. Resumen legislativo de 2022**

Del mismo modo, de conformidad con las cifras presentadas<sup>24</sup> por la Asamblea Nacional electa en 2020, durante 2022 se llevaron a cabo 73 sesiones parlamentarias, en donde fueron presentados 47 proyectos de ley, quedando en cuenta para primera discusión 9; en primera discusión 17; y sancionados 21. Todo ello de acuerdo con las siguientes cifras:

**a. Actos legislativos de 2022:** 73 Sesiones ordinarias, especiales, solemnes, consultivas e instalación, 21 Leyes sancionadas, 17 Proyectos de leyes en primera discusión, 9 Proyectos de leyes en cuenta para primera discusión, 77 Acuerdos aprobados, 12 Designaciones, 6 Actos de control político, 16 Autorizaciones para designación de embajadores, 1 Autorización de crédito adicional, 47 Grupos de amistad parlamentarios, 12 Comisiones especiales, 7 Comisiones mixtas, 15 Comisiones permanentes y sus integrantes, 15 Estatus de las comisiones permanentes 2022 (Entrega de informes).

**b. Leyes sancionadas en 2022:** entre corchetes se indica la fecha de sanción.

1. Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Gaceta Oficial N° 6.684 Extraordinaria del 19-01-2022) [18-01-2022].
2. Ley de Reforma Parcial al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto a las Grandes Transacciones Financieras (Gaceta Oficial N° 6.687 Extraordinaria del 25-02-2022) [03-02-2022].

---

<sup>24</sup> Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Resumen Legislativo del año 2022*. Disponible en: <https://bit.ly/3C6ZVmw>

3. Ley de Reforma de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad (Gaceta Oficial N° 6.686 Extraordinaria del 15-02-2022) [08-02-2022].
4. Ley de Publicaciones Oficiales (Gaceta Oficial N° 6.688 Extraordinaria del 25-02-2022) [15-02-2022].
5. Ley Orgánica de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (Gaceta Oficial N° 6.693 Extraordinaria del 01-04-2022) [17-03-2022].
6. Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra la Corrupción (Gaceta Oficial N° 6.699 Extraordinaria del 02-05-2022) [31-03-2022].
7. Ley Orgánica de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de la Defensa Pública (Gaceta Oficial N° 6.702 Extraordinaria del 25-05-2022) [17-05-2022].
8. Ley de Intérpretes Públicos (Gaceta Oficial N° 6.703 Extraordinaria del 25-05-2022) [17-05-2022].
9. Ley Derogatoria de la Ley sobre la Condecoración Orden Francisco Fajardo (Gaceta Oficial N° 6.709 Extraordinaria del 01-07-2022) [30-06-2022].
10. Ley Orgánica de las Zonas Económicas Especiales (Gaceta Oficial N° 6.710 Extraordinaria del 20-07-2022) [30-06-2022].
11. Ley de Registro de Antecedentes Penales (Gaceta Oficial N° 6.712 Extraordinaria del 20-07-2022) [12-07-2022].
12. Ley de Sellos (Gaceta Oficial N° 6.711 Extraordinaria del 20-07-2022) [14-07-2022].
13. Ley de Archivos Nacionales (Gaceta Oficial N° 6.714 Extraordinaria del 26-07-2022) [19-07-2022].
14. Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora (Sancionada por la Asamblea Nacional; sin embargo, aún no ha sido publicada en Gaceta Oficial) [11-10-2022].
15. Ley Sobre la Condecoración Orden Gran Cacique Guaicaipuro "Guapotori Guaicaipuro" (Gaceta Oficial N° 6.719 Extraordinaria del 28-10-2022) [18-10-2022].
16. Ley que Regula el Uso del Nombre, Títulos y Efigie de El Libertador Simón Bolívar (Gaceta Oficial N° 6.718 Extraordinaria del 28-10-2022) [18-10-2022].
17. Ley Aprobatoria del Acuerdo de Servicios Aéreos entre San Vicente y Las Granadinas y la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial N° 6.721 Extraordinaria del 26-11-2022) [15-11-2022].

18. Ley Especial de Trabajadoras y Trabajadores a Domicilio (Sancionada por la Asamblea Nacional; sin embargo, aún no ha sido publicada en Gaceta Oficial) [17-11-2022].
19. Ley de la Condecoración Orden “Darío Vivas” (Gaceta Oficial N° 6.722 Extraordinaria del 07-12-2022) [29-11-2022].
20. Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2023 (Sancionada por la Asamblea Nacional; sin embargo, aún no ha sido publicada en Gaceta Oficial) [15-12-2022].
21. Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Económico Financiero 2023 (Sancionada por la Asamblea Nacional; sin embargo, aún no ha sido publicada en Gaceta Oficial) [15-12-2022].

### **2.2.3. Agenda legislativa de 2023**

En cuanto a la agenda legislativa aprobada<sup>25</sup> para 2023, la Asamblea Nacional electa en 2020, estableció una meta de 28 nuevas leyes a ser sancionadas durante el año, sobre la base de cinco ejes temáticos, a saber:

**a. Leyes para apoyar la línea económica:** Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Contrataciones Públicas, Proyecto de Ley de Comercio Digital, Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Armonización de las Potestades Tributarias de los Estados y Municipios, Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal, Proyecto de Ley para la Protección y Promoción de Agave Cocui-Cocuy, Proyecto de Ley del Fomento de las Exportaciones no Tradicionales.

**b. Leyes para apoyar la atención de los servicios públicos:** Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Gestión Integral de la Basura, Proyecto de Ley Orgánica de Aguas, Proyecto de Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico, Proyecto de Ley de Gestión de Riesgo, Proyecto de Ley de Convivencia Ciudadana.

**c. Leyes del Poder Popular:** Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Poder Popular, Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de las Comunas, Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de los Consejos Comunales, Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de la Contraloría Social.

**d. Leyes para la revolución judicial:** Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley del Sistema de Justicia, Proyecto de Ley de la Carrera Judicial, Proyecto de Ley de la Inspectoría de Tribunales, Proyecto de Ley de la Escuela Nacional de la Magistratura, Proyecto de Ley de la Verdad y la Memoria Histórica sobre los Derechos Humanos.

**e. Leyes para apoyar el desarrollo humano:** Proyecto de Ley Especial de las Trabajadoras y Trabajadores con Discapacidad<sup>26</sup>, Proyecto de Ley Espe-

---

<sup>25</sup> Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Agenda legislativa para el año 2023*. Disponible en: <https://bit.ly/3N1gKWI>

cial de las Trabajadores y Trabajadores Agrícolas, Proyecto de Ley de Atención Integral para las Personas con Trastorno del Espectro Autista, Proyecto de Ley Orgánica para la Igualdad de las Mujeres, Proyecto de Ley de Tutela, Proyecto de Ley de Reforma parcial de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, Proyecto de Ley de Participación Estudiantil en el Sub-sistema de Educación Básica<sup>27</sup>, Proyecto de Ley Orgánica para la Igualdad, Integración y Desarrollo Integral de Personas con Discapacidad.

#### **2.2.4. Principales leyes sancionadas con impacto institucional (2021-2022)**

Dentro del catálogo de 59 leyes sancionadas entre los años 2021 y 2022, por parte de la Asamblea Nacional electa en 2020, vale la pena destacar una serie de instrumentos normativos, los cuales han tenido un significativo impacto institucional, motivado al contexto que motivó su creación. En tal sentido, se destacan las siguientes leyes:

**a. Ley Derogatoria de la Ley de Regularización de los Períodos Constitucionales y Legales de los Poder Públicos Estadales y Municipales<sup>28</sup>:** al respecto, la ley que fue derogada tenía por objetivo regular la uniformidad y simultaneidad de inicio y culminación ordinaria de los periodos constitucionales y legales de los cargos de elección popular de Gobernador, Alcalde, Legislador de los Consejos Legislativos de los Estados y Concejal Municipal, Distrital y Metropolitanos. Es por ello que, a partir de la derogatoria de dicho instrumento, las elecciones para elegir a los representantes del Poder Público Estatal y Municipal, podrá realizarse de manera separada ya que no hay una obligación de ley para convocarlos de manera simultánea y uniforme.

**b. Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal<sup>29</sup>; Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de Policía de Investigación<sup>30</sup>; Ley de Reforma del Código Orgánico de Justicia Militar<sup>31</sup>:** en este caso, dadas las similitudes observadas en la reforma de dichos instrumentos normativos se entiende que el Estado venezolano buscó atender de forma parcial las recomendaciones emanadas tanto del sistema interamericano<sup>32</sup> y universal<sup>33</sup> de protección de los derechos humanos, presen-

---

<sup>26</sup> Al momento del cierre editorial del Anuario se conoció que el proyecto de ley fue sancionado por el parlamento en fecha 24-01-2023 y se está a la espera de su publicación en la Gaceta Oficial.

<sup>27</sup> Al momento del cierre editorial del Anuario se conoció que el proyecto de ley fue sancionado por el parlamento en fecha 07-02-2023 y se está a la espera de su publicación en la Gaceta Oficial.

<sup>28</sup> Gaceta Oficial N° 42.082 del 08-03-2021.

<sup>29</sup> Gaceta Oficial N° 6.644 Extraordinaria del 17-09-2021.

<sup>30</sup> Gaceta Oficial N° 6.643 Extraordinaria del 17-09-2021.

<sup>31</sup> Gaceta Oficial N° 6.646 Extraordinaria del 17-09-2021.

<sup>32</sup> Organización de Estados Americanos. *CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos*. Disponible en: <https://bit.ly/3N75MPk>

tando así una serie de cambios a nivel legal en lo que respecta al sistema de justicia penal.

En tal sentido, vale la pena destacar que se reformaron varios artículos relacionados con los lapsos de investigación, las garantías al debido proceso y el acceso a la justicia.

Mención especial merece la reforma introducida al Código Orgánico de Justicia Militar que prohíbe el juzgamiento de civiles por tribunales militares, una práctica observada frecuentemente en el pasado reciente<sup>34</sup>.

**c. Ley Orgánica de Amparo a la Libertad y Seguridad Personal**<sup>35</sup>: este instrumento tiene por objeto “*garantizar los derechos humanos y garantías constitucionales de todas las personas a la libertad y seguridad personal*” a través del “*ejercicio efectivo*” de la “*acción de amparo constitucional a la libertad y seguridad personal*”, también conocida como *habeas corpus*. Dicha materia se encontraba anteriormente regulada en el Título V de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales<sup>36</sup>.

**d. Ley de la Comisión para la Garantía de Justicia y Reparación de las Víctimas de Delitos contra los Derechos Humanos**<sup>37</sup>: este instrumento normativo tiene por objeto:

...crear la Comisión para la Garantía de Justicia y Reparación de las Víctimas de Delitos contra los Derechos Humanos, a los fines de generar recomendaciones y facilitar mecanismos de estudio, seguimiento y verificación en esta materia, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por la República.

**e. Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia**<sup>38</sup>: La reforma a esta Ley tiene varios aspectos importantes a destacar entre los cuales se encuentran: **(i)** la reducción en el número de Magistrados que conforman las Salas del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 8); **(ii)** la redefinición de competencias para conocer de las causas de acuerdo a la cuantía de la demanda (artículos 26 y 86); y **(iii)** el establecimiento de limitaciones a las competencias de la Sala Constitucional en relación con el menor alcance de sus sentencias interpretativas (párrafo único del artículo 25). Esta reforma fue utilizada para renovar parcialmente el TSJ sin atender a las exigencias constitucionales.

<sup>33</sup> Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela*. 05-07-2021. Disponible en: <https://bit.ly/45E4Zwk>

<sup>34</sup> Acceso a la Justicia. *El juicio a civiles por parte de tribunales militares, de nuevo es posible gracias a la Sala Constitucional*. 14-12-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3C2Bial>

<sup>35</sup> Gaceta Oficial N° 6.651 Extraordinaria del 22-09-2021.

<sup>36</sup> Gaceta Oficial N° 30.060 del 27-09-1988.

<sup>37</sup> Gaceta Oficial N° 6.678 Extraordinaria del 27-12-2021.

<sup>38</sup> Gaceta Oficial N° 6.684 Extraordinaria del 19-01-2022.

## **Conclusiones**

La actividad parlamentaria observada en el periodo 2021-2022 ha estado claramente condicionada por el devenir del conflicto sociopolítico venezolano, observando como rasgo característico el abuso de poder y el continuo enfrentamiento entre los factores políticos y sociales agrupados en torno a la Asamblea Nacional electa en 2015, de clara tendencia opositora, en contraposición a la Asamblea Nacional electa en 2020, de abrumadora mayoría oficialista.

En ese sentido, dentro del periodo 2021-2022 se destaca especialmente por la producción legislativa efectuada por parte de la Asamblea Nacional electa en 2020, la cual ha desplegado una intensa agenda de trabajo que ha derivado en la sanción de 59 leyes sobre diversos asuntos, algunos de ellos de especial impacto institucional.

Ahora bien, es necesario advertir que surgen serias dudas en torno a la constitucionalidad de algunas medidas y a la efectividad de otras, ya que las mismas al ser asumidas de forma aislada, no contribuyen a resolver de forma efectiva el conflicto sociopolítico planteado en el país, el cual constituye el principal obstáculo para la cada vez más necesaria reinstitucionalización nacional. Esta solo puede darse desde el mutuo reconocimiento de los actores de dispuesta y de la urgente necesidad de atender los graves problemas que aquejan a la sociedad venezolana.

En tal sentido, resulta llamativo el hecho de que el proyecto político que quedó plasmado en el texto de la Constitución de 1999, constituye a día de hoy uno de los pocos puntos de encuentro mínimamente asumibles por todas las partes en disputa. Es por ello que es pertinente insistir en la necesidad de construir consensos políticos amplios y, para lograrlo, resulta imprescindible el fortalecimiento del respeto y pluralismo político dentro del ejercicio de las funciones parlamentarias.





**III**

**LECCIÓN INAUGURAL CORRESPONDIENTE AL  
AÑO ACADÉMICO 2022-2023,  
FACULTAD DE DERECHO,  
UNIVERSIDAD CATÓLICA  
ANDRÉS BELLO**



# LA RECLAMACIÓN DE VENEZUELA SOBRE EL TERRITORIO ESEQUIBO

Rafael Badell Madrid\*

Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello: Dr. Jesús María Casal.

Señora Secretaria de la Universidad Católica Andrés Bello: Dra. Magaly Vásquez González.

Señora Directora de la Escuela de Derecho de Caracas de la Universidad Católica Andrés Bello: Profesora María Lidia Álvarez Chamosa.

Señora Directora de los Estudios de Postgrado de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello: Profesora Ninoska Rodríguez Laverde.

Señoras y señores profesores y alumnos de la de la Universidad Católica Andrés Bello.

Señoras y señores invitados especiales.

Apreciados representantes estudiantiles al Consejo de la Facultad Srta. Andrea Salima y Sr. Anselmo Coelho.

Saludos a todos los que están conectados de forma virtual y un saludo muy especial y un mensaje de agradecimiento a todo el personal de apoyo técnico y logístico este evento.

## Introducción

Agradezco mucho a nuestro estimado Decano Prof. Jesús María Casal y a los demás miembros del Consejo de la Facultad Derecho de esta Universidad por haberme seleccionado para llevar adelante esta lección inaugural correspondiente al año académico 2022-2023, cuyo tema es, obviamente, de especial interés para todos los venezolanos y para el derecho internacional público y el derecho constitucional.

Para cumplir el propósito que se me ha encomendado voy a formular algunas consideraciones generales sobre esta controversia que se originó hace casi doscientos años y luego haré algunos comentarios jurídicos sobre

---

\* Doctor en Derecho. Profesor titular de la Universidad Católica Andrés Bello. Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Venezuela. Miembro Correspondiente Extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Socio fundador de Badell & Grau Despacho de Abogados.

el Tratado de Washington de 1897 y, principalmente, sobre el Laudo de París de 1899 y las circunstancias curiosas, particulares, injustas y asombrosas que rodearon esos eventos.

Me voy a referir brevemente al Acuerdo de Ginebra de 1966, al Protocolo de Puerto España de 1972 y, finalmente, a lo que está aconteciendo en estos días en la Corte Internacional de Justicia, donde está ahora residenciada la solución de este delicado asunto.

## 1. Consideraciones generales sobre la controversia

Tengamos en cuenta, en primer lugar, que a través de la Real Cédula de fecha 08-09-1777 se había constituido la Capitanía General de Venezuela. Ese mismo año se dispuso la separación de las provincias de Cumaná, Guayana y Maracaibo e Islas de Trinidad y Margarita del Virreinato y Capitanía General del Nuevo Reino de Granada para incorporarlas a la Capitanía General de Venezuela<sup>1</sup>.

Luego, mediante el Tratado de Londres del 13-08-1814, el Reino Unido adquirió los establecimientos holandeses situados al este del río Esequibo que, a su vez, Holanda había adquirido de España a través del Tratado de Múnster el 24-10-1648. Todos estos campamentos se ubicaban al este del río Esequibo. De manera que todos los dominios situados al oeste del río Esequibo pertenecían a la Capitanía General de Venezuela.

El artículo 128 de la primera Constitución de Venezuela del 21-12-1811, que se dictó después de la independencia del 05-07-1811, estableció que:

Luego que libres de la opresión que sufren las Provincias de Coro, Maracaibo y Guayana, puedan y quieran unirse a la Confederación, serán admitidas a ella, sin que la violenta separación en que a su pesar y el nuestro han permanecido, pueda alterar para con ellas los principios de igualdad, justicia y fraternidad, de que gozarán luego como todas las demás Provincias de la unión<sup>2</sup>.

El 15-10-1817 Simón Bolívar, desde el Cuartel General de Angostura emitió un decreto por medio del cual incorporó la provincia de Guayana a la República de Venezuela y señaló cuales eran sus departamentos. El artículo 1 del referido decreto estableció que *“La Provincia de Guayana en toda su extensión queda reunida al territorio de Venezuela, y formará desde hoy una parte integrante de la República”*<sup>3</sup>.

De forma que para el momento en el cual se sancionó la Constitución de Angostura, 15-08-1819, Guayana era ya una de las provincias de Venezuela. En efecto, ese texto constitucional dentro del Título 2°, sección 1°, en el

---

<sup>1</sup> Cfr. Irene Loreto González, Génesis del constitucionalismo en Venezuela, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2005. p. 74.

<sup>2</sup> Allan Randolph Brewer Carías, Las constituciones de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1997. pp. 555 y ss.

<sup>3</sup> Véase Decreto del Libertador Simón Bolívar fechado en Angostura el 15 de octubre de 1817, por el cual incorpora la provincia de Guayana a la República de Venezuela y señala sus departamentos. Disponible en <https://bit.ly/43p7gdu>

artículo 2 estableció que: *"El Territorio de la República de Venezuela se divide en diez Provincias, que son: BARCELONA, BARINAS, CARACAS, CORO, CUMANANA, GUAYANA, MARACAYBO, MARGARITA, MERIDA, y TRUJILLO. Sus límites y demarcaciones se fijarán por el Congreso"*<sup>4</sup>.

En 1822 se detectó la presencia de ocupaciones de colonos ingleses cerca del río Esequibo en los dominios de Venezuela, que para ese momento formaba parte de la República de Colombia. En respuesta, el gobierno colombiano instruyó a su Ministro Plenipotenciario en Londres, José Rafael Revenga, para que conviniera con los ingleses en la fijación de la línea divisoria entre la Guayana Británica y Colombia.

El límite oriental de la República de Colombia fue ratificado por la Ley de División Territorial de la República de Colombia de 25-06-1824, que estableció que el territorio de la República se dividiría en doce departamentos, incluido el Departamento del Orinoco que, de acuerdo con el artículo 2 *ejusdem*, tenía entre sus provincias las de Cumaná, Barcelona, Guayana y Margarita.

Aun después de la separación de Venezuela de la República de Colombia los límites territoriales fijados en la Ley de División Territorial de 1824 se mantuvieron y Venezuela ejerció soberanía sobre los territorios que pertenecieron a la Capitanía General de Venezuela.

En diciembre de 1824 el Reino Unido reconoció a la República de Colombia como Estado independiente. La decisión del Reino Unido fue notificada a España ese mismo año de 1824 y la noticia se recibió con júbilo en América<sup>5</sup>. El Reino Unido había establecido como condición para otorgar ese reconocimiento que la República de Colombia suscribiera un Tratado de Cooperación y Amistad entre los dos países, el cual efectivamente se firmó el 18-04-1825<sup>6</sup>. La importancia del asunto radica en que ese Tratado de Cooperación y Amistad entre Colombia y Gran Bretaña reconoció que el río Esequibo era el límite fronterizo de la República de Colombia con la Colonia de Guayana Británica.

Pero en 1835, no obstante este reconocimiento expreso de la República de Colombia como Estado independiente, el Reino Unido inició la expansión

---

<sup>4</sup> Allan Brewer-Carías, Las constituciones de Venezuela, ob. cit., pp. 619 y ss.

<sup>5</sup> Julio Alberto Peña Acevedo, "Cronología de Guyana, cuarta entrega, Gran Colombia". Publicado el 19-03-2015. Disponible en <https://bit.ly/3qjKxKc>

<sup>6</sup> Ídem. El autor sigue la obra de Bierck Harold, Vida Pública de Don Pedro Gual, p. 268. Explica Peña Acevedo que este tratado fue ratificado por el Senado el 23-05-1825 y canjeadas las ratificaciones el 07-11-1825. Añade que *"En el tratado con Gran Bretaña, la presión imperial británica fue más fuerte aún, porque exigió como condición para el reconocimiento de la independencia de Colombia la firma del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación. Venezuela da a conocer a Gran Bretaña que la frontera con la Guayana Británica estaba situada en el río Esequibo. Mapas similares al de Hamilton Adams, procedente del Atlas de Wilkinson (1827), circularon en Gran Bretaña en la segunda mitad de la década de 1820. Pese al reconocimiento diplomático y comercial dado a la República de Colombia por parte de Gran Bretaña, los mapas británicos presentaron reiteradamente la frontera entre Colombia y Brasil de acuerdo a los intereses británicos en la región y no como aspiraban las autoridades Gran colombianas"*.

en el territorio del Esequibo con el objetivo de dominar el río Orinoco, lo que permitiría el control fluvial de la parte septentrional de América del Sur y la explotación de los recursos minerales de este territorio.

Ese año 1835, en nombre de la Royal Geographical Society de Londres y con el apoyo de la Colonial Office, el geógrafo y naturalista Robert Hermann Schomburgk trazó la primera línea de demarcación fronteriza entre Venezuela y Guayana Británica.

Esta primera línea fronteriza Schomburgk estableció como frontera un territorio de 4.920 km<sup>2</sup> más allá del río Esequibo, concretamente:

...en el área comprendida desde la costa, entre las desembocaduras de los Ríos Esequibo y Moroco; la línea curva que sigue el curso del río Moroco hasta llegar a la confluencia de los ríos Mazaruni y Cuyuní con el Esequibo y por último el Río Esequibo aguas abajo hasta su desembocadura en el mar<sup>7</sup>.

Pero en 1840, Robert Schomburgk, esta vez enviado por el gobierno inglés, trazó una segunda línea de demarcación que añadió un área de 141.930 kilómetros cuadrados, partiendo de la boca del Río Amacuro, siguiendo una dirección norte-sur hasta llegar al Roraima. Este es, precisamente, el origen de la controversia.

Además de esta nueva línea, Schomburgk levantó postes con las iniciales de la Reina Victoria, marcó árboles y ejecutó actos de posesión en los territorios que abarcaba la línea, llegando hasta Punta Barima en la misma desembocadura del río Orinoco.

Esta nueva línea trazada por Schomburgk fue rechazada por Venezuela e incluso por el propio Foreign Office del Reino Unido y por la Colonial Office por considerarla sesgada y parcializada, aunque en verdad este trazado obedecía a órdenes del gobierno británico con un claro interés en el potencial minero de la zona<sup>8</sup>.

En ese mismo momento, septiembre de 1841, Venezuela protestó estos hechos y envió a Londres al diplomático Alejo Fortique, quien con la ayuda del historiador Rafael María Baralt tenía la misión de aclarar la situación y alcanzar una solución<sup>9</sup>.

El diplomático Alejo Fortique y el Secretario de Relaciones Exteriores de Inglaterra, Lord Aberdeen, cruzaron al menos siete misivas entre noviembre

---

<sup>7</sup> Ídem.

<sup>8</sup> Véase Hermann González Oropeza y Pablo Ojer, Informe que los expertos venezolanos para la cuestión de límites con Guayana Británica presentan al gobierno nacional, Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas, 1967, p. 11. Véase también Isidro Morales Paúl, "El juicio arbitral sobre la Guayana Esequiba de 1899 y la violación de los principios del debido proceso en perjuicio de Venezuela", ob. cit., pp. 309 y ss. El Dr. Morales Paúl indicó en su trabajo lo siguiente: "*El Laudo Arbitral, prototipo de lo que no debe ser un Laudo, siguió la falsa línea Schomburgk, que solo era una aspiración inglesa aparentemente trazada por quien copió otros cartógrafos en la misión de complacer a su cliente y patrón*".

<sup>9</sup> Véase en el libro Historia oficial de la discusión entre Venezuela y la Gran Bretaña sobre sus límites en la Guayana, L. Weiss & Company impresores, Nueva York, 1896. p. 34. Disponible en <https://bit.ly/43DhNRW>

de 1841 y enero de 1842. A través de ellas Alejo Fortique pidió a Lord Aberdeen la remoción de los postes levantados por Robert Schomburgk; la eliminación de un puesto militar levantado en territorio venezolano, en el que se había izado la bandera británica y que se accediera a la negociación de un tratado con el fin de fijar la frontera entre ambos territorios.

Ante la insistencia de Alejo Fortique el gobierno inglés, instruyó al gobernador de la Guayana Británica, Henry Light, el 31-01-1842, la remoción de los postes levantados por Robert Schomburgk.

En este punto es importante tener en cuenta que el Tratado de Paz y Reconocimiento de la soberanía de Venezuela sobre el territorio "*conocido bajo el antiguo nombre de Capitanía General de Venezuela*", suscrito por España el 30-03-1845, incluyó la Provincia de Guyana, que limitaba al este por el Río Esequibo. En efecto, el artículo 2 del referido tratado estableció:

A consecuencia de esta renuncia y cesión S.M.C. reconoce como Nación libre, soberana e independiente la República de Venezuela compuesta de las provincias y territorios expresados en su Constitución: y demás leyes posteriores a saber: Margarita, Guayana, Cumaná, Barcelona, Caracas, Carabobo, Barquisimeto, Barinas, Apure, Mérida, Trujillo, Coro y Maracaibo y otros cualesquiera territorios e islas que puedan corresponderle<sup>10</sup>.

La eliminación de aquellos postes no terminó con la usurpación y debido a las crecientes tensiones entre Venezuela y el Reino Unido, el 18-11-1850 el Cónsul General Británico en Caracas, envió una comunicación al Secretario de Estado y Relaciones Exteriores de Venezuela Vicente Lecuna, por medio de la cual las autoridades británicas se comprometieron a no usurpar ni ocupar los territorios en disputa.

El 20-12-1850 se produjo la respuesta de Venezuela al Reino Unido a través del Secretario de Relaciones Exteriores de Venezuela Vicente Lecuna, quien declaró que "*el Gobierno no tiene dificultad para declarar, como lo hace, que Venezuela no tiene intención alguna de ocupar ni usurpar ninguna parte del territorio cuyo dominio se controvierte, ni verá con indiferencia que proceda de otro modo la Gran Bretaña*".

Es decir que mediante este canje de notas se estableció un Tratado de Status Quo o *modus vivendi* entre el Reino Unido y Venezuela, es decir, un tratado temporal o provisional entre Venezuela y el Reino Unido, según el cual ambos países se obligaban a mantener el estado de las cosas (*status quo*) tal y como se encontraba a finales de 1850.

Con el Tratado de Status Quo de 1850, Inglaterra aceptó detener el avance de su expansión en el territorio venezolano. En virtud de ello sería posible invocar la doctrina del Estoppel, "*una institución que nace en el dere-*

---

<sup>10</sup> Academia Nacional de la Historia, "Reconocimiento de la independencia por España (30 de marzo de 1845)". Disponible en <https://bit.ly/43j9qLp>

*cho privado anglosajón, y que es semejante a la idea presente en el sistema europeo continental de la doctrina de los actos propios*"<sup>11</sup>.

Sin embargo, el Tratado de Status Quo de 1850 fue objeto de graves violaciones por parte del Reino Unido debido a que la expansión del Reino Unido sobre territorios de Venezuela continuó después de 1850, sobre todo a partir de 1880, durante el segundo gobierno de Antonio Guzmán Blanco, cuando con motivo del descubrimiento de yacimientos auríferos, la pretensión del Reino Unido *"llegó a tales extremos que casi pasa el lindero por el pueblo de Upata, arrancando por supuesto desde las bocas del Orinoco"*<sup>12</sup>.

Las intenciones de expansión británicas se ven claramente reflejadas en una tercera línea Schomburgk de 1887, que alcanzaba 167.830 km<sup>2</sup> de territorio y estuvo basada en el mapa de *Hebert* de 1842<sup>13</sup>. Los ingleses trataron de hacer ver que esa siempre había sido su pretensión, pero realmente no lo era.

Con todo, los británicos no se conformaron con la tercera línea Schomburgk y en 1887, durante el tercer gobierno de Antonio Guzmán Blanco, el Reino Unido consideró unilateralmente que la frontera con Venezuela consistía en una línea desde la costa hasta Upata con lo que ya usurpaban 203.310 km<sup>2</sup> de territorio perteneciente a Venezuela<sup>14</sup>.

El 20-02-1887 se rompieron las relaciones diplomáticas entre Venezuela y el Reino Unido mediante una nueva nota enviada por el Ministro de Relaciones Exteriores Diego Bautista Urbaneja.

El Reino Unido no aceptaba discutir con Venezuela el arreglo de este asunto, por lo cual Venezuela gestionó el apoyo de los Estados Unidos para que mediara en la controversia y logró que el 20-07-1888 el Secretario de Estado de los Estados Unidos de América Richard Olney enviara una nota al Reino Unido defendiendo la posición de Venezuela con relación al territorio en disputa.

---

<sup>11</sup> Francisco Peña Silva, "Los actos unilaterales de los Estados", Revista de Derecho (Valdivia), N° 2 diciembre, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2020. p. 183.

<sup>12</sup> Marcos Falcón Briceño, "Orígenes de la actual reclamación de la Guayana Esequiba", Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 91, Caracas, 1983. p. 43.

<sup>13</sup> Sobre el autor de este mapa no se conoce mayor detalle, véase Carlos Sosa Rodríguez, "El acta de Washington y el laudo de París", Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 91, Caracas, 1983, p. 123 donde el académico se refiere al creador del mapa de 1842 como "un Señor Hebert". Igualmente véase Hermann González Oropeza y Pablo Ojer, Informe que los expertos venezolanos para la cuestión de límites con Guayana Británica presentan al gobierno nacional, Ministerio de Relaciones Exteriores, Caracas, 1967, p. 11 donde señalan que *"En 1887 el gobierno británico publicó el mapa de un tal Hebert"* y al referirse al mapa le denominan *"línea adulterada"*. La representación cartográfica, según el Reino Unido, data del año 1842 y fue tomada en 1887 por los británicos para representar una tercera línea Schomburgk que usurpó 167.830 km<sup>2</sup> de territorio venezolano.

<sup>14</sup> Carlos Sosa Rodríguez, ob. cit., p. 123.



En la madrugada del 02-01-1895, a diez meses de haberse fundado el pueblo El Dorado, tuvo lugar el denominado Incidente del Yuruán<sup>15</sup>, también conocido como Incidente del Cuyuní, que consistió en la ocupación por parte de varios comisarios ingleses, de un puesto militar venezolano.

Las tropas inglesas arriaron la bandera de Venezuela e izaron la bandera británica con la intención de controlar el puesto con el fin de luego tomar las tierras de El Callao, pasando por Upata, Tumeremo y El Dorado, además de otras zonas que, se rumoraba, estaban repletas de oro.

Las autoridades militares venezolanas, lideradas por el General Domingo Sifontes, reaccionaron inmediatamente y actuaron en su defensa, recuperaron el territorio y detuvieron a los ingleses usurpadores.

Cuando ocurrió el Incidente del Yuruán las relaciones entre los Estados Unidos de América y el Reino Unido no eran cordiales y la delicada situación de la frontera entre Venezuela y la Guayana Británica generó mayores tensiones entre ambos países<sup>16</sup>. De forma que el mencionado "*Incidente del Yuruán*", llevó a los Estados Unidos a tomar posición al respecto, sobre este punto volveremos más adelante.

Era claro que las aspiraciones expansionistas del Reino Unido en América constituían una violación a la doctrina proclamada el 02-12-1823 por el presidente de los Estados Unidos de América James Monroe, quien en su mensaje anual al Congreso expresó que el continente americano no era susceptible de colonización y que las potencias europeas no podrán extender sus dominios en él so pena de que tales hechos sean observados como una afrenta directa a los derechos e intereses de los Estados Unidos.

De forma que, visto el avance del Reino Unido en los territorios de Venezuela, el Presidente de Estado Unidos Grover Cleveland, en mensaje al Congreso el 17-12-1895, invocó la doctrina Monroe, entendida como:

...un principio que afecta a los derechos e intereses de los Estados Unidos, que los continentes americanos, por la condición de libres e independientes que han adquirido y mantienen, no deben en lo adelante ser considerados como objetos de una colonización futura por ninguna potencia europea<sup>17</sup>.

El mensaje del Presidente Grover Cleveland motivó la suscripción de un acto del Congreso de los Estados Unidos, aprobado en fecha de 21-12-1895, en el que se prevé una investigación que llevara a determinar la verdadera línea divisoria entre la República de Venezuela y la Guayana Británica.

---

<sup>15</sup> Héctor Faúndez Ledesma, La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guayana vs. Venezuela, ACIENPOL – EJV, Caracas, 2020. p. 24. Véase también Andrés Eloy Burgos Gutiérrez (ed.), Libro blanco: La reclamación venezolana del territorio Esequeibo, Asamblea Nacional, Caracas, 2020. p. 14.

<sup>16</sup> Héctor Faúndez Ledesma, La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guayana vs. Venezuela, ob. cit., pp. 83-84.

<sup>17</sup> Véase "La Doctrina de Monroe (1823) Fragmento del Séptimo Mensaje Anual del Presidente Santiago Monroe al Congreso el 2 de Diciembre de 1823", en Virtual Library of Inter-American Peace Initiatives. Disponible en <https://bit.ly/3N7WNgw>

Los resultados de la investigación realizada por la comisión presidencial para la averiguación del verdadero límite entre Venezuela y la Guayana Británica, indicaron que no había pruebas contundentes de ocupación holandesa para el año 1648 ni al norte, ni al oeste del río Esequibo ni de la isla denominada Kikoveral. Tampoco se hallaron elementos que señalaran ocupación en Punta Barima antes del año 1648<sup>18</sup>, con lo cual los ingleses no tenían ningún derecho sobre los territorios que usurpaban.

## **2. Tratado de Washington del 02-02-1897**

Con el respaldo de los Estados Unidos, Venezuela finalmente pudo lograr que el Reino Unido accediera a participar en un mecanismo de solución pacífica para la disputa territorial y por ello en enero de 1896 se iniciaron las negociaciones para la suscripción de un tratado de arbitraje que resolviera la controversia, lo cual se concretó con la firma del Tratado de Washington el 02-02-1897.

De conformidad con el artículo I del Tratado de Washington, se procedería a nombrar inmediatamente el tribunal arbitral para determinar la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica. En ejecución de esta disposición, el 25-01-1899, se instaló el tribunal arbitral en el Palacio de Orsay de París. Este tribunal arbitral debía dictar un laudo de derecho que determinara la línea divisoria que constituye la frontera oriental de Venezuela, pero terminó dictando una farsa de Laudo dirigido a beneficiar abiertamente al Reino Unido.

El artículo II del Tratado de Washington estableció la composición del tribunal arbitral que debía estar conformado por cinco juristas; dos por parte de Venezuela, uno nombrado por el Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, a saber Melville Weston Fuller, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, y el otro por los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América David Josiah Brewer, juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América; dos por parte del Reino Unido, nombrados por los miembros de la Comisión Judicial del Consejo Privado de Su Majestad, a saber, el Barón Herschell y Sir Richard Henn Collins, uno de los jueces de la Corte Suprema de Judicatura de Su Majestad; y de un quinto jurista que sería elegido por las cuatro personas nombradas y quien sería Presidente del Tribunal. El Barón Herschell, que representaba al Reino Unido, falleció el 01-03-1899 y fue sustituido por Charles Russel of Killowen, miembro del Consejo Privado de la Reina Victoria.

A Venezuela no le correspondió elegir sus árbitros, como sí lo hicieron el Reino Unido y los Estados Unidos de América y el proceso arbitral, al igual que el laudo, se llevó a cabo sólo en inglés.

De conformidad con el artículo II del Tratado de Washington, el Presidente del tribunal arbitral debía ser elegido por los árbitros designados por

---

<sup>18</sup> Cfr. Tomás Enrique Carrillo Batalla (coord.), *La reclamación venezolana sobre la Guayana Esequiba*, ACIENPOL, Serie Eventos 2, Caracas, 2008, p. 434.

los Estados Unidos y el Reino Unido. Ese quinto árbitro fue el ruso Fiódor Fiódorovich Martens, reconocido jurista con amplia experiencia en materia de arbitraje. Reservemos este nombre que ya volveremos con él.

Venezuela estuvo representada por cinco abogados. El primero de ellos fue Benjamín Harrison, Expresidente de los Estados Unidos; el segundo fue James Russell Soley, historiador naval; el tercero fue Benjamín F. Tracy, Ex Secretario de Guerra de los Estados Unidos; el cuarto José María Rojas, diplomático que ocupó varias veces el cargo de Ministro Plenipotenciario y único venezolano de este grupo; y Severo Mallet-Prevost, el abogado más joven del grupo.

Venezuela no suscribió el Tratado de Washington de 1899 en forma libre. Recordemos que conforme al derecho de los tratados existen tres elementos centrales para su formulación, a saber, capacidad, consentimiento y legalidad del objeto del tratado<sup>19</sup>.

Esta primera razón se refiere al consentimiento que, en el caso del Tratado Arbitral de Washington, no fue manifestado libremente por Venezuela. Al contrario, en varias oportunidades se obligó a Venezuela a aceptar las disposiciones del acuerdo arbitral que estaba siendo negociado.

Tengamos en cuenta que Venezuela fue apartada varias veces de las negociaciones del acuerdo arbitral. Así ocurrió en las conversaciones en las que se discutió la regla de la prescripción, donde el ministro venezolano José Andrade fue progresivamente excluido de lo que terminó siendo una negociación entre el Secretario de Estado de los Estados Unidos, Richard Olney, y el Embajador del Reino Unido en los Estados Unidos, Julián Pauncefote, que terminó en un pacto secreto suscrito solo entre ellos el 12-11-1896.

Conforme a lo señalado en el artículo III del Tratado de Washington, el tribunal arbitral tenía la obligación de:

...investigar y cerciorarse de la extensión de los territorios respectivamente, o que pudieran ser legítimamente reclamados por aquellas o éste, al tiempo de la adquisición de la Colonia de la Guayana Británica por el Reino Unido, y determinar la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica.

Esto suponía que los árbitros examinarían cada uno de los títulos de las partes, cosa que nunca ocurrió. Venezuela tenía todos los títulos legítimos sobre el territorio controvertido, el Reino Unido no tenía nada más que delimitaciones unilaterales que carecían de valor jurídico.

El artículo IV del Tratado de Washington estableció el derecho aplicable a la controversia entre Venezuela y el Reino Unido que:

...al decidir los asuntos sometidos a los árbitros, éstos se cerciorarán de todos los hechos que estimen necesarios para la decisión de la controversia, y se gobernarán por las siguientes reglas en que están convenidas las altas partes contratantes como reglas que han de considerarse aplicables al caso, y por los

---

<sup>19</sup> Max Sorensen, Manual de derecho internacional público, FCE, México, 1973, p. 644.

principios de derecho internacional no incompatibles con ellas, que los árbitros juzgaren aplicables al mismo.

Esas reglas fueron: **(i)** Una posesión adversa o prescripción por el término de cincuenta años constituirá un buen título. Los árbitros podrán estimar que la dominación política exclusiva de un Distrito, así como la efectiva colonización de él son suficientes para constituir una posesión adversa o crear títulos de prescripción; **(ii)** Los árbitros podrán reconocer y hacer efectivos derechos y reivindicaciones que se apoyen en cualquier otro fundamento válido conforme al derecho internacional y en cualesquiera principios de derecho internacional que los árbitros estimen aplicables al caso y que no contravengan a la regla precedente; **(iii)** Al determinar la línea divisoria, si el tribunal hallare que el territorio de una parte ha estado en la fecha de este tratado ocupado por los ciudadanos o súbditos de la otra parte, se dará a tal ocupación el efecto, que, en opinión del tribunal, requieran la razón, la justicia, los principios del derecho internacional y la equidad del caso.

### 3. Nulidad del Laudo de París del 03-10-1899

A la una de la tarde de día martes 03-10-1899, en el Palacio de Orsay en París, luego de cincuenta y cuatro audiencias, de cuatro horas de duración cada una, celebradas por el tribunal arbitral, durante los últimos días de la presidencia de Ignacio Andrade, y en medio de la Revolución Liberal Restauradora, se leyó, dictó y publicó el Laudo Arbitral de París.

En seis párrafos, ochocientos cuarenta y cuatro palabras, y sin ninguna motivación, el tribunal arbitral decidió por unanimidad adjudicar al Reino Unido 159.500 kilómetros, que constituían más del noventa por ciento del territorio controvertido y que era bastante más que el territorio al que el Reino Unido tenía derecho por habérselos cedido Holanda mediante del Tratado de Londres el 13-08-1814.

Recordemos que el territorio que había cedido Holanda al Reino Unido era un espacio geográfico de no más de 32.186 kilómetros cuadrados; que a su vez Holanda había adquirido de España mediante la Paz de Münster de Westfallia o Tratado de Münster.

Como señala Héctor Faúndez, la dimensión de lo que el Laudo de París adjudicó al Reino Unido *“es mayor que la superficie conjunta de Suiza, Bélgica y los Países Bajos, e incluso mayor que la superficie conjunta de toda Inglaterra y Gales”*<sup>20</sup>.

El Laudo de París del 03-10-1899 fue dictado en violación a las normas del tratado de arbitraje que le dio origen; en contra del derecho internacional vigente para el momento que se dictó; en violación del debido proceso e incurriendo en el vicio de exceso de poder y de *ultra petita*; además fue totalmente inmotivado y violó el deber de imparcialidad de los árbitros.

<sup>20</sup> Héctor Faúndez Ledesma, “Presentación”, en Héctor Faúndez Ledesma y Rafael Badell Madrid (coords.), La controversia del Esequibo, ACIENPOL – EJV, Serie Eventos 34, Caracas, 2022. p. 17.

### 3.1. Violación al debido proceso

Conforme a los términos del Tratado de Washington y, en particular, de acuerdo a lo establecido en los artículos III y IV, se trataba claramente de un arbitraje de derecho y como tal los árbitros debían respetar la letra y espíritu del Tratado de Washington, estudiar, investigar y cerciorarse de los títulos de derecho de cada una de las partes y administrarlo al derecho internacional del momento.

No obstante lo anterior, el Tribunal Arbitral de París no investigó ni se cercioró de la legitimidad y legalidad de los títulos de Venezuela, todo lo contrario, los desechó en contravención del artículo III del tratado de arbitraje que estableció:

El Tribunal investigará y se cerciorará de la extensión de los territorios respectivamente, o que pudieran ser legalmente reclamados por aquellas o éste, al tiempo de la adquisición de la Colonia de la Guayana Británica por la Gran Bretaña, y determinará la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica<sup>21</sup>.

La expresión *legalmente reclamados* suponía que para resolver la controversia, los árbitros debían atenerse sólo a los títulos que las partes pudieran demostrar en derecho y, a su vez, decidir conforme a los principios de derecho internacional vigentes para el momento.

Los árbitros tenían la obligación de analizar los títulos de las partes y considerar el derecho aplicable al momento de la controversia, teniendo en cuenta que el alcance de la controversia se concretaba a los territorios *que pudieran ser legalmente reclamados* por las partes.

La obligación de *investigar y cerciorarse* suponía que los árbitros debían atender a los títulos de derecho de cada una de las partes y corroborar que efectivamente eran susceptibles de ser considerados como pruebas de sus pretensiones.

Esta obligación está también en el artículo V del tratado conforme al cual los árbitros debían *examinar y decidir imparcial y cuidadosamente las cuestiones que se les hayan sometido*. En efecto, el artículo V del Tratado de Washington estableció que:

Los Árbitros se reunirán en París dentro de los sesenta días después de la entrega de los argumentos impresos mencionados en el artículo VIII, y procederán a examinar y decidir imparcial y cuidadosamente las cuestiones que se les hayan sometido o se les presentaren, según aquí se estipula, por parte de los Gobiernos de los Estados Unidos de Venezuela y de Su Majestad Británica respectiva<sup>22</sup>.

De los artículos citados se desprenden dos obligaciones para los árbitros. En primer lugar, examinar las cuestiones que le hayan sido sometidas y, en segundo lugar, decidir sobre ellas, de manera imparcial y cuidadosa.

<sup>21</sup> Héctor Faúndez Ledesma, La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guayana vs. Venezuela, ob. cit., p. 337.

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p. 338.

Sin embargo, no fue así. Los árbitros decidieron con total discrecionalidad y sin tomar en cuenta ninguno de los títulos válidos de Venezuela.

### **3.1.1. Carta de Henry Light, Gobernador de la Colonia de Guayana Británica dirigida a Lord Stanley, Ministro de Colonias del Reino Unido, de fecha 04-03-1842**

Un ejemplo de un elemento de convicción que no fue valorado por el tribunal arbitral es la carta de fecha 04-03-1842 de Henry Light, gobernador de la Colonia de Guayana Británica, dirigida a Lord Stanley, Ministro de Colonias del Reino Unido. Esta era una prueba fundamental en favor de las pretensiones de Venezuela por cuanto el gobernador expresó que no tenían reclamación alguna sobre el río Amacuro, al oeste del río Barima. Con esta carta quedó claro que incluso el gobernador Henry Light tenía serias dudas sobre la legitimidad de la segunda línea Schomburgk cuando escribió lo siguiente:

...Nosotros no tenemos ninguna reclamación sobre el río Amacuro, al oeste del Barima, aunque en el viejo mapa del Mayor L. von Bouchenroeder, publicado en 1798, el primer río está marcado al este del segundo, y ambos desembocando en el Orinoco.

Tanto el mapa del señor Schomburgk como el del señor Codazzi sitúan estos ríos en la posición adecuada, con el Amacuro entrando en el Orinoco desde el sur oeste del Barima. [...]

Yo creo que el señor Schomburgk asume que el Amacuro es la frontera, solamente por razones de conveniencia. [...]

Ni el Barima ni el Amacuro pueden ahora ser de ninguna importancia para Gran Bretaña, y sólo podrían ser ocupados a un costo de vidas y dinero que no lo haría conveniente; pero debemos tener cuidado de que una potencia más importante que Venezuela no tome posesión de ellos.

La existencia de las repúblicas hispano americanas parece depender tanto de partidos políticos siempre listos para disputar por el poder, que uno podría preguntarse qué es lo que impide que una de las provincias en disputa, deseando obtener ayuda externa, le ofreciera a los Estados Unidos o a Francia, o a cualquier otra potencia, un asentamiento, simplemente por la locura de los sentimientos partidistas, listos para zambullirse en la insensatez de obtener alguna ventaja temporal sobre la facción opuesta. [...]

[...] la Guyana Británica nunca debe someterse a tener las banderas de Francia o de los Estados Unidos, o de cualquier otra potencia, ondeando en sus fronteras. (Destacado agregado)<sup>23</sup>.

Con este documento se puso de manifiesto, no solo la falta de interés de los ingleses en ocupar los territorios que abarcó la segunda línea Schomburgk, sino la inviabilidad de tales ocupaciones que, según el gobernador, *“sólo podrían ser ocupados a un costo de vidas y dinero que no lo haría conveniente”*.

<sup>23</sup> Cit. en Héctor Faúndez Ledesma, La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guayana vs. Venezuela, ob. cit., pp. 166-167. Carta del 04-03-1842, de Henry Light, Gobernador de la colonia de Guyana Británica, a Lord Stanley, Ministro de Colonias Inglés, Foreign Office, 80/108. Palabras traducidas por el autor citado.

Ese documento no fue tomado en cuenta por el tribunal arbitral. Venezuela sabía de la existencia de esta carta, pero desconocía su contenido. En su momento, los representantes de Venezuela pidieron al tribunal que exigiera a los británicos que la revelaran, sin embargo, la respuesta fue una negativa que se fundaba en *consideraciones de alta política*.

Con esta negativa el Tribunal Arbitral de París infringió el artículo VII del Tratado de Washington que estableció la obligación de las partes de suministrar las pruebas que estuviesen en su exclusiva posesión si la otra parte así lo requiere:

...Si en el Alegato sometido a los Árbitros una u otra parte hubiere especificado o citado algún informe o documentos que esté en su exclusiva posesión, sin agregar copia, tal parte quedan obligadas, si la otra ejerce conveniente pedirla, a suministrarle copia de él; y una u otra parte podrá excitar a la otra, por medio de los Árbitros, a producir los originales o copias certificadas de los papeles aducidos, como pruebas, dando en cada caso aviso de esto dentro de los treinta días; después de la presentación del Alegato; y el original o la copia pedidos se entregaran tan pronto como sea posible y dentro de un plazo que no exceda de cuarenta días; después del recibo del aviso<sup>24</sup>.

A pesar de lo establecido en ese artículo, solo se tuvo conocimiento del documento luego de que se abrieron los archivos confidenciales ingleses, momento en el que se descubrieron ese y otros documentos de gran valor probatorio que los árbitros dejaron de lado, a pesar del deber que tenían, de acuerdo con el artículo V del Tratado de Washington, de *“examinar y decidir imparcial y cuidadosamente las cuestiones que se les hayan sometido o se les presentaren”*<sup>25</sup>.

### **3.1.2. La Primera Línea Schomburgk de 1835 no fue tomada en cuenta**

Otra violación grave de las obligaciones que el tratado imponía a los árbitros está relacionada con la denominada primera línea Schomburgk de 1835 que no fue tomada en cuenta por los jueces. Esta primera línea de Schomburgk:

...sólo se aparta de dicho río como a unas 45 millas aproximadamente de la costa, en la confluencia de los Ríos Mazaruni y Cuyuní con el Esequibo y desde ese punto forma una especie de bolsa, al oeste del Río Esequibo, hasta el punto de la costa donde desemboca el Río Moroco<sup>26</sup>.

Aunque la primera línea Schomburgk es la menos agresiva en comparación con las futuras delimitaciones inglesas, fue construida sobre la base de antiguas demarcaciones igualmente arbitrarias. En efecto, la primigenia línea Schomburgk fue trazada considerando los mapas de Deslile que datan del 22-03-1700 que fueron malinterpretados *“casi desde el principio por*

<sup>24</sup> Héctor Faúndez Ledesma, La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guayana vs. Venezuela, ob. cit., pp. 338-339.

<sup>25</sup> Ídem.

<sup>26</sup> Carlos Sosa Rodríguez, ob. cit., p. 122.

*D'Anville (1748), un individuo cuyo nombre e influencia fueron suficientes para perpetuar hasta hoy, los errores por el introducidos*<sup>27</sup>.

La línea de D'Anville delimitó la frontera entre las posesiones españolas y holandesas, pero difería notoriamente de lo establecido en los mapas de Deslisle. Más tarde, John Arrowsmith *"trazó dos líneas, una línea limitando la ocupación holandesa al río Pomerón y otra similar a la trazada por Deslisle y D'Anville"*<sup>28</sup>.

Los mapas de Arrowsmith fueron estudiados con detalle por Severo Mallet-Prevost de lo que el abogado concluye que *"dicho autor no tenía intención alguna de publicar una línea nueva, considerándola enteramente arbitraria"*<sup>29</sup>. La primera línea Schomburgk se fundamentó en estos antecedentes cartográficos, por lo tanto, es igual o más arbitraria que las delimitaciones previas.

El tribunal arbitral ignoró la existencia de la primera línea Schomburgk y, por el contrario, tomó en cuenta la línea expandida del mapa de Hebert de 1842. Sobre esta línea existen indicios de falsificación y alteración. En efecto:

Venezuela tiene pruebas de que el Foreign Office británico no conoció esa línea hasta junio de 1886. Ya esto es más que un grave indicio de que se trataba de una reciente corrupción del mapa original que reposaba desde 1842 en el Colonial Office<sup>30</sup>.

### **3.1.3. Violación de la regla "C" del artículo IV del Tratado de Washington: de la ocupación como medio de adquisición de los territorios y el principio *uti possidetis iuris***

De otra parte, tengamos en cuenta también la regla "C" del artículo IV, que precisa también la aplicación del derecho internacional, en los siguientes términos: *"Los Árbitros podrán reconocer y hacer efectivos derechos y reivindicaciones que se apoyen en cualquier otro fundamento válido conforme al derecho internacional y en cualesquiera principios de derecho internacional que los Árbitros estimen aplicables al caso"*<sup>31</sup>.

De conformidad con lo establecido en los artículos citados el arbitraje sería de derecho y, como tal, los árbitros debían respetar la letra del Tratado de Washington de 1897, estudiar, investigar y cerciorarse de los títulos de derecho de cada una de las partes y adminicularlo al derecho internacional del momento.

---

<sup>27</sup> Isidro Morales Paúl, "El juicio arbitral sobre la Guayana Esequiba de 1899 y la violación de los principios del debido proceso en perjuicio de Venezuela", en Tomás Enrique Carrillo Bataña (coord.), ob. cit., p. 342.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, p. 343.

<sup>29</sup> *Ídem.*

<sup>30</sup> Hermann González Oropeza y Pablo Ojer, ob. cit., p. 13.

<sup>31</sup> Héctor Faúndez Ledesma, La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guayana vs. Venezuela, ob. cit., p. 338.



Contrariamente a todo lo expuesto, los árbitros decidieron con total discrecionalidad, sin tomar en cuenta los títulos válidos de Venezuela y en abierta violación al debido proceso y al derecho aplicable para el momento, no obstante que Venezuela posee títulos de derecho que fundamentan la legítima titularidad de Venezuela sobre el territorio Esequibo.

Además, consta en diferentes fuentes de naturaleza histórica que España –en los tiempos de la colonia– ejerció verdaderos actos de soberanía sobre el territorio en disputa. Como señala Guerra Iñiguez “*la ocupación está íntimamente vinculada con el descubrimiento*”<sup>32</sup>, es fácil comprender que España adquirió estos territorios a través de este medio.

En el derecho internacional público la ocupación es uno de los medios originarios de adquisición de territorios. De allí que la ocupación de territorios mediante asentamientos humanos y muestras de ejercicio de poder en ellos tiene una relevancia jurídica central por cuanto es uno de los medios originarios de adquisición del territorio, reconocido por la doctrina del derecho internacional<sup>33</sup>.

Los actos de ocupación, si bien no están dotados del mismo valor que los títulos jurídicos, son pruebas fehacientes de que el territorio al oeste del río Esequibo fue ocupado y dominado por España que, a través del principio *uti possidetis iuris* y, luego, de un tratado de reconocimiento, fue adquirido por Venezuela.

Debemos tener en cuenta que el principio *uti possidetis iuris* es una máxima jurídica con origen en el derecho romano que además constituye un principio del derecho internacional público americano adoptado por los nuevos Estados independientes. Según este principio los territorios de los Estados nacientes serían los mismos que fueron dominados por sus respectivas colonias. Este principio es de gran utilidad práctica, aún en nuestros días, por cuanto facilitó la delimitación territorial entre varios países sudamericanos durante la emancipación.

Como ha indicado Claudio Briceño Monzón:

La soberanía de Venezuela sobre el Territorio Esequibo se fundamenta en hechos históricos y geográficos. En la delimitación de sus fronteras, Venezuela ha invocado a su favor documentos, entre ellos, las Cédulas Reales, que confirman sus derechos indudables desde tiempos coloniales. Dichos documentos se fundamentan en el principio de *Uti Possidetis Juris* como título legítimo de su dominio eminente en el que convinieron todas las repúblicas suramericanas al

---

<sup>32</sup> Daniel Guerra Iñiguez, *Derecho internacional público*, 2° ed., Grafiunica, Caracas, 1976. p. 179.

<sup>33</sup> Véase la ponencia de Luís García Corrochano en el evento sobre Las reglas del Tratado de Washington de 1897 realizado en el marco del Ciclo de Conferencias sobre la Controversia del Esequibo organizado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en fecha 15-07-2021. Disponible en: <https://bit.ly/3oG1AfQ>

terminar sus guerras de independencia de conservar los territorios que correspondían a sus provincias bajo el dominio español<sup>34</sup>.

En cuanto al territorio de Venezuela y su proceso histórico-jurídico de formación, hay que atender muy especialmente a todo lo expresado por Brewer Carías en relación con que:

...la demarcación del territorio se siguió el principio del derecho internacional público americano conocido como el *uti possidetis juris*, según el cual la República de Colombia tenía derechos sobre los territorios que correspondían, en 1810 a la Capitanía General de Venezuela y al Virreinato de Nueva Granada<sup>35</sup>.

El valor del principio *uti possidetis iuris* en la reclamación del territorio Esequibo ha sido un asunto de especial relevancia que se remonta a los tiempos del nacimiento de la República y permanece con pleno vigor en nuestros días:

Venezuela siempre ha invocado como medio para dilucidar la cuestión limítrofe, la orientación que brinda la división administrativa que la corona española hizo sobre esa extensión territorial y que denominó Capitanía General de Venezuela y además ha invocado y acogido los resultados que emergen de los tratados de límites que antes de 1810 España hubiese celebrado con otros países<sup>36</sup>.

### 3.1.4. Documentos históricos que respaldan los derechos de Venezuela sobre el territorio Esequibo

a. *Bula Menor Intercétera dictada por Papa Alejandro VI en 1493*. El primer documento que constituye un título jurídico sobre los territorios en disputa fue la Bula Menor Intercétera dictada por Papa Alejandro VI en 1493, mediante la cual se dividió a los territorios de América del sur entre España y Portugal con base en los descubrimientos de ambas naciones.

Las Bulas Alejandrinas, constituyen una serie de documentos pontificios emanados luego del primer viaje de Cristóbal Colón en 1493. Luego de este importante hecho surgieron una serie de controversias entre España y Portugal. Las Bulas papales de Alejandro VI tenían la finalidad de resolver estos asuntos territoriales. Hubo tres documentos de esta naturaleza:

El primero, del 3 de mayo de 1493 concedió a España “por la autoridad de Dios omnipotente”, el dominio exclusivo y perpetuo de los nuevos territorios. El segundo, expedido el 4 de mayo del mismo año, fijó una línea divisoria de norte a sur a unos 560 kilómetros al oeste de las islas de Cabo Verde. El papa afirmó que todas las tierras descubiertas o por descubrir al oeste de esa línea pertenecían a España, a Portugal pertenecían las descubiertas al este. El tercer de-

<sup>34</sup> Claudio Alberto Briceño Monzón, “La Guayana Esequiba: Frontera Oriental de Venezuela” en *El reclamo Esequibo un compromiso nacional vigente ante la historia y la justicia*, compilado por Manuel Donís Ríos, UCAB, 2021, p. 16.

<sup>35</sup> Véase Allan Randolph Brewer-Carías, “La formación de la república y de su territorio en las constituciones del siglo XIX. Un legado del proceso constitucional que comenzó con la Ley Fundamental de la República de Colombia promulgada por Simón Bolívar, en Angostura, el 17 de diciembre de 1819”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 164 abril-junio, Caracas, 2021.

<sup>36</sup> Alfonso Rivas Quintero, *Derecho constitucional*, Clemente Editores, Valencia, 2002, p. 232.

creto parecía aumentar la influencia de España en el este, hasta la India. Esto último no fue del agrado del rey Juan II de Portugal, por lo cual, apeló a España y negoció directamente con los Reyes Católicos<sup>37</sup>.

*b. Tratado de Tordesillas del 07-06-1494.* La inconformidad con la tercera Bula Alejandrina llevó a Portugal a apelar de la decisión y esto condujo a la negociación directa entre Portugal y los reyes católicos. El resultado de ello, fue el Tratado de Tordesillas, firmado el 07-06-1494, un acuerdo complementario a la Bula Inter Caetera que precisó con mayor detalle la división y amplió el territorio portugués hasta 350 leguas de Cabo Verde. Con esto, el tratado consagró la soberanía de España y Portugal en el continente americano mediante la repartición de zonas de navegación y conquista entre ambas naciones.

*c. Actos de posesión de españoles sobre el territorio Esequibo y elementos cartográficos que los respaldan.* Para el año 1498 exploradores españoles descubrieron y colonizaron estos territorios. Colón lo hizo en el Golfo de Paria y el Delta del Orinoco y, más tarde, en 1499 Alonso de Ojeda incursionó en la costa de Guayana abarcando las zonas del río Orinoco y el río Amazonas<sup>38</sup>. Es claro que correspondían a España los títulos sobre estas tierras, así lo había representado el Planisferio de Juan de la Cosa, el primer mapamundi que incluyó a América y que data del año 1500<sup>39</sup>.

Después, entre 1531 y 1532, el militar y explorador, Diego de Ordaz, exploró desde el Río Orinoco hasta el Meta, así como las cuencas del río Cuyuní y Mazaruní. Luego, Carlos V le concedió el gobierno del territorio<sup>40</sup>. En 1533 los españoles se introdujeron por el río Maraven, como denominaban los lugareños al Esequibo. El descubrimiento e inspección del Río Esequibo se debe, en gran medida, al capitán Juan de Esquivel, uno de los principales exploradores españoles.

En 1562 y 1569 se efectuaron más de veinte expediciones en el Orinoco y el interior de Guayana, todas dirigidas por súbditos de la corona española que contaban con las autorizaciones necesarias para ello.

Brewer-Carías indica que la provincia de Guayana fue creada formalmente por la Real Cédula de fecha 18-11-1568, en la que se dispuso que la Audiencia de Santa Fe debía autorizar a Gonzalo Jiménez de Quesada para realizar expediciones y actos de posesión en las tierras al este del Nuevo

---

<sup>37</sup> Véase "Bulas Alejandrinas" en Biblioteca de la Universidad Pontificia Bolivariana. Disponible en <https://bit.ly/43jQRGZ> "Los documentos originales de las Bulas Alejandrinas se conservan en el Archivo General de Simancas; el Archivo de Indias y el Archivo Nacional de la Torre do Tombo de Lisboa".

<sup>38</sup> Véase en general el pormenorizado recuento de títulos históricos de Venezuela sobre el territorio en reclamación en la obra del académico Dr. Carlos Álamo Ybarra, *Fronteras de Venezuela con la Guayana Británica*, ACIENPOL – Editorial Élite, Caracas, 1938.

<sup>39</sup> Ídem.

<sup>40</sup> Véase Carlos Álamo Ybarra, ob. cit.

Reino de Granada. Esta orden fue ejecutada finalmente por Antonio de Berrio en 1569<sup>41</sup>.

Los siglos XVI y XVII se caracterizaron por ejercicio de actos de soberanía de España en estos territorios. Las reglas del derecho internacional aceptadas en forma pacífica solo exigían para hablar de un título *ius ad rem* el haber descubierto un territorio sin requerir la celebración de algún acto solemne. Ese título debía ser complementado con la posterior posesión efectiva del territorio.

No puede negarse que España cumplió con ambos requisitos. Difícilmente podría negarse que los españoles descubrieron y conquistaron estas tierras. Más complicado aún es negar su dominio, difícil de consolidar por *“la actitud hostil de los indios caribes hacia los españoles, a favor de los holandeses”*<sup>42</sup>.

Debemos insistir en la relevancia de los Tratados de Utrecht –muy importantes en la delimitación del territorio– por cuanto mediante compromiso de 13-07-1713, el Reino Unido se obligó a dar ayuda a los españoles *“para que los límites antiguos de sus dominios de América se restituyan y fijen como estaban en tiempos de Carlos II”*<sup>43</sup>.

En 1734 Don Carlos de Sucre, Gobernador de Cumaná, provincia de la que Guayana formaba parte, convino con los preladados de las comunidades religiosas en dividir la comarca en tres zonas misionales. La asignada a los Padres Capuchinos incluía el territorio que se extiende *“desde la Boca Grande de Orinoco hasta la colonia de Esequibo”*<sup>44</sup>. Esto es particularmente importante porque las misiones religiosas cumplen la función de ser instrumentos de ocupación efectiva, con lo que se demuestra el ejercicio de soberanía sobre esos territorios<sup>45</sup>.

Luego, el 13-01-1750, Fernando VI de España y Juan V de Portugal, firmaron el Tratado de Madrid que demarcó las fronteras entre las colonias suramericanas de España y Portugal<sup>46</sup>. Justo ese año se publicó el siguiente mapa titulado “Nueve Granade, Caracas et Guyanes”. Este mapa es relevante desde que indica que el territorio situado al oeste del río Esequibo era para ese momento denominado Guayana Española (*Guyane Spagnole*). De él

---

<sup>41</sup> Allan Brewer-Carías, “La formación de la república y de su territorio en las constituciones del siglo XIX. Un legado del proceso constitucional que comenzó con la Ley Fundamental de la República de Colombia promulgada por Simón Bolívar, en Angostura, el 17 de diciembre de 1819”, ob. cit.

<sup>42</sup> Isidro Morales Paúl, “El juicio arbitral sobre la Guayana Esequiba de 1899 y la violación de los principios del debido proceso en perjuicio de Venezuela”, ob. cit., p. 319.

<sup>43</sup> Carlos Álamo Ybarra, ob. cit., pp. 25-26.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 15.

<sup>45</sup> De hecho, en la investigación cuya realización fue acordada por el Congreso de los Estados Unidos a instancia del Presidente Glover Cleveland en fecha de 21-12-1895 para investigar a profundidad todo lo relacionado con la controversia entre Venezuela y el Reino Unido, fueron tomados en cuenta estos asentamientos misionales que, como señalamos, fungen como instrumentos de ocupación efectiva del territorio en disputa.

<sup>46</sup> *Ibíd.*, p. 23.

se deduce que los títulos de Venezuela sobre el territorio controvertido siempre han sido suficientes y definitivos cuestión que se refleja en los mapas elaborados en distintas épocas de nuestra historia.



Sabemos que los mapas por sí mismos no tienen valor de títulos y que su eficacia se limita a demostrar las aspiraciones de las partes “y especialmente hacen prueba contra aquél que los hubiera elaborado por su carácter unilateral”<sup>47</sup>. En sentido similar Héctor Faúndez indica que:

Los mapas oficiales no constituían (ni constituyen) un título de dominio o de adquisición de territorio y, procediendo de parte interesada, tampoco constituían (ni constituyen) un medio de prueba de la extensión de los territorios bajo el dominio soberano de cada Estado; pero sí son un valioso medio de prueba de la contraparte, para mostrar hasta dónde llegaban las pretensiones territoriales de quien, alguna vez, exhibió esos mapas como oficiales<sup>48</sup>.

Para 1750, ni siquiera había sido creada la Capitanía General de Venezuela; pero sí se había celebrado el Tratado de Múnster o Paz de Múnster de Westfallia el 24-10-1648, por medio del cual el Reino de España cedió a Holanda los campamentos de Demerara, Berbice y Esequibo. Sin embargo, todos los territorios objeto de cesión se encontraban al este del río Esequibo.

De lo anterior se concluye que todos los territorios ubicados al oeste del río Esequibo pertenecían al Reino de España. Ello tiene por consecuencia que luego de su independencia Venezuela sucedió al Reino de España en

<sup>47</sup> Gabriel Ruan Santos, “Los títulos de la reclamación por la Guayana esequiba. Especial referencia a la cláusula de prescripción”, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, N° 165 julio- septiembre 2021, Caracas, 2021.

<sup>48</sup> Héctor Faúndez Ledesma, La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guayana vs. Venezuela, ob. cit., p. 78.

sus derechos sobre estas tierras. Desde luego eso incluye el espacio geográfico que se reputa en este mapa como Guayana Española.

El 04-06-1762, el Rey de Castilla, “expidió en Aranjuez un real título erigiendo toda la Guayana en Comandancia separada, con inmediata subordinación al Virreinato de Nueva Granada”<sup>49</sup>. Luego, el 05-05-1768, se estableció mediante Real Cédula que el límite sur de Guayana sería el río Amazonas y la separó de Nueva Andalucía<sup>50</sup>.

A ello seguiría la creación de la Capitanía General de Venezuela, mediante Real Cédula de 08-09-1777. Ese mismo año se dispuso la separación de las provincias de Cumaná, Guayana y Maracaibo e Islas de Trinidad y Margarita del Virreinato y Capitanía General del Nuevo Reino de Granada para incorporarlas a la Capitanía General de Venezuela<sup>51</sup>.

En 1779 José de Ávalos, Intendente General de Venezuela, autorizó al oficial José Felipe de Inciarte, para que desarrollara labores de reconocimiento y población en la zona oriente del Bajo Orinoco<sup>52</sup>.

En 1790 se publicó un nuevo mapa titulado “Caracas and Guyanas” al igual que el mapa publicado en 1750, indica cuál era el territorio de la Guayana Española (*Spanish Guyana*) cuya frontera oriental coincide, precisamente, con el río Esequibo. En este sentido, esta representación cartográfica tiene un gran valor al señalar cuales eran los dominios del Reino de España para el momento. Este mapa fue realizado luego de la celebración del Tratado de Münster o Paz de Münster de Westfallia de fecha 24-10-1648. Con ello queda demostrado que ya para el año de realización de este mapa (1790) el Reino de España había cedido a Holanda los campamentos de Demerara, Berbice y Esequibo; todos ellos ubicados al este del río Esequibo.

---

<sup>49</sup> Carlos Álamo Ybarra, ob. cit., p. 17.

<sup>50</sup> Allan Brewer-Carías, “La formación de la república y de su territorio en las constituciones del siglo XIX. Un legado del proceso constitucional que comenzó con la Ley Fundamental de la República de Colombia promulgada por Simón Bolívar, en Angostura, el 17 de diciembre de 1819”, ob. cit. “En 1768 se agregó a la Provincia la Comandancia General del Orinoco y Río Negro, cuyos linderos llegaban por el sur hasta el Amazonas”.

<sup>51</sup> Cfr. Irene Loreto González, Génesis del constitucionalismo en Venezuela, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2005. p. 74.

<sup>52</sup> Cfr. Carlos Álamo Ybarra, ob. cit., p. 19.



El 01-01-1799, Francisco de Miranda publicó el mapa elaborado por Juan de la Cruz Cano y Olmedilla, conocido también como Mapa Geográfico de América Meridional, en el que se estableció la frontera de la Capitanía y Guyana en el río Esequibo. Esto contó con el patrocinio de los ingleses, de hecho, fue publicado en Londres<sup>53</sup> por William Faden, geógrafo real del rey Jorge III. Smith, en un artículo, llama al mapa de Cano el equivalente sudamericano del mapa de Mitchell de las colonias británicas de 1755<sup>54</sup>:

---

<sup>53</sup> Carlos Sosa Rodríguez, ob. cit., p. 121.

<sup>54</sup> Véase Mapa Geográfico de América Meridional. Disponible en <https://bit.ly/42jSF1v>



El 28-05-1811 se firmó el Tratado Alianza y Confederación entre Cundinamarca y Venezuela –también conocido como el Tratado Lozano-Cortés– por medio del cual se establecieron las bases del *uti possidetis iuris*.

La Constitución de 1811, sancionada el 21 de diciembre estableció en el artículo 128 que:

Luego que libres de la opresión que sufren las Provincias de Coro, Maracaibo y Guayana, puedan y quieran unirse a la Confederación, serán admitidas a ella, sin que la violenta separación en que a su pesar y el nuestro han permanecido,



**BADELL MADRID.** La reclamación de Venezuela sobre el territorio esequibo

pueda alterar para con ellas los principios de igualdad, justicia y fraternidad, de que gozarán luego como todas las demás Provincias de la unión<sup>55</sup>.

Poco tiempo después, el 07-08-1817, Simón Bolívar en carta al coronel Leandro Palacios, desde la Baja Guayana, expresó:

¡Al fin tengo el gusto de ver libre a Guayana! La capital se nos rindió el 18 del pasado, y estas fortalezas el 3 del corriente. El país no ha quedado en el mejor estado, por lo que es la población, que casi se ha aniquilado en los siete meses de sitio, y porque una gran parte de la gente emigró con los españoles<sup>56</sup>.

En fecha 15-10-1817, desde el Cuartel General de Angostura, Simón Bolívar emitió un decreto por el cual incorporó la provincia de Guayana a la República de Venezuela y señala sus departamentos. El artículo 1 estableció que *"La Provincia de Guayana en toda su extensión queda reunida al territorio de Venezuela, y formará desde hoy una parte integrante de la República"*<sup>57</sup>.

El tratamiento específico de los límites de la república en el departamento del Bajo Orinoco fue previsto en los siguientes términos:

Al Norte: las corrientes de Orinoco desde la boca del Caroní hasta la embocadura al mar por río grande, y la costa del mar hasta el fuerte Muruca exclusive. Al Oriente, y Sur: los límites con las posesiones extranjeras. Al Occidente: los que se han señalado al Departamento del centro por el Oriente<sup>58</sup>.

También se incorporó a Guayana como provincia en la Constitución de Angostura, de fecha 15-08-1819, que contó con la participación de los diputados por Guayana Eusebio Afanador, Juan Vicente Cardozo y Juan Tomás Machado. Dentro del Título 2°, sección 1°, el artículo 2 estableció: *"El Territorio de la República de Venezuela se divide en diez Provincias, que son: BARCELONA, BARINAS, CARACAS, CORO, CUMANA, GUAYANA, MARACAYBO, MARGARITA, MERIDA, y TRUJILLO. Sus límites y demarcaciones se fijarán por el Congreso"*<sup>59</sup>.

El 17-12-1819 el Congreso de Angostura sancionó la Ley Fundamental de Colombia, cuyo artículo 2 estableció también el *uti possidetis iuris* en los siguientes términos: *"Su territorio será el que comprendían la antigua Capitanía General de Venezuela, y el Virreinato del nuevo Reino de Granada, abrazando una extensión de 115 mil leguas cuadradas, cuyos términos precisos se fijarán en mejores circunstancias"*<sup>60</sup>.

Con la Ley Fundamental de Colombia y, en especial, con la disposición citada del artículo 2 se complementó el decreto de Simón Bolívar de 15-10-

---

<sup>55</sup> Allan Randolph Brewer Carías, Las constituciones de Venezuela, ACIENPOL, Caracas, 1997, pp. 555 y ss.

<sup>56</sup> Véase el artículo de Rafael Castro, "Las revoluciones son esencialmente transformaciones culturales" publicado el 10-08-2015. Disponible en <https://bit.ly/3C8l6ng>

<sup>57</sup> Véase Decreto del Libertador Simón Bolívar fechado en Angostura el 15-10-1817, por el cual incorpora la provincia de Guayana a la República de Venezuela y señala sus departamentos. Disponible en <https://bit.ly/43p7gdu>

<sup>58</sup> Ídem.

<sup>59</sup> Allan Randolph Brewer Carías, Las constituciones de Venezuela, ob. cit., pp. 619 y ss.

<sup>60</sup> Ibíd., pp. 643-644.

1817 al que ya nos hemos referido antes. Ese decreto no había considerado de forma expresa el principio del *uti possidetis iuris* al establecer los límites y dejó fuera de los dominios venezolanos “una pequeña porción en la línea de la playa del mar Atlántico al oeste de la desembocadura del río Esequibo hasta el río Moruco”<sup>61</sup>. Esto fue subsanado con la derogación tácita del decreto, producida por la referida ley según la cual, ahora sí, el territorio de Venezuela sería el mismo que el de la Capitanía General de Venezuela<sup>62</sup>.

El 20-02-1821 el diplomático Francisco Antonio Zea, que antes había sido Vicepresidente de la República de Colombia desde el 17-12-1819 hasta 19-03-1820 y Embajador de la República de Colombia en el Reino Unido desde el 16-06-1820 hasta el 28-11-1820, dirigió una comunicación al Ministro de Asuntos Exteriores del Reino Unido, Robert Stewart –Vizconde de Castlereagh– para aclarar la situación de la frontera oriental de Colombia. En la referida comunicación expresó:

La República de Colombia ocupa en la América del Sur la parte más septentrional, extendiéndose en latitud desde los 12° N, hasta 69 S, y en longitud desde 589 hasta los 81 Q del meridiano de Greenwich.

Sus límites son al Este el Océano Atlántico que baña sus costas desde las bocas del Orinoco hasta Cabo Nassau; desde este cabo arranca una línea N.S. que partiendo de este cabo termina en el río Esequibo, siendo la ribera izquierda de este río la frontera con la Guayana Holandesa<sup>63</sup>.

A lo anterior sigue la Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos de Colombia del 15-08-1821, sancionada por el Congreso de la Villa del Rosario de Cúcuta, cuyo artículo 5 ratificó el *uti possidetis iuris* de la siguiente manera:

El territorio de la República de Colombia será el comprendido dentro de los límites de la antigua capitanía general de Venezuela y el virreinato y capitanía del Nuevo Reino de Granada. Pero la asignación de sus términos precisos queda reservada para tiempo más oportuno<sup>64</sup>.

También la Constitución de la República de Colombia de 1821, que tomó en cuenta el principio *uti possidetis iuris*, integró a Guayana dentro de su territorio. En efecto, el artículo 6 estableció lo siguiente: “El territorio de Colombia es el mismo que comprendían el antiguo Virreinato de la Nueva Granada y Capitanía general de Venezuela”<sup>65</sup>.

Esto fue ratificado por la Ley de División Territorial de la República de Colombia de 25-06-1824, que estableció que el territorio de la república se dividiría en doce departamentos, incluido el Departamento del Orinoco que, de acuerdo con el artículo 2 *ejusdem*, tenía entre sus provincias las de Cu-

---

<sup>61</sup> Allan Randolph Brewer-Carías, “La formación de la república y de su territorio en las constituciones del siglo XIX. Un legado del proceso constitucional que comenzó con la Ley Fundamental de la República de Colombia promulgada por Simón Bolívar, en Angostura, el 17 de diciembre de 1819”, ob. cit.

<sup>62</sup> Ídem.

<sup>63</sup> Herman González Oropeza y Pablo Ojer, ob. cit., p. 33.

<sup>64</sup> Allan Randolph Brewer Carías, Las constituciones de Venezuela, ob. cit., pp. 645-646.

<sup>65</sup> *Ibid.*, pp. 647 y ss.

maná, Barcelona, Guayana y Margarita. El mismo artículo 2 establecía que la provincia de Guayana estaba compuesta por los cantones de Santo Tomás de Angostura, Río Negro, Alto Orinoco, Caura, Guayana Vieja, Caroní, Upata, La Pastora y La Barceloneta<sup>66</sup>.

La Ley de División Territorial de fecha 25-06-1824 siguió vigente incluso después de la desintegración de Colombia al ser adoptada por el Estado de Venezuela. Esto es fundamental para la comprensión de la historia limítrofe venezolana. Luego de la separación de Venezuela de la República de Colombia se mantuvieron los mismos límites territoriales fijados en la Ley de División Territorial de 1824.

De manera que la composición territorial del Estado de Venezuela siguió siendo la misma. Venezuela seguía ejerciendo su soberanía sobre el mismo territorio que en el pasado fue el asiento de la Capitanía General de Venezuela. Esa situación permaneció hasta que durante el gobierno de José Tadeo Monagas fue sancionada la Ley del 28-04-1856 que establece la División Territorial de la República de Venezuela.

El 16-07-1824 la República de Colombia solicitó al Reino Unido su reconocimiento como nación independiente. Ese mismo año José Manuel Hurtado fue nombrado Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de Colombia, como sustituto del Doctor Rafael Revenga, con el cometido principal de obtener ese reconocimiento<sup>67</sup>. El Reino Unido dio su reconocimiento sin reservas a la República de Colombia.

Este *"reconocimiento de Colombia viene por la influencia de Canning a lord Liverpool donde este somete un memorándum al gabinete favoreciendo al reconocimiento de nuevos estados"*<sup>68</sup>. En diciembre de 1824 la decisión del Reino Unido de reconocer a Colombia como Estado independiente fue notificada a España y, ese mismo año, se conoció con alegría en América<sup>69</sup>.

El reconocimiento del Reino Unido a la República de Colombia fue expresado mediante el Tratado de Cooperación y Amistad entre Colombia y Gran Bretaña adoptado el 01-04-1825, aprobado por decreto del Congreso de Colombia del 23-05-1825 y ratificado por el gobierno de Colombia en la misma fecha. Las ratificaciones fueron canjeadas el 07-11-1825. Este tratado fue impuesto por el Reino Unido como condición para reconocer a Colombia. El artículo 1 del referido tratado estableció: *"Habrá perpetua, firme y sincera amistad entre la República y pueblo de Colombia, y los dominios súb-*

---

<sup>66</sup> Allan Randolph Brewer-Carías, "La formación de la república y de su territorio en las constituciones del siglo XIX. Un legado del proceso constitucional que comenzó con la Ley Fundamental de la República de Colombia promulgada por Simón Bolívar, en Angostura, el 17 de diciembre de 1819", ob. cit.

<sup>67</sup> Julio Alberto Peña Acevedo, "Cronología de Guyana, cuarta entrega, Gran Colombia". Publicado el 19-03-2015. Disponible en <https://bit.ly/3qjpKxc>

<sup>68</sup> Ídem.

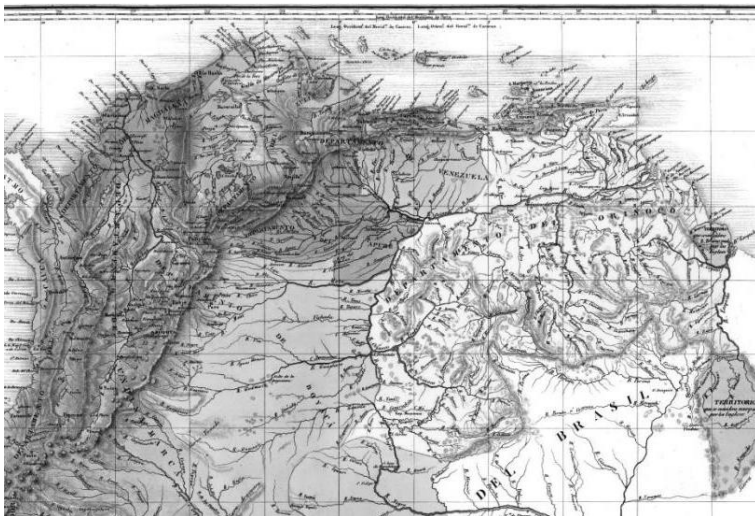
<sup>69</sup> Ídem.

ditos de Su Majestad el Rey del Reino de la Gran Bretaña e Irlanda, sus herederos y sucesores”<sup>70</sup>.

La Constitución de Venezuela de 1830 mantuvo dentro de su territorio a Guayana al establecer expresamente en el artículo 5 el principio del *uti possidetis iuris* en los siguientes términos: “El territorio de Venezuela comprende todo lo que antes de la transformación política de 1810 se denominaba Capitanía General de Venezuela. Para su mejor administración se dividirá en Provincias, Cantones y Parroquias, cuyos límites fijará la ley”<sup>71</sup>.

En el año 1840 los límites de la República de Colombia, establecidos de conformidad con el principio del *uti possidetis iuris*, fueron representados gráficamente en la Carta de la República de Colombia dividida en 12 departamentos en 1824, incluido en el Atlas Físico y Político de la República de Venezuela elaborado por coronel de ingenieros Agustín Codazzi.

Los límites representados en la Carta de la República de Colombia dividida en 12 departamentos en 1824, comprendían los territorios de la provincia de Guayana y en ellos se dejó constancia de cómo en algunas porciones de territorio existían para aquel momento ocupaciones inglesas calificadas de usurpaciones como puede verse a continuación<sup>72</sup>:



Brewer-Carías señala que en dicha carta:

...el territorio del Cantón de Upata de la Provincia de Guayana se extiende hasta el río Esequibo, con exclusión de la zona entre la desembocadura del río Moru-

<sup>70</sup> Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, Tratado de Cooperación y Amistad entre Colombia y Gran Bretaña adoptado el 01-04-1825, disponible en <https://bit.ly/3qm1dro>

<sup>71</sup> Allan Randolph Brewer Carías, Las constituciones de Venezuela, ob. cit., pp. 707 y ss.

<sup>72</sup> Cit. en Allan Randolph Brewer Carías, “La formación de la república y de su territorio en las constituciones del siglo XIX. Un legado del proceso constitucional que comenzó con la Ley Fundamental de la República de Colombia promulgada por Simón Bolívar, en Angostura, el 17 de diciembre de 1819”, ob. cit., p. 143.

**BADELL MADRID.** La reclamación de Venezuela sobre el territorio esequibo

co y el río Esequibo, que aparece en este caso con la indicación de: "TERRITORIO QUE SE CONSIDERA USURPADO POR LOS INGLESES," lo que se repite en la zona de la ribera Oeste de las nacientes del río Esequibo<sup>73</sup>.

El *Mapa Político de la República de Venezuela en 1840* también fue incluido en el *Atlas Físico y Político de la República de Venezuela* de él se deduce que la frontera oriental de la República de Venezuela era el río Esequibo. Aunque, al igual que en la *Carta de la República de Colombia dividida en 12 departamentos en 1824*, no se incluye el territorio de la ribera oeste de las nacientes del río Esequibo y tampoco el territorio en el que se ubica la desembocadura de los ríos Moruco y Esequibo, que aparecían en la *Carta de la República de Colombia dividida en 12 departamentos en 1824* como "territorio que se considera usurpado por los ingleses", aunque en el *Mapa Político de la República de Venezuela en 1840* ya no se observa dicho señalamiento<sup>74</sup>:



Mediante el Tratado de Paz y Reconocimiento de 1845, luego de los procesos de independencia, España renunció a todos los derechos que tenía sobre el territorio venezolano. España reconoció a través de este tratado que la provincia de Guayana formaba parte del territorio de la república.

Asimismo, debe tenerse en cuenta la "Ley de 28-04-1856, que estableció la División Territorial de la República"<sup>75</sup> que hemos comentado preliminarmente al referirnos a la Ley de División Territorial de la República de Colombia de fecha 25-06-1824, que fue su antecedente inmediato por cuanto esta última siguió vigente hasta 1856.

<sup>73</sup> *Ibíd.*, p. 146.

<sup>74</sup> *Ibíd.*, p. 143.

<sup>75</sup> Esta ley de división territorial ha sido la primera y única que ha tenido Venezuela durante su historia en esa materia.

## ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2021-2022

Sobre la Ley de 28-04-1856, que estableció la División Territorial de la República aprobada y sancionada por parte del Congreso de la República de Venezuela hay que destacar la norma del artículo 1° que estableció:

La ciudad de Santiago de León de Caracas, cuna del Libertador Simón Bolívar, es la Capital de la República de Venezuela; y el territorio de ésta se divide en veintiuna Provincias que se denominarán así: Cumaná, Maturín, Margarita, Barcelona, Guayana, Amazonas, Apure, Caracas, Guárico, Aragua, Carabobo, Cojedes, Portuguesa, Barinas, Barquisimeto, Yaracuy, Coro, Trujillo, Maracaibo, Mérida y Táchira<sup>76</sup>.

En realidad, no sorprende el hecho de que se haya incluido dentro de las provincias integrantes de la República de Venezuela a la Provincia de Guayana. Al contrario, ello es la consecuencia natural de los títulos históricos y jurídicos que respaldan la pertenencia del territorio Esequibo a Venezuela desde los inicios de la república.

La Ley de 28-04-1856 detalla aún más el territorio de la República y, desde luego, especifica los cantones que componen la Provincia de Guayana que, conforme a lo establecido en el artículo 7° de ese cuerpo normativo, estuvo formada por *“los cantones Héres, Upata y Alto Orinoco; su capital Ciudad Bolívar”*<sup>77</sup>. Esta misma norma del artículo 7° se subdividió en tres párrafos que indican la división de cada cantón:

Parágrafo Primero.- El cantón Héres se compone de las parroquias Ciudad Bolívar, Panapana, Barcelonesa, Aripao, Borbón, Moitaco, La Piedra, Puruey, Antigua Guayana, Piacoa y Curiapo; su cabecera Ciudad Bolívar.

Parágrafo Segundo.- El cantón Upata se compone de las parroquias Upata, Puerto de Tablas, Cupapui, Pastora, San Antonio, Tumeremo, Gurí, Palmar, Miamo, Caruachi, Tupuquen, Guasipati y Carapo; su cabecera Upata.

Parágrafo Tercero.- El cantón Alto Orinoco se compone de las parroquias Caicara, Cuchibero, Altagracia y Urbana; su cabecera Caicara<sup>78</sup>.

De otra parte, el artículo 8° ratificó que pertenecían a la Provincia de Guayana *“las islas que forman el Orinoco, inclusive todas las del Delta superior e inferior, y las playas denominadas de la manteca, inclusa la de Pararuma”*<sup>79</sup>.

En cuanto a los indicios que llevan a la convicción de que Venezuela siempre ha tenido legítimos derechos sobre el territorio en disputa, no podemos ignorar la importancia de un mapa publicado en 1860 bajo el título *“Caracas and Guiana”*:

---

<sup>76</sup> Ley de 28-04-1856, que establece la División Territorial de la República aprobada y sancionada por parte del Congreso de la República de Venezuela. Disponible en <https://bit.ly/45FmOet>

<sup>77</sup> Ídem.

<sup>78</sup> Ídem.

<sup>79</sup> Ídem.



Este mapa establece el territorio que correspondía al Reino de España y sobre esa porción de espacio geográfico indica *Spanish*, en clara referencia a lo que, antes de la independencia de Venezuela era la Guayana Española.

Asimismo, señala expresamente que el territorio de la Guayana Holandesa, marcada en el mapa como *Dutch Guiana*, comienza al este del río Esequibo. Ese territorio es el que había cedido el Reino de España a Holanda a través del Tratado de Münster del 24-10-1648.

De manera que los títulos de Venezuela se encuentran claramente contenidos no solo en documentos históricos, sino también en cuerpos normativos de derecho interno y de derecho internacional y ninguno de ellos fue tomado en cuenta por el tribunal arbitral, que no investigó ni se cercioró de la legitimidad y legalidad de los títulos de Venezuela.

Como hemos dicho y ratificamos la obligación de *investigar y cerciorarse* suponía que los árbitros debían atender a los títulos de derecho de cada una de las partes y corroborar que efectivamente eran susceptibles de ser considerados como pruebas de sus pretensiones, antes y por el contrario los árbitros decidieron con absoluta discrecionalidad y sin tomar en cuenta ninguno de los títulos válidos de Venezuela.

Si los árbitros hubieran cumplido con el deber de averiguar y asegurarse de la validez de los títulos jurídicos de las partes, habría sido imposible que otorgara tan amplio territorio a los ingleses en violación de los históricos derechos territoriales de Venezuela.

### **3.2. Vicio de exceso de poder**

El Laudo Arbitral de París es nulo por haber incurrido en el vicio de exceso de poder cuando aplicó erróneamente la regla de prescripción en favor

del Reino Unido, con lo que violó el artículo IV del tratado de arbitraje que estableció que:

Una posesión adversa o prescripción por el término de cincuenta años constituirá un buen título. Los árbitros podrán estimar que la dominación política exclusiva de un Distrito, así como la efectiva colonización de él son suficientes para constituir una posesión adversa o crear títulos de prescripción<sup>80</sup>.

Como dijimos antes, se incorporó al Tratado de Washington la regla “a” conocida como la cláusula de la prescripción que indujo al error interpretativo a la parte venezolana. De acuerdo a esa errónea interpretación se impuso el principio del *uti possidetis facti* sobre el *uti possidetis iuris*, verdadero eje del problema<sup>81</sup>. Esto se hizo, bajo el argumento de que el *uti possidetis iuris*, por ser un principio de derecho internacional americano, solo era aplicable entre los Estados de la región bajo conquista. De manera que el Reino Unido, al no ser parte de los estados bajo dominio colonial, sostuvo que este principio no tenía ninguna aplicación en el caso.

No era nada conveniente para el Reino Unido que el derecho aplicable implicara la valoración del principio del *uti possidetis iuris*. En realidad, ese principio debió ser clave en la determinación de la frontera. No solo era un principio que formó parte de nuestra tradición constitucional desde la independencia, sino que también ha sido reconocido en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia y doctrina internacionales<sup>82</sup>.

En todo caso, no cabe duda de que la aplicación del *uti possidetis iuris* habría beneficiado a Venezuela que, de conformidad con este principio, adquirió todos los territorios que pertenecían a la Capitanía General de Venezuela desde 1777. Es aquí donde empieza a cobrar relevancia la noción de fecha crítica pues surgió la necesidad de establecer el momento concreto que debía ser considerado por el tribunal para aplicar esta regla.

Recordemos que se conoce como fecha crítica –y así lo ha definido la jurisprudencia– “aquella, a partir de la cual, los actos de las partes no pueden alterar la situación legal, bien sea para mejorar o perjudicar los derechos de dichas partes”<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Héctor Faúndez Ledesma, La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guayana vs. Venezuela, ob. cit., p. 337.

<sup>81</sup> Véase Isidro Morales Paúl, “Análisis crítico del problema fronterizo «Venezuela-Gran Bretaña»”, ob. cit., p. 192.

<sup>82</sup> Véase la disertación de Víctor Rodríguez Cedeño en el evento de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales titulado “Competencia de la CIJ y determinación de la frontera terrestre entre Guyana y Venezuela” celebrado en fecha 20-01-2022. Disponible en <https://bit.ly/3WJ3hWq> Para demostrar la consolidación del principio del *uti possidetis iuris* menciona en su intervención una serie de laudos internacionales que lo reconocen, v. gr., el Laudo de la Reina María Cristina de España (Isla de Aves 1865) y el Laudo del Presidente de Francia de fecha 11-09-1900 que reconoce la vigencia de los títulos heredados de la corona. Llega a la conclusión de que, en efecto, el principio del *uti possidetis iuris* no es un principio político sino eminentemente jurídico.

<sup>83</sup> Isidro Morales Paúl, “El juicio arbitral sobre la Guayana Esequiba de 1899 y la violación de los principios del debido proceso en perjuicio de Venezuela”, ob. cit., p. 356.



El establecimiento de una fecha crítica se fundamentó en el principio de buena fe que debe regir a las partes en el proceso con el fin de no empeorar la situación conflictiva existente entre ellas. En la controversia entre Venezuela y el Reino Unido existía –como suele ocurrir en los diferendos territoriales– una fecha crítica predeterminada.

Esa fecha crítica predeterminada fue la acordada mediante manifestaciones de voluntad de funcionarios debidamente autorizados y capaces para hacerlo que tuvo lugar el 18-11-1850 mediante el canje de notas diplomáticas *“que tuvo por objeto esencial, el acabar con el estado tensión y hostilidad existentes en ese momento entre Venezuela y Gran Bretaña y al propio tiempo lograr una certeza jurídica al congelar el apetito usurpador de la Gran Bretaña Imperial”*<sup>84</sup>, asunto que ha sido abordado precedentemente en este estudio.

Aun prescindiendo de la fecha crítica convencional de Acuerdo de Status Quo de 18-11-1850, existía otra fecha crítica que sería el 13-08-1814, momento en el que Holanda cedió a Inglaterra sus dominios al este del río Esequibo.

A Venezuela se le hizo creer, por medio de sus representantes, que el tribunal aplicaría la regla de la prescripción a un período anterior al 13-08-1814 y que, además, solo sería sobre una pequeña porción de territorio.

Sin embargo, esta regla se aplicó –para beneficio de los ingleses– hacia el futuro y no hacia el pasado. Eso mismo lo sostuvo ante el tribunal –sorprendentemente– el Expresidente de los Estados Unidos, Benjamín Harrison, que actuaba en representación de Venezuela cuando, refiriéndose a la correspondencia secreta entre el Secretario de Estado, Richard Olney y el Embajador de Reino Unido en Washington, Julián Pauncefote, afirmó lo siguiente: *“Sería una candidez de mi parte si no dijese que ellas, claramente, parecen indicar que el Sr. Olney y Sr. Julián Pauncefote entendieron que el período de prescripción se aplica a los años posteriores a 1814”*<sup>85</sup>.

En otras palabras, se tomaron las cartas confidenciales de dos individuos que no tenían autorización para obligar a la República de Venezuela para comprometer al país en una manifestación de voluntad completamente contraria a sus propios intereses en la controversia.

En efecto, con el consentimiento de uno de los abogados de Venezuela, se tomó la correspondencia de dos sujetos sin carácter de representantes, como una declaración interpretativa perjudicial a la nación. Como bien se ha señalado en una investigación relativa a este asunto:

...aquí no se trata de un representante debidamente acreditado, sino del representante de un tercer Estado que celebra un acuerdo secreto, sin autoridad alguna para comprometer a nadie, acuerdo que asombrosamente es admitido en el proceso, incorporado a la evidencia y, en consecuencia, produce plenos efectos procesales. No se puede encontrar en la historia judicial de las naciones,

---

<sup>84</sup> *Ibíd.*, p. 359.

<sup>85</sup> *Ibíd.*, p. 374.

mayor atropello, en desmérito y a espaldas del país cuyos intereses estaban debatiéndose<sup>86</sup>.

Pero, incluso asumiendo la regla de prescripción de esa forma incorrecta, de ella no se deduce la posibilidad de otorgar el enorme territorio que se adjudicó al Reino Unido. En efecto, está demostrado en el mapa incluido en el informe de los jesuitas Hermann González y Pablo Ojer, que el territorio que podía adquirir el Reino Unido mediante la regla de prescripción era mucho menor al que el laudo le adjudicó finalmente.

El laudo estableció que la línea de demarcación entre los Estados Unidos de Venezuela y la Guayana Británica es como sigue:

Principiando en la Costa a la Punta Playa la línea de demarcación correrá por línea recta a la confluencia del Río Barima con el Río Mururuma, y continuará por el medio de la corriente de este Río hasta su fuente, y de este punto a la unión del Río Haiowa con el Amacuro, y continuará por el medio de la corriente del Amacuro hasta su fuente en la Sierra Imataca, y de allí al Sudoeste por la cima más alta del Espolón de la Sierra Imataca hasta el punto más elevado de la Cordillera Principal, al Sudeste, hasta la fuente del Acarabisi, y de este punto continuará por el medio de la corriente de este Río hasta el Cuyuní, y de allí correrá por la orilla septentrional del Río Cuyuní al Oeste hasta su confluencia en el Wenamu, y de este punto seguirá el medio de la corriente del Wenamu hasta su fuente más occidental, y de este punto por línea recta a la cumbre del Monte Roraima, y del Monte Roraima a la Fuente del Cotinga, y continuará por el medio de la corriente de este Río hasta su unión con el Takutu, y seguirá el medio de la corriente del Takutu hasta su fuente, y de este punto por línea recta al punto más occidental de la Sierra Akarai, continuará por la cúspide de la Sierra Akarai hasta la fuente del Corentín llamado Río Cutari. Queda siempre entendido que la línea de demarcación establecida por este fallo existe sin perjuicio y con reserva de cualquier cuestión que ahora exista o que ocurriese para determinación entre los Estados Unidos de Venezuela y la República del Brasil o entre esta República y el Gobierno de Su Majestad<sup>87</sup>.

En el año 1967, durante la presidencia de Raúl Leoni, los padres jesuitas Hermann González Oropeza y Pablo Ojer publicaron el *Informe que los expertos venezolanos para la cuestión de límites con Guayana Británica presentan al gobierno nacional, Ministerio de Relaciones Exteriores*<sup>88</sup>.

Para la elaboración del informe Hermann González Oropeza y Pablo Ojer se basaron en los documentos confidenciales británicos. En dicha presentación cartográfica se observa claramente cuáles fueron los territorios ocupados por los ingleses en 1840; entre 1886 y 1890; y luego de 1890. En efecto, la cláusula de prescripción no era aplicable a un territorio tan vasto como el que finalmente se adjudicó al Reino Unido, al contrario, la regla de prescripción solo podía aplicarse sobre una porción territorial considerablemente más pequeña<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> *Ibíd.*, pp. 376-378.

<sup>87</sup> Héctor Faúndez Ledesma, La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guayana vs. Venezuela, *ob. cit.*, pp. 342-343.

<sup>88</sup> Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 15.



sentados y la explicación razonada de por qué decidieron de la forma como lo hicieron.

El deber de motivación se desprende, en primer lugar, del artículo III del Tratado de Washington que estableció que el Tribunal *investigará y se cerciorará de la extensión de los territorios respectivamente, o que pudieran ser legalmente reclamados por las partes*<sup>90</sup>. Si el tribunal tenía la obligación de atender a los fundamentos legales de los títulos de cada una de las partes, entonces debía dar cuenta de cómo lo había hecho.

Además, como ya lo hemos dicho precedentemente, para el momento de la decisión era ya un principio de derecho internacional que en los arbitrajes de derecho los laudos debían ser motivados. Así quedó plasmado con el precedente de las reclamaciones del Alabama, donde los árbitros elaboraron un laudo que explicó con detalles el razonamiento detrás de la decisión que tomaron.

Igualmente, el deber de motivación fue recogido en el Proyecto de Reglamento sobre Procedimiento Arbitral Internacional de 1875 elaborado por el Instituto de Derecho Internacional en el artículo 23, conforme al cual:

El laudo arbitral será por escrito y estará motivado, salvo que el convenio arbitral disponga otra cosa. Deberá ser firmado por cada miembro del tribunal arbitral. Si una minoría se niega a firmar, bastará la firma de la mayoría, junto con una declaración escrita de que la minoría se ha negado a firmar<sup>91</sup>.

Esta disposición pone de manifiesto la importancia de la motivación según los principios del derecho internacional para el momento de la disputa, que solo era dispensable en los casos en que las partes así lo conviniere. Pero en el arbitraje de París, las partes jamás relevaron a los árbitros del deber de motivar.

Finalmente, también estaba claro que para el momento de la controversia la motivación era una exigencia de la costumbre –fuente de derecho internacional– cuando el artículo 52 de la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, principal resultado de la Convención de La Haya de 1899, estableció:

La sentencia arbitral, aceptada por la mayoría de los votos, deberá estar motivada. Se redactará por escrito y la firmará cada uno de los miembros del Tribunal. Los miembros que hayan quedado en minoría pueden, al firmar, hacer constar su disenso<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Héctor Faúndez Ledesma, La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guayana vs. Venezuela, ob. cit., p. 337.

<sup>91</sup> Instituto de Derecho Internacional, Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale, Session de La Haye, 1875. p. 5. Texto original del artículo: "*La sentence arbitrale doit être rédigée par écrit et contenir un exposé des motifs sauf dispense stipulée par le compromis. Elle doit être signée par chacun des membres du tribunal arbitral. Si une minorité refuse de signer, la signature de la majorité suffit, avec déclaration écrite que la minorité a refusé de signer*".

<sup>92</sup> James Brown Scott (dir.), The proceedings of the Hague Peace Conference, elaborado por la Carnegie Endowment for International Peace en Washington, Oxford University Press, Nueva York, 1920, p. 244. Disponible en <https://bit.ly/3N9JeNV> Texto original del artículo:

De manera que la motivación era natural en las sentencias arbitrales que para el momento eran consideradas verdaderos arreglos de derecho. Aunque Fiódor Fiódorovich Martens –Presidente del Tribunal Arbitral de París– intentó varias veces en la I Conferencia de la Haya imponer su tesis sobre que los laudos arbitrales no debían ser motivados, no lo logró.

En efecto, en las discusiones que tuvieron lugar en aquella convención, Fiódor Fiódorovich Martens esgrimió como una de las razones para prescindir de la motivación de los laudos arbitrales que:

Exigirles (a los árbitros) que motiven sus decisiones sería imponerles una de las obligaciones más delicadas, y quizás y tal vez incluso avergonzarlos seriamente, si sus conciencias judiciales no se encuentran de acuerdo con las exigencias de sus gobiernos o de las sensibilidades de la opinión pública de sus países<sup>93</sup>.

Para Fiódor Fiódorovich Martens, desde el punto de vista jurídico la motivación suponía una gran ventaja, pero, desde el punto de vista práctico, no era así. En este planteamiento el ruso solo fue apoyado por Mr. Holls, delegado de los Estados Unidos.

Sin embargo, otros representantes presentes en esa reunión, como el Dr. Phillip Zorn, consejero judicial privado, profesor de la Universidad de Königsberg, que asistió en calidad de delegado científico por Alemania; Chevalier Descamps, senador, que asistió como representante de Bélgica; y el Delegado Plenipotenciario y Miembro del Consejo de Estado de Holanda Tobías Michael Carel Asser, refutaron sus argumentos y sostuvieron la posición mayoritaria para el momento según la cual los laudos debían ser motivados. Esta posición fue la que efectivamente se impuso en el artículo 52 de la Convención para el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales emanada de la misma convención.

Los árbitros, que eran todos juristas reconocidos y de dilatada experiencia en materia de derecho internacional y, en especial, de arbitraje, sabían de la vigencia de esos principios de derecho internacional. Si alguien conocía el derecho aplicable, era Fiódor Fiódorovich Martens que asistió como representante de Rusia a la I Conferencia de La Haya mientras se desarrollaba el arbitraje de París. Esto hizo que se suspendieran las audiencias en tres oportunidades, una a finales de junio y las otras dos en julio de 1899.

Como señaló Marcos Falcón Briceño, refiriéndose a Fiódor Fiódorovich Martens *“al mismo tiempo que es elegido Presidente del Tribunal Arbitral, está asistiendo como Delegado de Rusia a las sesiones de la Primera Conferencia Internacional de la Paz. Una conferencia importante porque allí se establecen reglas sobre el arbitraje”*<sup>94</sup>. De manera que conocía de primera

---

*“The award, given by a majority of votes, must state the reasons on which it is based. It is drawn up in writing and signed by each member of the tribunal. Those members who are in the minority may record their dissent when signing”.*

<sup>93</sup> Ibíd., p. 740.

<sup>94</sup> Marcos Falcón Briceño, ob. cit., p. 48.

mano todo lo que se discutía en la conferencia y la importancia de las ideas que allí se concertaron.

Fiódor Fiódorovich Martens conocía muy bien que el deber de motivación de los laudos era una obligación que se desprendía de los principios del derecho internacional. Esto quedó demostrado cuando participó como árbitro único en una controversia entre el Reino Unido y Holanda, surgida por la detención arbitraria del capitán del ballenero Costa Rica Packet.

El laudo que dictó Fiódor Fiódorovich Martens el 25-02-1897 para resolver el Caso Costa Rica Packet estuvo plenamente motivado.

Primero, Federico de Martens señaló el monto de las indemnizaciones por daños causados a la tripulación del ballenero. Luego, reconoció el derecho aplicable al caso, el derecho de gentes. Expuso detalladamente el alcance de la soberanía territorial del Estado en el mar territorial, la naturaleza y régimen jurídico de las naves mercantes. Además, en este caso sí se consideraron las pruebas pues el laudo expresa como todos los documentos aportados evidencian la falta de fundamento de la detención. Federico de Martens obró de maneras completamente distintas en este caso y en el de Venezuela<sup>95</sup>.

A lo anterior se suma el hecho de que todos los árbitros del tribunal sabían que estaban en la obligación de examinar detalladamente cada uno de los títulos y, sin embargo, no lo hicieron. Más grave aún es, que no lo hayan hecho cuando era obvio que tenían pleno conocimiento de cuál era el derecho aplicable.

Por todas estas razones, el laudo es nulo por no atender al derecho aplicable que se desprendía de los principios generales del derecho internacional. Estos principios eran vinculantes para las partes y generaban la obligación de los árbitros de resolver la controversia con arreglo a derecho y no en forma discrecional.

Si el tribunal arbitral consideró como título la cesión de Holanda al Reino Unido mediante el Tratado de Londres de 1814, tuvo entonces que haber señalado cómo llegó a esa conclusión y exponer cuál fue la valoración de la prueba que realizó.

Como afirma Héctor Faúndez, de conformidad con el artículo IV del tratado:

...había tres opciones para adjudicar todo o parte del territorio en disputa a una de las partes en litigio, era natural y obvio que habría que indicar a partir de cuál de esas reglas se había llegado a esa decisión, y porqué<sup>96</sup>.

La primera opción era mediante la aplicación de la regla “a” del artículo IV que estableció la posesión adversa o prescripción, que hemos analizado ya; la segunda posibilidad era mediante la aplicación de la regla “b” del artículo IV según la cual los árbitros podían *“reconocer y hacer efectivos derechos y reivindicaciones que se apoyen en cualquier otro fundamento válido*

<sup>95</sup> Héctor Faúndez Ledesma, La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guayana vs. Venezuela, ob. cit., pp. 123-124.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 115.

conforme al derecho internacional”<sup>97</sup> o principios del derecho internacional siempre que no contravinieran la regla de la prescripción; la tercera y última solo podía darse en caso de ocupación por parte de súbditos en el territorio de la otra parte, caso en el que se daría a tales ocupaciones “el efecto que, en opinión del Tribunal, requieran la razón, la justicia, los principios del derecho internacional y la equidad del caso”<sup>98</sup>.

Sin embargo, a pesar de que estas reglas debían ser razonadas en el laudo para que las partes conocieran los verdaderos motivos de la decisión, los árbitros ignoraron este deber y dictaron una sentencia insuficiente en la que se establece el límite entre dos Estados sin justificación legal alguna; cuestión que vicia la decisión y la convierte en nula.

A este respecto tengamos en cuenta lo escrito en *La Voce della Verità*, una gaceta italiana, específicamente de Italia central, publicada durante el siglo XIX y dirigida por Carlo Galvani, en fecha 29-10-1899, poco tiempo después de conocerse el contenido del laudo. Esta fuente fue referida por los jesuitas Hermann González y Pablo Ojer en su informe:

La Comisión, de hecho, no tomó en cuenta los argumentos de las dos partes. No juzgó sobre la base de los derechos, sino que arbitrariamente trazó lo que había de ser un compromiso, el cual, sin embargo, concede la mayor parte al más fuerte. En efecto, a Inglaterra le otorgaron cinco sextas partes y a Venezuela sólo una sexta parte, pero el tribunal no se tomó la molestia de explicar sobre qué bases jurídicas se apoyaba esa partición<sup>99</sup>.

Finalmente, la falta de motivación fue severamente criticada en la publicación de un escritor francés, en la que escribió una frase contundente al respecto que indicaba: “Si el arbitraje es en principio un llamado a la razón contra la fuerza, ¿puede la razón prescindir de las razones? (...) No se debe confundir el concepto de Tribunal Arbitral por el de Tribunal Arbitrario”<sup>100</sup>.

### **3.4. Vicio de ultra petita**

Es claro que conforme al artículo I del Tratado de Washington el tribunal arbitral tenía la sola misión de “determinar la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica”<sup>101</sup>. Asimismo, de acuerdo al artículo III el tribunal debía *investigar y cerciorarse*, de la extensión de los territorios respectivamente, o que pudieran ser legalmente reclamados y debía determinar la línea divisoria entre los Estados Unidos de Venezuela y la Colonia de la Guayana Británica.

Dijimos antes que el laudo arbitral debe estar sujeto al *thema decidendum*, es decir que los árbitros no pueden exceder los límites objetivos de la

---

<sup>97</sup> *Ibíd.*, p. 337.

<sup>98</sup> *Ibíd.*, p. 338.

<sup>99</sup> Véase en Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*, p. 52.

<sup>100</sup> Véase el artículo “Laudo Arbitral de París”. Disponible en <https://bit.ly/3qoVe5a>

<sup>101</sup> Héctor Faúndez Ledesma, La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guayana vs. Venezuela, *ob. cit.*, p. 336.

controversia que las partes han sometido a su conocimiento. El laudo arbitral no puede decidir sobre aspectos que van más allá de lo solicitado por las partes y no puede afectar la situación jurídica de otros sujetos de derecho internacional que no son partes en el arbitraje.

Esta característica del laudo arbitral guarda relación con el fundamento convencional del arbitraje. Como hemos dicho antes, el arbitraje se basa en el consentimiento de las partes para resolver sus disputas a través de este mecanismo. Ese consentimiento se manifiesta en un compromiso arbitral previo que delimita el alcance de la controversia, en consecuencia, los árbitros solo pueden y deben actuar dentro de los límites fijados por las partes en el compromiso.

El Laudo Arbitral de París incurrió en el vicio de *ultra petita*, en primer lugar, por cuanto decidió sobre el régimen de navegación en los ríos Barima y Amacuro, que nada tenía que ver con el objeto de la controversia delimitado en el tratado y de otra parte se involucró y afectó con la decisión a Estados que no suscribieron el tratado de arbitraje, pronunciándose sobre cuestiones limítrofes que incluso eran discutidas en ese momento, como la frontera entre Guayana Británica y Brasil.

En efecto, el tribunal arbitral ignoró el límite objetivo cuando se pronunció sobre el régimen de vías fluviales, y dotó de carácter internacional las actividades de navegación en el río Barima y el río Amacuro, cuestión que no tenía cabida alguna en el tratado. Y, además, lo ignoró cuando se pronunció sobre las tasas aduaneras entre los Estados en disputa. A saber:

Al fijar la mencionada línea de demarcación los Árbitros consideran y deciden que, en tiempo de paz, los ríos Amacuro y Barima quedarán abiertos a la navegación de los buques de comercio de todas las naciones, salvo todo justo reglamento y el pago de derecho de fero u otros análogos, a condición que los derechos exigidos por la República de Venezuela y por el Gobierno de la Colonia de la Guayana Británica con respecto del tránsito de buques por las partes de dichos ríos que respectivamente les pertenecen, se fijen a la misma tasa para los buques de Venezuela y los de la Gran Bretaña, la cual no excederá a la que se exija de cualquiera otra nación. Queda también entendido que ningún derecho de aduana podrá ser exigido, ya por la República de Venezuela, ya por la colonia de la Guayana Británica, con respecto de mercaderías transportadas en los buques, navíos o botes pasando por dichos ríos, pero los derechos de aduana serán exigibles solamente con respecto de las mercaderías desembarcadas respectivamente en el territorio de Venezuela y en el de la Gran Bretaña<sup>102</sup>.

Conforme con lo anterior, el laudo violó también el límite subjetivo al afectar Estados que no habían suscrito el tratado arbitral por cuanto definió los límites de Guayana con respecto a Brasil y Surinam.

El Laudo de París afectó a Brasil cuando adjudicó al Reino Unido el límite de los ríos Cotinga y Takutu, territorios que eran objeto de disputa entre el Reino Unido y Brasil. En efecto, el laudo señaló cuando determinó la frontera:

---

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 343.



...y del Monte Roraima a la Fuente del Cotinga, y continuará por el medio de la corriente de este Río hasta su unión con el Takutu, y seguirá el medio de la corriente del Takutu hasta su fuente, y de este punto por línea recta al punto más occidental de la Sierra Akarai<sup>103</sup>.

De hecho, cuando se firmó el Tratado de Washington en 1897 Brasil anticipó los posibles efectos que podrían tener lugar con el laudo. Antes de ser dictado el Laudo arbitral de París de 1899, el gobierno del Brasil presentó una protesta contra la redacción del Tratado de Arbitraje de 1897, específicamente sobre la generalidad del artículo III, tras considerar que su contenido era propenso a comprometer negativamente los derechos del Brasil en su litigio territorial con los británicos. La protesta brasileña fue enviada al Presidente del tribunal arbitral y también al gobierno británico y venezolano.

De forma que el Laudo Arbitral de París desmejoró la situación del Brasil al adjudicar al Reino Unido tierras que estas dos naciones disputaban, lo que ocasionó protestas formales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil.

En efecto, las consideraciones que hizo Brasil fueron correctas. Así lo corrobora el contenido de la Circular del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil a las Misiones Diplomáticas brasileñas de fecha 7-12-1899 en Río de Janeiro. En ese documento se expresó la afectación y perplejidad que causó el laudo a Brasil. La decisión fijó como frontera entre los Estados Unidos de Venezuela y el Reino Unido el límite de los ríos Cotingo y Takutu, que eran objeto de litigio entre el Reino Unido y Brasil<sup>104</sup>.

Expresa la circular que con el laudo se violó el principio de derecho internacional según el cual las sentencias arbitrales solo pueden decidir sobre la base de lo que ha sido pactado en el tratado de arbitraje. La violación de los límites de la controversia supuso que el territorio venezolano se extendiera hasta territorios brasileños, incluyendo las vertientes meridionales de la sierra Aracay objeto de litigio entre Brasil y Francia<sup>105</sup>.

Tanto para Venezuela como para el Reino Unido era imposible acordar que su frontera pasara por los ríos Cotingo y Takutu, mucho menos por la sierra de Aracay. En efecto *"Venezuela no podría, porque su límite con Brasil está estipulado en el Tratado de 5 de mayo de 1859 y excluye aquellas regiones, Gran Bretaña no podría, porque aquel límite es el objeto del litigio que ella va a someter a arbitraje con Brasil"*<sup>106</sup>.

Finalmente, la circular señaló que el tribunal arbitral de París sentenció más allá de la jurisdicción que había sido fijada en el Tratado de Washington, incurriendo en el vicio de *ultra petita* cuando se pronunció sobre cuestiones *"no reclamadas ni por Venezuela ni por Gran Bretaña, atribuyendo a*

---

<sup>103</sup> *Ibíd.*, p. 342.

<sup>104</sup> Elbano Provenzali Heredia, "Cronología de una solidaridad. Documentos brasileños revelan los derechos de Venezuela sobre la Guyana Esequiba", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 93-94, Caracas, 1983, pp. 76-77.

<sup>105</sup> *Ídem.*

<sup>106</sup> *Ídem.*

*Venezuela la región amazónica que ella no disputa a Brasil y atribuyendo a la Guyana Británica aun contra Venezuela, solamente la línea Schomburgk en la parte reclamada contra Brasil*<sup>107</sup>.

Igualmente, en 1938 –hace más de ochenta años– el académico Dr. Carlos Álamo Ybarra señaló a este respecto que el laudo desmejoró *“la situación del Brasil al adjudicarle a la Gran Bretaña tierras que estas dos naciones discutían, lo cual engendró protestas de la Cancillería de Rio de Janeiro, significadas en París y Londres*”<sup>108</sup>.

El Laudo Arbitral de París, afectó a Estados que no habían suscrito el Tratado de Washington del 02-02-1897. De esta forma violó un principio fundamental en materia de derecho arbitral internacional, la relatividad de los laudos. Dicho principio, derivado de la naturaleza contractual del arbitraje, es la traducción del principio de relatividad de los contratos, de origen civilista, al campo del arbitraje internacional.

Según este principio, además de los límites objetivos de la controversia –no ir más allá de la materia controvertida– existen límites subjetivos –no afectar con la decisión a sujetos no involucrados en el litigio– y con el Laudo Arbitral de París ambos límites fueron transgredidos.

Los árbitros ignoraron las reglas del Tratado de Washington decidiendo asuntos sobre los cuales no tenía competencia alguna, lo que aumentó las causales de nulidad del Laudo Arbitral de París<sup>109</sup>. Por lo que, al incurrir en el vicio de exceso de poder y, concretamente, en el vicio de *ultra petita*, el laudo arbitral es un acto nulo.

### **3.5. Falta grave del deber de imparcialidad**

El Laudo arbitral de París es nulo, además, porque violó principios de derecho internacional al haber faltado los árbitros al deber de neutralidad e imparcialidad, desde que al menos el Presidente del tribunal arbitral Fiódor Fiódorovich Martens actuó abiertamente de manera parcializada. Hay pruebas que determinan que Fiódor Fiódorovich Martens manipuló y coaccionó a los demás árbitros para obtener una decisión unánime a favor del Reino Unido, convirtiendo un laudo de derecho en un arreglo político.

Los principios del derecho internacional en materia de arbitraje, vinculantes todos, exigían que en la composición de los tribunales arbitrales se tomara en cuenta un elemento indispensable, la neutralidad de los árbitros.

El Tratado de Washington de 1897 en el artículo II estableció la forma en la que se designarían los árbitros. El tribunal estaría compuesto por un total de cinco juristas, dos seleccionados *“por Venezuela”* que, como ya hemos dicho, serían nombrados:

---

<sup>107</sup> Ídem.

<sup>108</sup> Carlos Álamo Ybarra, ob. cit., p. 87.

<sup>109</sup> Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, ob. cit., p. 16.

...uno por el Presidente de los Estados Unidos de Venezuela, a saber, el Honorable Melville Weston Fuller, Justicia Mayor de los Estados Unidos de América, y uno por los Justicia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, a saber, el Honorable David Josiah Brewer, Justicia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América<sup>110</sup>.

Los otros dos árbitros seleccionados por los miembros de la comisión judicial del Consejo Privado de la reina Victoria fueron finalmente Lord Russell of Killowen y Sir Richard Henn Collins. El Presidente del tribunal arbitral sería un quinto jurista seleccionado por los otros cuatro árbitros<sup>111</sup>. De conformidad con esta disposición del tratado, el Presidente del tribunal arbitral, elegido por los árbitros ingleses y estadounidenses, fue el ruso Fiódor Fiódorovich Martens, reconocido jurista con amplia experiencia en materia de arbitraje.

Por otra parte, debemos reiterar lo establecido en el artículo V del Tratado de Washington por cuanto de allí deriva el deber de imparcialidad según el cual, los árbitros *"procederán a examinar y decidir imparcial y cuidadosamente las cuestiones que se les hayan sometido o se les presentaren"*<sup>112</sup>.

Sin embargo, contrariamente a lo establecido en el Tratado de Washington de 1897 y los principios vigentes en materia de arbitraje internacional, la imparcialidad de Fiódor Fiódorovich Martens fue dudosa desde el comienzo. Fiódor Fiódorovich Martens era un funcionario activo de su país y ello asomaba la posibilidad de que estuviera influenciado por los intereses de su nación más que por la idea la imparcialidad, como indica Falcón Briceño, *"al mismo tiempo que es elegido Presidente del Tribunal Arbitral, está asistiendo como Delegado de Rusia a las sesiones de la Primera Conferencia Internacional de la Paz. Una conferencia importante porque allí se establecen reglas sobre el arbitraje"*<sup>113</sup>.

De forma que Fiódor Fiódorovich Martens era representante de Rusia y actuaba movido por intereses políticos. Además, queda claro que había participado en la Conferencia de La Haya de 1899 y que conocía todo lo que allí se discutió.

En relación con lo anterior, Falcón Briceño observa también que:

...en el fondo de De Martens había más que todo un hombre práctico, como él mismo decía, un político, de manera que, y es natural, siendo un funcionario del imperio ruso, su pensamiento político estuviera vinculado desde luego al pensamiento y a los intereses políticos de Rusia<sup>114</sup>.

Fiódor Fiódorovich Martens, a pesar de ser jurista, no se guiaba por el derecho sino por la diplomacia y las relaciones políticas. Como observa Héctor Faúndez:

---

<sup>110</sup> Héctor Faúndez Ledesma, La competencia contenciosa de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guayana vs. Venezuela, ob. cit., pp. 336-337.

<sup>111</sup> Ídem.

<sup>112</sup> Ibíd., p. 338.

<sup>113</sup> Ídem.

<sup>114</sup> Marcos Falcón Briceño, ob. cit., p. 48.

Martens no pensaba en el Derecho Internacional como algo distinto a la diplomacia y superior a ella, sino que, como estudioso del Derecho Internacional, consideraba su deber profesional respaldar las políticas de su gobierno a cualquier precio; su motivación era abrumadoramente –si no exclusivamente– política y patriótica<sup>115</sup>.

Llama la atención que, siendo una figura tan relevante en el foro arbitral internacional, se conocían no sólo sus visiones políticas, sino también sus criterios sobre asuntos controversiales relacionados con el arbitraje, lo que pudo haber inclinado a los ingleses a elegirlo porque tenía una visión política del arbitraje y, además, sostenía la tesis de que los laudos no requerían ser motivados.

Tengamos también en cuenta que para Fiódor Fiódorovich Martens las potencias eran superiores a los pueblos salvajes o bárbaros, como le gustaba llamar a los países menos desarrollados. Esta posición quedó plasmada en una de sus obras en los siguientes términos:

Sin embargo, cabe preguntarse cuál de estas dos opiniones, tan divergentes en sus puntos de partida y tan coherentes en sus conclusiones finales, es la verdadera. ¿Es realmente cierto que una lucha entre Rusia e Inglaterra a orillas del Indo es una necesidad absoluta y una fatalidad implacable? ¿Están estas dos grandes potencias civilizadas real e inevitablemente obligadas por alguna ley inmutable a dar a los pueblos salvajes de Asia el triste espectáculo de una lucha amarga y despiadada? ¿Es digno de la civilización europea, de la que Inglaterra y Rusia son los únicos representantes en Asia Central, evocar los instintos pervertidos de las hordas asiáticas y aprovecharse del odio salvaje que estos bárbaros sienten hacia todas las naciones cristianas y civilizadas? ¿Se ha reflexionado seriamente sobre esta cuestión?: ¿quién se beneficiará, en última instancia, de esta lucha entre Inglaterra y Rusia; ¿cuál de estas dos potencias, victoriosas en los campos de batalla, estará en condiciones de mantener bajo su dominio a todas las naciones asiáticas y a todas las tribus salvajes y saqueadoras a cuya ayuda debe su éxito?<sup>116</sup>

A juicio del Presidente del tribunal arbitral, las naciones civilizadas deben asumir el rol que *“la providencia divina”*<sup>117</sup> les ha asignado *“para el bien de las naciones salvajes”*<sup>118</sup>. Ese determinismo sobre el rol de las naciones en el concierto internacional es clave para entender la aptitud de Fiódor Fiódorovich Martens en el arbitraje de París. Claramente solo buscó favorecer los intereses de la nación civilizada para *“ejemplarizar la necesaria solidaridad y cooperación anglorusa”*<sup>119</sup> de la que era partidario.

Como afirmó Héctor Gros Espiell, en los comentarios que hace a la obra de Fiódor Fiódorovich Martens, no cabe duda de que:

---

<sup>115</sup> Héctor Faúndez Ledesma, “La controversia del Esequibo y el fantasma de Federico de Martens”, Revista de Derecho Público, N° 169-170, enero-junio, EJV, Caracas, 2022. p. 11.

<sup>116</sup> Véase Héctor Gros Espiell (trad.), Rusia e Inglaterra en Asia Central, traducida y comentada por Héctor Gros Espiell, Ediciones de la Presidencia de la República, Caracas, 1981, pp. 50-51.

<sup>117</sup> Ídem.

<sup>118</sup> Ídem.

<sup>119</sup> *Ibíd.*, p. 52.

...las ideas de Martens sobre las relaciones anglo-rusas y sobre los pueblos "civilizados" y los "semi bárbaros" o "semi salvajes", podían, en efecto, haber tenido influencia decisiva en la solución adoptada en el laudo arbitral de 199, frente al hecho de que en múltiples estudios sobre el tema se ha sostenido, con plena razón, que esa sentencia fue, en realidad un acto político-diplomático, un acuerdo anglo-ruso, vinculado probablemente a un contrato o convenio entre ambos países<sup>120</sup>.

Fiódor Fiódorovich Martens sostenía que el derecho internacional solo era aplicable a naciones civilizadas. En su obra "*Rusia e Inglaterra en Asia Central*" definió al derecho internacional como "*el compendio de principios que regulan las relaciones de las naciones para prosecución de sus fines comunes*"<sup>121</sup>.

Para Fiódor Fiódorovich Martens, el derecho internacional –así definido– era producto de las ideas morales y jurídicas europeas y, en consecuencia, no aplicable a la otra categoría de naciones que denominó semi-bárbaras. El Presidente del tribunal arbitral de París, consideraba que a estas naciones no se aplicaba el derecho internacional, sino que sus relaciones con las naciones civilizadas debían regirse por el derecho natural. La justificación de esta idea la expresa en los términos siguientes:

Sería pueril exigir de naciones que se encuentran en este estado de naturaleza, acciones que no derivan de otra fuente que no sea la conciencia y que no se explican por otra razón que no sea la solidaridad de intereses y la reciprocidad de esfuerzos dirigidos a un mismo fin social<sup>122</sup>.

Gros Espiell en sus comentarios a la obra de Fiódor Fiódorovich Martens, señala que esta supuesta "*aplicación*" del derecho natural en las relaciones entre naciones civilizadas y "*semi-civilizadas*" no es más que una fachada para permitir a las potencias europeas imponer su voluntad en sobre la de los países más débiles<sup>123</sup>. Este fue el caso de Venezuela en el arbitraje de París en 1899.

Un hecho que ratifica la visión de Fiódor Fiódorovich Martens es que:

...defendió el régimen de capitulaciones –caracterizado por la investidura de la autoridad consular con atribuciones judiciales–, existente desde el siglo XVI en países de Oriente, mediante el cual los nacionales de potencias europeas estaban exentos de la jurisdicción territorial (particularmente de la jurisdicción penal) de los Estados en que se encontraban, quedando sometidos únicamente a la jurisdicción consular del Estado del cual eran nacionales que, por esta vía, extendía extraterritorialmente la aplicación de sus leyes<sup>124</sup>.

De conformidad con la visión de Fiódor Fiódorovich Martens sobre las capitulaciones:

---

<sup>120</sup> *Ibíd.*, p. 16.

<sup>121</sup> *Ibíd.*, p. 57.

<sup>122</sup> *Ibíd.*, p. 59.

<sup>123</sup> *Ídem.*

<sup>124</sup> Héctor Faúndez Ledesma, "La controversia del Esequibo y el fantasma de Federico de Martens", *ob. cit.*, p. 12.

...esta institución tenía como fundamento la considerable diferencia en el grado de desarrollo cultural entre países europeos y no europeos; esta noción sería más ampliamente desarrollada en su libro sobre El Derecho Internacional de las naciones civilizadas (1881-1882), en el que profundiza en la distinción entre naciones civilizadas (las únicas a las que se aplicaba el Derecho Internacional) y naciones no civilizadas (a las que no se aplicaba el Derecho Internacional), que era una tesis más o menos compartida por los teóricos del Derecho Internacional del siglo XIX<sup>125</sup>.

La visión de Fiódor Fiódorovich Martens es producto de su pasado colonial. Al respecto indica Héctor Faúndez que Fiódor Fiódorovich Martens tenía una relación cercana con Leopoldo II de Bélgica:

...y sus actividades pro colonialistas, particularmente en el Estado Libre del Congo, le llevaron a defender el proyecto de Leopoldo II en esa, su colonia personal, y a justificar un sistema sin precedentes de explotación intensiva del caucho y del marfil, a costa del trabajo forzado, la mutilación de las manos de quienes no rendían lo suficiente, o incluso la muerte de los congoleños más rebeldes. A juicio de Martens, gracias a la generosidad y el genio político del Rey Leopoldo, el Estado Libre del Congo tendría un régimen de plena conformidad con los requisitos de la cultura europea<sup>126</sup>.

Además de las consideraciones anteriores, la violación del deber de imparcialidad por parte de Fiódor Fiódorovich Martens, está respaldada por las investigaciones de los jesuitas Hermann González Oropeza y Pablo Ojer concretada en el *Informe que los expertos venezolanos para la cuestión de límites con Guayana Británica presentan al gobierno nacional* publicado en 1967.

De ese informe se deduce que Venezuela posee documentos, comunicaciones y notas de presa que demuestran que se trató de una componenda. Algunos de estos documentos son:

a. En el diario del secretario privado de Lord Rusell, J. R. Block, con fecha de 02-10-1899, un día antes del laudo, figura una afirmación lapidaria: "*Venezuela. La componenda de Martens nos ha dado la victoria. Archivos privados*"<sup>127</sup>.

b. Diario de la señora *Caroline Harrison*, esposa del Presidente *Benjamín Harrison*, fechado 03-10-1899, donde refiriéndose al Reino Unido expresó:

Esta mañana el Tribunal fue convocado para oír la decisión. Fue exactamente lo que se podía haber esperado; cuando Inglaterra vaya a devolver algo que retiene aun dudosamente, será el fin del mundo. Algo de lo que tomó ha concedido, pero en los alegatos se demostró que mucho no lo poseía legalmente. Todos nos hallamos más bien furiosos. Rusia era el quinto en el Tribunal, y es su diplomacia ponerse del lado de Inglaterra: la balanza de poder, etc.<sup>128</sup>

Lo que refleja esta nota es que, en efecto, el Reino Unido devolvió una porción del territorio usurpado a Venezuela. Sin embargo, esa devolución

---

<sup>125</sup> Ídem.

<sup>126</sup> *Ibíd.*, p. 14.

<sup>127</sup> Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, *ob. cit.*, p. 42.

<sup>128</sup> Ídem.

fue insuficiente por cuanto los títulos de las partes demostraban que Venezuela poseía legítimamente más territorio del que el Laudo Arbitral de París le otorgó. La reacción fue de rechazo contra la decisión, en la que el Presidente del tribunal arbitral Fiódor Fiódorovich Martens no actuó como tercero imparcial, sino que favoreció abiertamente a los ingleses.

**c.** Comunicación de Lord Rusell, árbitro principal del Reino Unido, a Lord Salisbury, de fecha 07-10-1899, refiriéndose a Fiódor Fiódorovich Martens, Presidente del tribunal arbitral indicó lo siguiente:

...parecía que buscaba medios de llegar a líneas de compromiso, y pensaba que era su deber lograr a toda costa, a ser posible, una decisión unánime. Más aún, lamento verme en la obligación de decir que en entrevista privada intimé a Lord y Justicia Collins, en tanto que le urgía a reducir el reclamo británico, que si no lo hacíamos, él se podría ver obligado, con el objeto de obtener la adhesión de los Árbitros venezolanos a acordar una línea que podría no ser justa con Gran Bretaña. No me cabe duda de que habló en sentido contrario a los Árbitros venezolanos, y temo que posiblemente fue mucho peor el medio de incitarles a que aceptaran el laudo en su forma actual. Sea lo que sea, huelga decir que el Sr. de Martens revelaba un estado de espíritu muy intranquilo<sup>129</sup>.

**d.** Carta escrita por César Zumeta, escritor, periodista e intelectual venezolano y un importante ideólogo del positivismo gomecista, publicada en el diario caraqueño *El Tiempo* el 17-10-1899. Esta carta dejó claro el efecto negativo que tuvo el Laudo Arbitral de París en el foro arbitral internacional, creando una suerte de aversión al mecanismo. César Zumeta expresó que:

La decisión del Tribunal de París, de la cual ya habrá tenido usted la pena de informar a sus lectores, parece haber asombrado a los amigos de Venezuela en el exterior como si fuese una novedad inesperada. El ex-Presidente de los Estados Unidos, Sr. Harrison, el Justicia Brewer, uno de los árbitros designados por Venezuela, el abogado Sr. Mallet-Prevost, el mundo diplomático y hasta la prensa inglesa, declaran que las naciones se cuidarán mucho en lo adelante de fiar la defensa de sus derechos a Tribunales del carácter de éste que acaba de condenarnos<sup>130</sup>.

**e.** Publicación del *Idaho Daily Statesman*, un diario de los Estados Unidos, de fecha 18-10-1899, mediante la cual se criticó fuertemente el arbitraje de París en los siguientes términos:

El plan consistió en asegurar el apoyo del Sr. de Martens, Presidente del tribunal. Esto se llevó a cabo por la intervención de los rusos quienes deseaban que él se pusiera de lado de Gran Bretaña con el objeto de obtener el apoyo inglés para los planes rusos en China. Todo esto se cumplió con el más absoluto secreto, sólo cuando los Árbitros y se reunieron para el laudo, se aclaró la situación a los miembros americanos del Tribunal. Vinieron a saber que la mayoría se había puesto de acuerdo sobre lo que se había de hacer: otorgar a Gran Bretaña todo lo que reclamaba<sup>131</sup>.

**f.** Comunicación de Severo Mallet-Prevost de fecha 26-10-1899, trece días después de dictado el laudo, dirigida al profesor George L. Burr que expresó lo siguiente:

---

<sup>129</sup> Ídem.

<sup>130</sup> Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, ob. cit., p. 42.

<sup>131</sup> Ídem.

Nuestros Árbitros fueron forzados a aceptar la decisión, y con estricto carácter confidencial, no dudo en asegurarle a usted que los Árbitros británicos no se rieron por consideración alguna de Derecho o Justicia, y que el Árbitro ruso probablemente fue inducido a adoptar la posición que tomó por razones totalmente extrañas a la cuestión. Sé que esto sólo va a abrirle el apetito, pero al presente no puedo hacer otra cosa. El resultado, a mi juicio, es una bofetada al Arbitraje<sup>132</sup>.

**g.** Comunicación de Richard Olney al Presidente Grover Cleveland el 27-12-1899 en la que señaló lo siguiente:

No lo he vuelto a ver a usted después de la sentencia en el asunto de los límites de Venezuela. A raíz de su regreso a Nueva York, el Sr. Mallet-Prevost, el abogado más joven de Venezuela estaba ansioso de contarme cómo habían pasado las cosas y por qué ocurrieron así. En una de mis visitas a Nueva York le invité a comer con el resultado de que habló más y comió menos, y de que el tiempo que duró la comida fue, más que de tomar alimentos y refrescos, de intensa ira y amargura de espíritu por el procedimiento y decisión del Tribunal de Arbitraje. Me abstengo de entrar en detalles, pues no me cabe duda de que usted se habrá enterado de ellos por otras fuentes. Lo peor de todo, por lo visto, no es tanto la pérdida de territorio por parte de Venezuela, cuanto el descrédito general del arbitraje. Según mi informante, tanto el Presidente de la Corte, como Brewer se muestran contrarios al arbitraje como fórmula de resolver controversias internacionales mientras no haya un procedimiento que garantice los derechos de las Partes. El exsecretario John W. Foster, con quien comí el otro día, dijo que Fuller y Brewer regresaron al país bastante enfermos de arbitraje<sup>133</sup>.

Con la referida carta quedó claro que lo ocurrido en el arbitraje y lo reflejado en el Laudo Arbitral de París de 1899, hizo que el medio de resolución de controversias perdiera credibilidad. Los árbitros que participaron en el procedimiento desarrollaron cierta aversión por el arbitraje.

**h.** El escritor L. de la Chanonie formuló una crítica al arbitraje de París en el número 3° del tomo III de la *Revue d'Europe* publicada en marzo de 1900. En esa publicación L. de la Chanonie denuncia –muchos años antes– las mismas irregularidades que luego fueron expuestas en el memorándum póstumo de Severo Mallet-Prevost y observa que:

...el Sr. De Martens propuso entonces a los árbitros americanos, conceder a Venezuela, en compensación por los territorios de la línea Schomburgk, la posesión absoluta del Orinoco, retirando la frontera inglesa a unas veinte leguas del río; añadió que si los árbitros de Venezuela no aceptaban este arreglo, votaría con los árbitros ingleses para acabar de una vez, lo que aseguraría a Inglaterra la posesión de uno de los lados del delta del Orinoco. La perplejidad de los árbitros americanos fue grande, y su turbación profunda; al cabo de algunas horas de reflexión, juzgaron que era necesario ante todo poner al gran río fuera de las garras de Inglaterra; prefirieron aceptar un arreglo enojoso a no obtener nada, y finalmente, constreñidos por una necesidad imperiosa, se adhirieron a la sentencia arbitral; he aquí la unanimidad de los jueces tan cacareada por la prensa inglesa la cual la ha interpretado como una prueba irrefutable de los indudables derechos de Gran Bretaña. La publicación dada aquí a los debates secretos, pone las cosas en su punto. Una simple pregunta: si la disputa, en vez de haberse planteado entre un pequeño Estado y una gran Potencia, hubiera

---

<sup>132</sup> Ídem.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 44.



**BADELL MADRID.** La reclamación de Venezuela sobre el territorio esequibo

enfrentado a Inglaterra, Rusia, Francia o Alemania, ¿habría terminado en tres días y con tanto desenfado, un conflicto que, en caso de necesidad, hallara en la fuerza su legítimo recurso? Pero Venezuela no tiene el poder marítimo y militar que permite hablar alto; no ha podido apoyar con las armas el rechazo de una decisión no tanto arbitral cuanto arbitraria, cuya injusticia resultaba notoria. El derecho internacional le abrió el camino a una apelación platónica, herida de antemano de esterilidad... Pero eso se calló<sup>134</sup>.

### 3.5.1. Memorándum de Severo Mallet-Prevost

Las múltiples críticas que indicaban que el presidente del tribunal arbitral, Fiódor Fiódorovich Martens, había violado gravemente el deber de imparcialidad quedaron plenamente comprobadas cuando se publicó el memorándum que había dejado Severo Mallet-Prevost, uno de los abogados que representaba a Venezuela, fallecido el 10-12-1948 en Nueva York. Severo Mallet-Prevost había designado como albacea al abogado Otto Schoenrich, socio de la firma de abogados a la que pertenecía (Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle) y le había encargado que publicara el documento luego de su muerte.

El memorándum fue publicado en julio de 1949 en el *American Journal of International Law* y también, ese mismo año, en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, específicamente en el volumen 14, bajo el título de *"Materia de excepcional importancia para la historia diplomática de Venezuela. La disputa de límites entre Venezuela y La Guayana Británica"*<sup>135</sup>.

En el memorándum, Severo Mallet-Prevost reconoció que él y el Presidente Benjamín Harrison tuvieron conocimiento de la confabulación que existió entre el Presidente del tribunal arbitral Fiódor Fiódorovich Martens y los árbitros ingleses Lord Russell y Lord Collins. Incluso, *The Times*, un periódico londinense, publicó una declaración de la agencia de noticias Reuters que contenía las declaraciones del presidente Benjamin Harrison y Severo Mallet-Prevost donde expresaron que *"nada había en la historia de la controversia que explicase adecuadamente la línea fronteriza establecida en el Laudo"*<sup>136</sup>.

El abogado Severo Mallet-Prevost relata que Russell siempre tuvo una actitud reticente e inclinada en favor del Reino Unido, era del criterio de que los árbitros tienen una vinculación política y consideraba que no era necesario que los arbitrajes internacionales se ciñeran exclusivamente a fundamentos legales.

Severo Mallet-Prevost narra que en una comida íntima organizada por Henry White, que ocupaba el cargo de encargado de negocios de los Esta-

---

<sup>134</sup> *Ibíd.*, pp. 50-51.

<sup>135</sup> Otto Schoenrich, "Materia de excepcional importancia para la historia diplomática de Venezuela. La disputa de límites entre Venezuela y La Guayana Británica", Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Vol. 14, N° 1-2-3-4, Caracas, 1949.

<sup>136</sup> Exposición del Embajador de Venezuela Doctor Carlos Sosa Rodríguez ante la ONU el 22-02-1962. Disponible en <https://bit.ly/42h9510>

dos Unidos, en la ciudad de Londres coincidieron Lord Russell, el juez Josiah Brewer y él. Severo Mallet-Prevost expresó en el Memorándum refiriéndose a Lord Russell lo siguiente:

Me tocó sentarme a su lado, y en el curso de la conversación me aventuré a expresar la opinión de que los arbitramentos internacionales deberían basar sus decisiones únicamente sobre fundamentos legales. Lord Russell respondió inmediatamente: Estoy enteramente en desacuerdo con usted. Pienso que los arbitrajes internacionales deberían ser conducidos por vías más amplias y que deberían tomar en consideración cuestiones de política internacional. Desde aquel momento comprendí que no podíamos contar con Lord Russell para decidir la cuestión fronteriza sobre la base del derecho estricto<sup>137</sup>.

Una percepción completamente distinta tuvo Severo Mallet-Prevost de Lord Collins, a quien conoció el 01-06-1899 luego de pronunciarse los discursos del procurador general de Inglaterra Sir Richard Webster y el autor de este memorándum que duraron 26 días<sup>138</sup>. Lord Collins se mostró mucho más animado, dispuesto a indagar y, sobre todo, a comprender y analizar la controversia y los títulos que fundamentaban las pretensiones de las partes. Sobre él, dice Severo Mallet-Prevost que:

...era completamente obvio que Lord Collins estaba sinceramente interesado en darse cuenta totalmente de los hechos del asunto y en determinar la ley aplicable a tales hechos. Él, por supuesto, no dio indicación acerca de cómo votaría en la cuestión; pero toda su actitud y las numerosas preguntas que formuló eran críticas de los alegatos británicos y daban la impresión de que se iba inclinando hacia el lado de Venezuela<sup>139</sup>.

Sin embargo, esas impresiones cambiaron radicalmente luego del receso de dos semanas, que tuvo lugar una vez concluidos los discursos mencionados. En ese momento los árbitros ingleses viajaron a Londres, junto con el Presidente del tribunal arbitral Fiódor Fiódorovich Martens.

Según consta en el Memorándum de Mallet-Prevost, cuando Lord Collins volvió de Inglaterra a París luego de aquellas vacaciones, no era el mismo que se había marchado. Evidentemente ocurrieron en Inglaterra varios hechos que desconocemos pero que, probablemente, obedecían a intereses políticos de las potencias implicadas en la controversia: Rusia, el Reino Unido y los Estados Unidos de América. Severo Mallet-Prevost estaba convencido de que algo había ocurrido. En efecto:

El señor Mallet-Prevost afirmó que él estaba seguro de que la actitud de los miembros británicos y el miembro ruso del Tribunal Arbitral era el resultado de una negociación entre Gran Bretaña y Rusia por el cual las dos Potencias indujeron a sus representantes en el Tribunal a votar como lo hicieron, y Gran Bretaña probablemente dio a Rusia ventajas en otra parte del globo<sup>140</sup>.

No puede entenderse en su totalidad la controversia territorial de Venezuela y el Reino Unido sin observar al Laudo Arbitral del 03-10-1899 “dentro

<sup>137</sup> Véase el Memorándum de Severo Mallet-Prevost en Otto Schoenrich, ob. cit., p. 32.

<sup>138</sup> Cfr. Otto Schoenrich, ob. cit., p. 32.

<sup>139</sup> Ídem.

<sup>140</sup> Ibíd. p. 30.

*de un marco histórico general y en función de las relaciones anglo-rusas en la segunda mitad del siglo XIX, habida cuenta de sus intereses específicos*<sup>141</sup>.

La componenda de la que sospechaba Mallet-Prevost se hizo evidente cuando Fiódor Fiódorovich Martens se reunió con los árbitros americanos, David Josiah Brewer y Melville Weston Fuller, para proponerles que, si aceptaban tomar una decisión unánime, Venezuela conservaría las Bocas del Orinoco, pero, si no lo hacían, el ruso se alinearía con los árbitros ingleses, cuestión que, supondría una peor situación para Venezuela.

El 31-08-1907, varios años después de la ejecución coactiva del Laudo Arbitral de París, tuvo lugar un hecho que respalda la veracidad de las sospechas de Mallet-Prevost. En esa fecha, se firmó el Tratado Anglo-Ruso de Mutua Cordialidad que alivió las tensiones entre Rusia y el Reino Unido en Asia Central y mejoró las relaciones entre ambos países; con la convención tuvo lugar la independencia de Afganistán, de Persia y de Tíbet. Así lo confirma el Dr. Gros Espiell cuando observa que:

La aproximación anglo-rusa, iniciada en 1895, de acuerdo a las ideas que Martens había expuesto ya en 1879, se concretaría final y definitivamente en la Convención Relativa a Persia, Afganistán y Tíbet, firmada en San Petersburgo por Isvlasky, Ministro de Relaciones Exteriores del Imperio ruso y Nicolson, Embajador inglés, el 31-08-1907<sup>142</sup>.

El Tratado Anglo-Ruso de Mutua Cordialidad fue uno de los acuerdos que junto a la Alianza Franco-Rusa y la Entente *Cordiale* Franco-Británica, consolidaron la Triple Entente<sup>143</sup>, conformada por Francia, Rusia y el Reino Unido. La principal motivación de este tratado fue *"la creciente agresividad alemana"* y, en virtud de ello, el Reino Unido y Rusia *"liquidaron finalmente sus históricas diferencias coloniales"*<sup>144</sup>.

Para restar valor y credibilidad a este contundente memorándum del abogado Severo Mallet-Prevost, la República Cooperativa de Guyana ha sostenido en su demanda ante la CIJ que el memorándum fue revelado muchos años después de dictarse el laudo y que es dudoso por las estrechas relaciones de su autor con el Estado venezolano, que le premió incluso con la Orden del Libertador<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> Héctor Gros Espiell (trad.), ob. cit., p. 48.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>143</sup> María Sol Aldonate, "A 110 años. Formación de la Triple Entente", Universidad de la Plata - Instituto de Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 2017. *"En 1912, Francia y Rusia ratificaron su alianza a través de un protocolo, en el que se establecía que ambas potencias apoyaban los objetivos político-estratégicos de la otra y ambas se comprometían a intervenir si alguna de ellas era atacada. Por su parte, Gran Bretaña que había entrado a la alianza con una motivación diferente (estaba preocupada por mantener su dominio de los mares y el poderío de su Imperio) consideró adecuado fortalecer su posición en el Mar del Norte frente a los avances alemanes"*.

<sup>144</sup> Véase "Acuerdo Anglo-Ruso 1907" en Glosario de Historia de las Relaciones Internacionales durante el siglo XX. Disponible en: <https://bit.ly/42lzG6u>

<sup>145</sup> International Court of Justice, Memorial of Guyana, Volume I, p. 13. *"En la búsqueda de ese objetivo, Venezuela se propuso impugnar la validez del Laudo que hasta entonces había respetado, afirmado y sostenido durante más de seis décadas. Con este fin, Venezuela invocó*

### 3.5.2. Documentos posteriores que ratifican el valor del Memorándum de Severo Mallet-Prevost

Existen varios documentos posteriores que hacen referencia al memorándum de Severo Mallet-Prevost y ratifican su gran valor como prueba que demuestra la grave falta al deber de imparcialidad por parte del presidente del tribunal arbitral de París. Entre ellos se encuentran los siguientes:

a. Carta de fecha 19-03-1951 escrita por Perry Allen, representante de Venezuela como uno de los tres secretarios del tribunal arbitral de París, dirigida a Pulido Méndez, Embajador de Venezuela en México. En la referida carta se indicó que:

Tanto el gobierno de los Estados Unidos como el de Venezuela entendía que la cuestión presentada al Tribunal de Arbitraje, tendría que ser fallida de acuerdo con los hechos comprobados y las leyes aplicables al caso, y es fácil comprender la sorpresa de Mallet-Prevost según lo relata él mismo en su memorándum publicado después de su muerte, por su socio el juez Schoenrich, en que se refería a una comida a la que asistió, sentado al lado del árbitro británico Lord Russell, en la Embajada americana en Londres antes de trasladarse a París, para la celebración de la sección preliminar del Tribunal Arbitraje en el mes de enero 1899. Copio sus propias palabras tomadas de ese memorándum cuya copia tengo a la vista: ‘...me senté al lado de Lord Russell, y en el curso de la Conversación me atreví a expresar la opinión de que los arbitrajes internacionales deben de basar sus decisiones exclusivamente en terreno legal. Lord Russell me replico inmediatamente ‘...difiero completamente de su opinión. Creo que los arbitrajes internacionales deben de orientarse por vías más amplias y que deben de tomar en consideración las cuestiones de política internacional...’ Para mí, el modo indicado por Lord Russell para resolver la controversia entre la Gran Bretaña y Venezuela hubiera figurado en el convenio de arbitraje como regla de conducta, ni el Gobierno de Venezuela, ni el de los Estados Unidos lo habrían aceptado. Lo que pasó después ha hecho resaltar la falta de una regla precisa de conducta consignada por escrito en el protocolo para el gobierno de los árbitros y la ‘farsa’ en realidad representada por el fallo que se dictó. Sir Richard Webster abrió el debate en París, y recuerdo que me llamó la atención el hecho de que a cada rato el que hablaba fue interrumpido por el ‘árbitro inglés Lord Russell’, (...) tendiente a causar en los oyentes la impresión de que él era uno de los abogados de parte de la Gran Bretaña y no uno de los jueces del Tribunal de Arbitraje. Esto me parece de mucha importancia pues todo el mundo sabe que en los juicios entre particulares, los jueces están sujetos a recusación si aparece (...) que no pueden ser jueces imparciales. Y por razones semejantes, si en un tribunal de arbitraje (...) ese juez es súbdito o ciudadano de una de las partes litigantes, y como tal, por obstinación o por patriotismo no puede concebir que su propio país deje de tener razón en la controversia, en ese caso debiere de existir un derecho de parte de la otra nación de recusarlo, ¿si no es recusable y se estimara que en todo caso debe de emitir su fallo a favor de su propio país, no resulta que es en realidad juez y parte? Lo que no puede tolerarse en esos juicios entre particulares. Si los árbitros de cada gobierno creen que su deber les impone la obligación de fallar siempre a favor del suyo, ¿no es evi-

---

*un memorando secreto, supuestamente redactado en 1944 por Severo Mallet-Prevost, un miembro menor del equipo legal de Venezuela en el arbitraje de 1899, con supuestas instrucciones de que no se publicara hasta después de su muerte (que ocurrió en 1949). Se dice que el memorando fue redactado más de 45 años después de los acontecimientos que supuestamente describía, y en el mismo año en que Venezuela entregó al Sr. Mallet-Prevost la Orden del Libertador ‘en testimonio de la alta estima que el pueblo venezolano tiene y tendrá siempre de él’.*

dente que para ganar la partida (...) alguno de ellos haga una conquista de un tercer árbitro en discordia?, y si eso es así, ¿habrá duda de que tales arbitrajes son manera de 'farsa'? (...). En fin (...) terminados los debates (...) los dos árbitros ingleses se fueron a Londres llevándose con ellos el Presidente ruso del Tribunal F. de Martens (...). Recuerdo bien el día señalado por el Tribunal de Arbitraje para dar el fallo para dar su fallo. El Presidente de Martens (...) dijo (...) que en el presente arbitraje todos los árbitros estaban de acuerdo y por lo tanto que la controversia había sido decidida por el voto 'unánime' de ellos: dándose a entender que no había hallado ninguna diferencia de opinión entre ellos, por lo que debía estimarse que el fallo era en todo un justo, legal y equitativo, y debía de ser satisfactorio para todas las partes interesadas (...) fallo que por su injusticia causó consternación, no solo entre los abogados de Venezuela sino de parte de su gobierno y el de los Estados Unidos<sup>146</sup>.

**b.** Artículo publicado por el Juez William Cullen Dennis en el volumen 44 de *The American Journal of International Law* en 1960, que contiene el testimonio del agente británico ante el tribunal arbitral de París, George Buchanan de 1910. El Juez William Cullen Dennis expresó en ese documento lo siguiente:

Sucede que tuve otro contacto personal, o casi contacto, con este interesante incidente internacional. Mi conversación con el Sr. Mallet-Prevost tuvo lugar en el edificio del Departamento de Estado, y sin duda antes del 19-07-1910, cuando dejé el Departamento. En todo caso, tuvo lugar antes de mi viaje a La Haya al final del verano y en el otoño de 1910 en calidad de Agente de los Estados Unidos en el Arbitraje de la "Orinoco Steamship" con Venezuela. Poco después de mi llegada a La Haya, de acuerdo con lo acostumbrado y las instrucciones de la Legación Americana, dejé tarjetas de presentación a varios miembros del cuerpo diplomático, entre ellos Sir George Buchanan, entonces ministro británico en La Haya, que había sido agente británico en el arbitraje anglo-venezolano sobre la frontera de Guayana en 1899. Sir George devolvió el saludo; después nos encontramos y caímos en una conversación, que, naturalmente, dadas las circunstancias, se dirigió al arbitraje de la frontera entre Venezuela y Guayana Británica. Lamento que no puedo recordar mi conversación con Sir George con la misma claridad y precisión como en el caso de la que tuve con Mallet-Prevost. Aparte de nuestra mutua presunción de que la decisión sobre la frontera de Guayana fue un compromiso, lo que resalta en mi memoria con mayor claridad es su crítica a la forma detallada como Sir Richard Webster, Attorney General de Gran Bretaña, y el Sr. Mallet-Prevost desarrollaron su argumentación ante el Tribunal Arbitral. Sé ciertamente, y tengo conciencia de que así pensé entonces, que lo dicho por Sir George no me dejó en mi mente el más ligero motivo para dudar de la historia interna sobre la manera cómo se llegó a la decisión según me la había contado el Sr. Mallet-Prevost<sup>147</sup>.

De manera que no fue solo el memorándum de Severo Mallet-Prevost, sino muchos otros documentos demuestran que los árbitros y principalmente el presidente del tribunal arbitral, Fiódor Fiódorovich Martens, violaron gravemente el deber de neutralidad e imparcialidad y convirtieron el laudo de derecho en un arreglo político.

Toda la información a la que nos hemos referido permite:

---

<sup>146</sup> Véase el contenido completo de la carta en <https://bit.ly/3MKSAhE>

<sup>147</sup> Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, Guayana Esequiba. Historia de un despojo, Caracas, 2015, pp. 131-132.

...apreciar con más claridad es que el Laudo de 1899 no estuvo basado realmente en un análisis jurídico donde haya existido unanimidad de criterio sino que más bien fue la consecuencia de un pacto entre los integrantes del tribunal, quienes fueron fieles a sus intereses<sup>148</sup>.

Una persona como Fiódor Fiódorovich de Martens, que ejerció funciones como Consejero de Zar Nicolás II y era funcionario activo del Ministerio de Relaciones Exteriores de Rusia, no podía ser considerada imparcial ni independiente. Cuando se firmó el Tratado de Washington de 02-02-1897 el deber de imparcialidad y el deber de independencia ya eran reglas de derecho no escrito. De conformidad con dichas reglas Fiódor Fiódorovich Martens no podía ser presidente del tribunal arbitral de París, *“en un asunto en el que, claramente, tanto él en lo personal como en su condición de funcionario de la nación a la cual servía, tenía un conflicto de intereses que le impedía actuar con ecuanimidad”*<sup>149</sup>.

### 3.6. Consecuencias de la nulidad del Laudo Arbitral de París

En principio, un laudo arbitral es definitivo, obligatorio, produce efecto de cosa juzgada y goza de la protección del principio de intangibilidad. Sin embargo, la evidente violación de principios fundamentales del proceso, genera la necesidad de someter a los laudos arbitrales a un control mínimo que permita determinar su validez y garantizar la justeza de la decisión.

El Laudo Arbitral de París es nulo de nulidad absoluta porque fue dictado en violación a las normas del tratado de arbitraje que le dio origen; en contra del derecho internacional vigente para el momento que se dictó; en violación del debido proceso e incurriendo en el vicio de exceso de poder y de ultra petita; además fue totalmente inmotivado y violó el deber de imparcialidad de los árbitros.

Los vicios del Laudo Arbitral de París traen como consecuencia que el referido Laudo arbitral no tiene carácter definitivo, porque no es posible resolver una controversia sobre la base de la violación de los derechos de una de las partes y el irrespeto a los principios del derecho internacional.

Tampoco es obligatorio, desde que el efecto vinculante sólo opera cuando un laudo ha sido debidamente dictado; no produce los efectos de la cosa juzgada y no opera el principio de intangibilidad.

La *res iudicata* supone que una decisión ha quedado definitivamente firme y que no existe contra ella recurso alguno. Pero el Laudo Arbitral de París no tiene carácter definitivo y debido a sus múltiples vicios la cosa juzgada debe ser objeto de control por parte de una autoridad que cumpla las garantías del debido proceso; que se someta al derecho internacional vigente; que no incurra en el vicio de exceso de poder; que no decida más allá del

---

<sup>148</sup> William Dávila Barrios (ed.), Libro blanco: La reclamación venezolana del territorio Esequibo, Asamblea Nacional, Caracas, 2020, p. 14.

<sup>149</sup> Héctor Faúndez Ledesma, “La controversia del Esequibo y el fantasma de Federico de Martens”, ob. cit., p. 18.

objeto de la controversia delimitado por las partes en el compromiso arbitral; que explique las razones de hecho y de derecho que orientaron su decisión y que respete los deberes de imparcialidad e independencia de quienes deciden.

El Laudo Arbitral de París es un acto nulo desde el momento en que se dictó, lo que equivale a su inexistencia jurídica. Como afirma el Dr. Héctor Faúndez Ledesma: *“Si es tan obvio que el laudo es válido, ¿por qué Guyana ha recurrido a la Corte Internacional de Justicia para que confirme su validez y no ha pedido, simplemente, que se ordene su ejecución?”*<sup>150</sup>.

El Laudo Arbitral de París que de conformidad con el Tratado de Washington del 02-02-1897, debía ser un arreglo pleno, perfecto y definitivo nunca tuvo estas características. Esto lo confirma el Acuerdo de Ginebra del 17-02-1966 mediante el cual se reconoce la existencia de una contención.

El Acuerdo de Ginebra confirma que Venezuela siempre ha cuestionado el Laudo Arbitral de París y ratifica que el Laudo Arbitral de París no fue un arreglo pleno, perfecto y definitivo; de ser así no habría necesidad de buscar nuevas soluciones.

#### **4. Ejecución del laudo**

Para el momento en el que se dictó el Laudo de París Venezuela se encontraba en total caos, dentro de:

...una anarquía aterradora, y ya no se respeta nada, no hay leyes, no hay propiedad, no hay libertad, no hay vida, no hay nacionalidad, porque el único imperio es el de la fuerza brutal ejercida por hordas salvajes tanto gubernamentales como rebeldes<sup>151</sup>.

El 23-10-1899, apenas veinte días después de dictado el Laudo el Presidente de la República Ignacio Andrade fue derrocado por el general Cipriano Castro, líder de la llamada Revolución Liberal Restauradora.

Tres meses luego de conocerse la decisión del tribunal arbitral, el Ex-presidente de los Estados Unidos, Benjamín Harrison señaló que:

La decisión en el caso de Venezuela, como un compromiso, dio a Venezuela los puntos estratégicos, pero la despojó de una inmensa parte de territorio que un tribunal imparcial le habría adjudicado, y de ello no cabe duda alguna. La idea

---

<sup>150</sup> Héctor Faúndez Ledesma, “La nulidad del Laudo de París, del 3 de octubre de 1899”, en Héctor Faúndez Ledesma y Rafael Badell Madrid (coords.), ob. cit., p. 688.

<sup>151</sup> Erminio Fonzo, “Italia y el bloqueo de Venezuela”, en Cultura Latinoamericana, N° 1, Universidad Católica de Colombia - Università degli Studi di Salerno, 2015. *“El Embajador de Italia Giovanni Paolo Ribera afirmó que imperaba: ‘...un’anarchia spaventosa, e non si rispetta più nulla, né leggi, né proprietà, né libertà, né vita, né nazionalità, ché unico impero è quello della forza brutale esercitata da orde selvagge sia governative che ribelli’”*.

## ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2021-2022

européa moderna es que no hay nada ilegal ni siquiera inmoral en la apropiación de territorios de Estados más débiles<sup>152</sup>.

Vista la injusticia de lo dispuesto por el Laudo de París, Venezuela trató de posponer la demarcación de los límites. Sin embargo, el Reino Unido exigió la ejecución del laudo y amenazó con ejecutarlo unilateralmente si Venezuela se negaba a participar.

El 22-10-1899, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, dirigiéndose a Felipe de Aguerrevere, comisionado en la demarcación, expresó respecto de la línea establecida por el tribunal arbitral que:

Se trata de una línea establecida de hecho, sin ningún apoyo ni fundamento histórico, geográfico, ni político. En consecuencia, y porque el laudo había sido abiertamente injusto con Venezuela, instruyó a los comisionados venezolanos que refirieran todo al más severo procedimiento<sup>153</sup>.

En el mes de julio de 1900 la delegación inglesa en Caracas intimó al gobierno venezolano a que enviara en su representación una comisión demarcadora a Punta Playa y, de resistirse a este requerimiento, el Reino Unido procedería a la demarcación unilateral. La presión ejercida por el Reino Unido amenazaba con causar mayores males que los ya había generado el Laudo Arbitral de París.

El término para que Venezuela participara en la demarcación fue notificado por el representante británico en Caracas a finales de julio. Se fijó el 3-10-1900 para que Venezuela participara en la demarcación, con la amenaza de proceder a una demarcación unilateral de la frontera si ello no fuere así<sup>154</sup>.

Luego, el 08-10-1900 el representante británico envió otra notificación, esta vez informó que el gobernador de la Guayana Británica había recibido instrucciones de proceder a la demarcación y el 19-10-1900 ya se había levantado el primer hito fronterizo en Punta Playa<sup>155</sup>.

En esas condiciones se constituyeron las comisiones de demarcación, que funcionaron entre 1900 y 1905. De las labores desarrolladas por dichas comisiones se levantaron actas en las que se reflejaron la frontera entre Venezuela y Guayana Británica en los siguientes términos:

La frontera comienza en Punta Playa en un poste sumergido por el mar... y se dirige en línea recta a la boca del Mururuma. Remonta el río Mururuma hasta su nacimiento frente a un poste que tiene por coordenadas 8° 19' 00" y 59° 48' 22" 7. De este poste se dirige en línea recta a la boca del río Haiowa en el Amacuro...

De la boca del Haiowa sigue por el curso del Río Amacuro hasta su fuente en la Sierra de Imataca... Desde este punto se continúa por la Sierra de Imataca, por

<sup>152</sup> René De Sola, "Valuación actualizada del Acuerdo de Ginebra", en Tomás Enrique Carrillo Batalla (Coord.), La reclamación venezolana sobre la Guayana Esequiba, Serie Eventos, 2, ACIENPOL, Caracas, 2008, p. 65.

<sup>153</sup> Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, ob. cit., p. 22.

<sup>154</sup> *Ibíd.*, p. 21.

<sup>155</sup> *Ídem.*



los picos más altos espólón de la montaña, al punto más elevado de dicha Sierra enfrente de las cabeceras del Barima... y de ahí por la cima más elevada de la Montaña de Imataca, a un punto situado 300 metros y cuyas coordenadas son: 7° 10' 10" lat. y 60° 20' 39" long...

De la fuente del Acarabisi... baja por el curso de este río hasta su desembocadura en el Cuyuní... De aquí en adelante, aguas arriba del Cuyuní y por su margen septentrional hasta la boca del Wenamo... Remonta el Wenamo hasta su fuente más occidental... punto este último que marca el comienzo de una línea geodésica en cuyo extremo meridional indicado por un poste, termina la frontera entre Venezuela y la Guayana Británica<sup>156</sup>.

A Venezuela no le quedó otra opción que aceptar la ejecución del laudo<sup>157</sup>. En efecto:

Es cierto que Venezuela ejecutó el Laudo. Lo ejecutó por presión de Gran Bretaña, porque el Cónsul Inglés en Caracas expresó en nota inquisitiva, que iba a iniciar la demarcación del terreno y que la harían unilateralmente si Venezuela no participaba. De inmediato iniciaron la demarcación por Punta de Barima. A Venezuela no le quedó más recurso que concurrir a esa demarcación<sup>158</sup>.

Según el informe elaborado por los jesuitas Hermann González y Pablo Ojer *"la participación de Venezuela en la demarcación de la frontera revistió un carácter puramente técnico. A ello fue forzado el país por circunstancias para él insuperables"*<sup>159</sup>.

En 1902, mientras las comisiones de demarcación procedían a la ejecución de laudo, Venezuela sufría el bloqueo de sus costas y las amenazas de invasión por parte de sus acreedores: Alemania, Italia y del Imperio Británico. Además, a la exigencia de pago de la deuda externa se unieron *"las reclamaciones que hacían los súbditos de esos países por los daños que habían sufrido sus propiedades durante los frecuentes combates y escaramuzas entre las montoneras, producto de la inestabilidad política de la época en el país"*<sup>160</sup>.

De forma que el Laudo Arbitral de París se ejecutó dentro de una enorme crisis política, social y económica; en medio del derrocamiento por parte del general Cipriano Castro del Presidente Ignacio Andrade quien huyó del país en 1899; las amenazas del Reino Unido de ejecutar el laudo de forma unilateral, en caso de que Venezuela se negara a participar; la caída del precio del café que era una de las más importantes fuentes de ingreso de Venezuela desde 1811 y el bloqueo de las costas venezolanas con ocasión de las amenazas de invasión por parte de Alemania, Italia y del mismo Imperio Británico para obligar al país al pago de la deuda externa.

---

<sup>156</sup> Carlos Álamo Ybarra, ob. cit., pp. 87-90.

<sup>157</sup> Manuel Donís Ríos, "La reclamación del territorio Esequibo: 1899-1966", en Boletín de la Academia Nacional de la Historia, N° 397, Caracas, 2016, p. 5.

<sup>158</sup> Isidro Morales Paúl, "Análisis crítico del problema fronterizo Venezuela-Gran Bretaña", en Tomás Enrique Carrillo Batalla (Coord.), ob. cit., p. 189.

<sup>159</sup> Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, ob. cit., p. 28.

<sup>160</sup> Alexis Palencia Hernández, "Escuadra venezolana en tiempos de Castro", en Tiempo y espacio, N° 64, Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Caracas, 2015, p. 486. Disponible en <https://bit.ly/43Fc8dR>

## 5. Antecedentes del Acuerdo de Ginebra

Durante el siglo XX, la reclamación venezolana por el territorio Esequibo siempre estuvo presente.

El 30-03-1948, en la IX Conferencia Interamericana celebrada en la ciudad de Bogotá, donde se aprobó la Carta de la Organización de los Estados Americanos, Rómulo Betancourt expresó que:

Al propugnar el principio de autodeterminación de los pueblos coloniales para decidir acerca de su propio destino no negamos en forma alguna el derecho de ciertas naciones de América a obtener determinadas porciones de territorio hemisférico que en justicia les pueda corresponder, ni renunciamos a lo que los venezolanos, llegado el caso de una serena y cordial revalorización histórica y geográfica de lo americano, pudieran hacer valer en pro de sus aspiraciones territoriales sobre zonas hoy en tutelaje colonial y que antes estuvieron dentro de nuestro propio ámbito<sup>161</sup>.

Luego, con la publicación del memorándum del abogado Severo Mallet-Prevost se hizo aún más evidente la farsa que fue el arbitraje de París. En efecto, las sospechas de que el presidente del tribunal arbitral, Fiódor Fiódorovich Martens, había violado gravemente el deber de imparcialidad, quedaron plenamente comprobadas cuando se publicó el memorándum que había dejado Severo Mallet-Prevost, el más joven de los abogados que representaba a Venezuela, fallecido el 10-12-1948 en Nueva York como dijimos.

Luego se produjeron las gestiones de Carlos Sosa Rodríguez y Marcos Falcón Briceño ante las Naciones Unidas lo que dio lugar a un gran triunfo diplomático para Venezuela. El Embajador Carlos Sosa Rodríguez impulsó la reclamación venezolana sobre el territorio Esequibo ante la 130ª reunión del XVI Período Anual de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en fecha 22-02-1962, donde ratificó la posición sostenida por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela según la cual un cambio de status de la colonia de la Guayana Británica no cambiaría la legítima aspiración venezolana de obtener justicia<sup>162</sup>, cuestión que hizo en los siguientes términos:

...reviste particular importancia para Venezuela el proceso de evolución política, mediante el cual, pacíficamente, habrá de adquirir su independencia el pueblo de la Guayana Británica, que comparte fronteras con el nuestro y cuyo destino de nación soberana, incorporada en el plan de igualdad al concierto de los demás Estados del continente, propiciamos con genuino sentimiento americano. En esta oportunidad, en que apoyamos plenamente el conocimiento derechos que corresponden a la población de la Guayana Británica, no podríamos, sin embargo, sin traicionar a nuestro propio pueblo venezolano, olvidarnos de sus derechos, de sus reivindicaciones de fronteras, y silenciar en este foro mundial su legítimo reclamo de que se rectifique una injusticia histórica<sup>163</sup>.

<sup>161</sup> Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, ob. cit., pp. 23-24.

<sup>162</sup> Hermann González Oropeza y Pablo Ojer, ob. cit., p. 25.

<sup>163</sup> Efraín Schacht Aristigueta, "Aspectos jurídicos y políticos del Tratado de Ginebra", en Coord. Tomás Enrique Carrillo Batalla, ob. cit., p. 33.

Igualmente fundamental fue la brillante y oportuna declaración del Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela Marcos Falcón Briceño ante la 348ª Sesión del Comité Político Especial de la XVII Asamblea de las Naciones Unidas en fecha 12-11-1962. Allí Marcos Falcón Briceño ratificó la posición del Embajador Carlos Sosa Rodríguez respecto de la reclamación e invocó la histórica postura venezolana de que el Laudo Arbitral de París es nulo<sup>164</sup>. En efecto, el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela Dr. Marcos Falcón Briceño expresó que:

También quiere ratificar Venezuela su franco apoyo a la independencia de la Guayana Británica, y por ese motivo espera que en las conversaciones que desea tener con el Reino Unido para buscar el mejor camino de una solución pacífica de esa controversia, tengan plena participación también los representantes del gobierno de Guayana Británica<sup>165</sup>.

La reclamación formulada ante estos importantes foros internacionales dio lugar a un gran triunfo diplomático para Venezuela. Pocos días después de las palabras del Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Marcos Falcón Briceño, la ONU aprobó un acuerdo conforme al cual Venezuela, el Reino Unido y las autoridades de Guayana Británica se comprometieron a examinar los archivos relacionados con la controversia.

## **6. Acuerdo de Ginebra**

Los graves vicios en los que incurrió el Laudo de París del 03-10-1899 y todas los rechazos y gestiones realizadas a lo largo de todo el siglo XX por juristas, historiadores, diplomáticos, ministros, presidentes y academias, consolidaron el criterio de que el Laudo de París no tiene el efecto de cosa juzgada y no fue una solución justa y definitiva a la controversia planteada por Venezuela por el territorio del Esequibo.

Esto trajo como consecuencia que durante el gobierno del Presidente Raúl Leoni, el 17-02-1966, el Ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, Ignacio Iribarren Borges, el Secretario de Estado de Relaciones Exteriores del Reino Unido, Michael Stewart y el Primer Ministro de la Guayana Británica Forbes Burnham firmaran el denominado Acuerdo de Ginebra.

El Acuerdo de Ginebra fue un *“Acuerdo para resolver la controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del norte sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica”*. El propósito del Acuerdo de Ginebra es poner fin a la contención de Venezuela y el Reino Unido, generada por el Laudo Arbitral de París del 03-10-1899. Con esta convención, ambos países se comprometieron al establecimiento de una comisión mixta con el fin de solucionar la controversia mediante un arreglo práctico.

El 26-05-1966, pocos meses después de la firma del Acuerdo de Ginebra, el Reino Unido reconoció la independencia de la República Cooperativa

---

<sup>164</sup> Hermann González Oropeza y Pablo Ojer Celigueta, ob. cit., p. 25.

<sup>165</sup> Efraín Schacht Aristigueta, “Aspectos jurídicos y políticos del Tratado de Ginebra”, en Coord. Tomás Enrique Carrillo Batalla, ob. cit., p. 33.

de Guyana y conforme las reglas del derecho internacional sería con ese nuevo País con quien habría de arreglarse el reclamo. En efecto, el Ministro de Relaciones Exteriores de la República de Venezuela, Ignacio Iribarren Borges, envió desde Caracas la respectiva nota de reconocimiento del nuevo Estado. Ese reconocimiento se limitó al territorio del nuevo Estado situado al este del Río Esequibo, salvaguardando los derechos de Venezuela sobre la Guayana Esequiba.

El Reino Unido y luego, la República Cooperativa de Guyana han sostenido la validez del Laudo Arbitral de París mientras que para Venezuela se trata de una decisión nula e írrita. Esta contención fue recogida en el artículo I del Acuerdo:

Se establece una Comisión Mixta con el encargo de buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia entre Venezuela y el Reino Unido surgida como consecuencia de la contención venezolana de que el Laudo Arbitral de 1899 sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica es nulo e írrito.

De conformidad con el artículo II del Acuerdo de Ginebra, se nombrarían cuatro representantes. Dos de ellos, por el gobierno venezolano y los otros dos por el gobierno de la Guayana Británica. Dichos representantes serían quienes conformarían la comisión mixta. Según el artículo III del acuerdo, la comisión mixta tendría también la obligación de presentar informes cada seis meses a partir de la celebración de la primera reunión y escoger sin demora alguno de los mecanismos de solución previstos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

Por otra parte, el artículo IV estableció lo que debía hacerse si la comisión no llegaba a ningún acuerdo en los cuatro años siguientes a partir de la firma del acuerdo. Ello consistiría en escoger sin demora alguno de los mecanismos de solución previstos en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas (CNU) que indica:

1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.
2. El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios.

El mismo acuerdo establece que en caso de no llegar a ningún acuerdo en la selección del medio de solución, referirían la decisión del asunto a *“un órgano internacional apropiado que ambos Gobiernos acuerden”*. Si este acuerdo no ocurría, deberían plantearlo al Secretario General de la ONU. De no resultar efectivo el medio de solución elegido, el órgano que lo seleccionó o, en su caso, el Secretario General de la ONU elegiría otro medio del artículo 33 de la CNU. Esta selección de medios de solución se repetiría hasta que se resolviera la disputa o hasta que se agotaran los medios del artículo 33, lo que ocurriera primero.

Según el artículo V del Acuerdo de Ginebra, su contenido no puede interpretarse en forma alguna como *“una renuncia o disminución por parte de Venezuela, el Reino Unido o la Guayana Británica de cualesquiera bases de reclamación de soberanía territorial en los Territorios de Venezuela o Guayana Británica”*. El Acuerdo de Ginebra tampoco menoscabaría lo expresado previamente en la forma de reclamaciones previamente formuladas.

El artículo V del Acuerdo de Ginebra además establece que *“Ningún acto o actividad que se lleve a cabo mientras se halle en vigencia este Acuerdo constituirá fundamento para hacer valer, apoyar o negar una reclamación de soberanía territorial en los Territorios de Venezuela o la Guayana británica”*. La única excepción sería cuando tales actos hayan sido producto de los acuerdos alcanzados en el marco del funcionamiento de las comisiones mixtas y hayan sido debidamente protocolizados.

En definitiva, el Acuerdo de Ginebra acabó con la vigencia indefinida que pudo haber tenido el Laudo Arbitral de París y eliminó la intangibilidad del laudo de París de 1899. Ciertamente, como indicó el Dr. Isidro Morales Paúl, con el Acuerdo de Ginebra se reactivó de manera oficial la discusión sobre el Laudo arbitral de 1899. A través del Acuerdo de Ginebra se admitió formalmente que el laudo fue nulo e irritó<sup>166</sup>.

## **7. Del Protocolo de Puerto España a la Corte Internacional de Justicia**

El 18-06-1970, durante el primer gobierno del Presidente Rafael Caldera, se suscribió el Protocolo de Puerto España entre Venezuela, el Reino Unido y la República Cooperativa de Guyana.

Para el momento de suscribirse el Protocolo de Puerto España, Venezuela se encontraba negociando la delimitación de áreas marinas y submarinas al norte del Golfo de Venezuela con la República de Colombia<sup>167</sup>. Por esta razón Venezuela decidió paralizar los efectos del Acuerdo de Ginebra y atender los problemas limítrofes que tenía con la República de Colombia<sup>168</sup>.

La finalidad del Protocolo de Puerto España fue suspender por un período de 12 años la aplicación del Acuerdo de Ginebra. En 1981, en el gobierno el Presidente Luis Herrera Campíns, Venezuela denunció el Protocolo de Puerto España y manifestó su voluntad de no renovarlo de conformidad con el artículo V.

De forma que la aplicación del Acuerdo de Ginebra se extendió hasta el 18-06-1982. De manera que durante los siguientes meses, julio, agosto y septiembre de ese año 1982 el tema del Esequibo era un asunto de gran

---

<sup>166</sup> Cfr. Isidro Morales Paúl, “Análisis crítico del problema fronterizo Venezuela-Gran Bretaña”, ob. cit., p. 192.

<sup>167</sup> Sobre esto véase en general Leandro Area Pereira “A vuelo de pájaro: La delimitación de las áreas marinas y submarinas al norte del Golfo de Venezuela”, en La diplomacia venezolana en democracia (1958-1998). Fernando Gerbasí (comp.), Kalathos Ediciones, Madrid, 2018.

<sup>168</sup> Andrés Eloy Burgos Gutiérrez (ed.), ob. cit., p. 49.

interés para todos los venezolanos. Lo anterior coincidió con que, en octubre de ese año 1982, comencé a dar clases de derecho internacional público en esta, mi alma mater. Allí organizamos un juicio simulado por ante la CIJ sobre la reclamación venezolana sobre el Esequibo en el que actuaron como jueces los profesores Raúl Arrieta Cuevas, Adolfo Salgueiro y Héctor Faundez Ledesma. Hoy, cuarenta años después, están sucediendo algunos de los hechos que estudiamos en aquella oportunidad.

Finalizada la suspensión provocada por la aplicación del Protocolo de Puerto España, según el párrafo primero del artículo IV del Acuerdo de Ginebra, la comisión mixta debía buscar una solución pacífica a la controversia.

En 1989, el Secretario General de Naciones Unidas, Javier Pérez de Cuéllar, designó al señor Meredith Alister McIntyre su representante y buen oficiante. Entre 1996 y 1999 Carlos Ayala Corao fue el facilitador de Venezuela ante este Buen Oficiante Alister McIntyre, quien finalmente renunció el 20-09-1999, sin lograr la solución de la controversia.

El segundo buen oficiante fue el Sr. Oliver Jackman y estuvo en funciones desde el 1-11-1999 hasta el 24-01-2007. Luego, el Secretario General de Naciones Unidas designó al Sr. Norman Girvan el 09-10-2009, quien falleció el 09-04-2014, sin haber tenido ningún éxito en la solución de la controversia.

El 15-12-2016 el Secretario General de Naciones Unidas Ban Ki-Moon, propuso incorporar un elemento de mediación a los buenos oficios, cuyo término fue fijado finales de 2017 y, además advirtió que de fracasar este nuevo método se establecería la CIJ como instancia para la resolución del conflicto.

El 23-02-2017 el nuevo Secretario de Naciones Unidas, Antonio Guterres, teniendo en cuenta lo que ya había establecido su predecesor, Ban Ki-moon, designó buen oficiante a Dag Nylander para que hallara una solución a la controversia territorial entre Venezuela y la República Cooperativa de Guyana, bajo la modalidad de buenos oficios, con un elemento de mediación incorporado.

Las funciones de Dag Nylander como buen oficiante duraron hasta el 30-11-2017, fecha límite fijada para evaluar los avances en la solución de la controversia. Tras no demostrar resultados Antonio Guterres decidió elegir el arreglo judicial mediante la CIJ, con arreglo a su interpretación del párrafo segundo del artículo IV del Acuerdo de Ginebra.

Después de cincuenta y cinco años no se ha encontrado solución del asunto a través de las comisiones mixtas establecidas en el Acuerdo de Ginebra. Por ese motivo, el 30-01-2018 el Secretario General de las Naciones Unidas, con fundamento en el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra y el artículo 33 de la CNU, determinó que el siguiente mecanismo para alcanzar una solución a la contención entre Venezuela y la República Cooperativa de Guyana sería el arreglo judicial ante la CIJ.

Apenas dos meses después, el 29-03-2018, la República Cooperativa de Guyana demandó a Venezuela ante la CIJ y le solicitó declarar la validez y efecto vinculante del Laudo de París de 1899. A los fines de que ejercieran la representación del Estado y en ejercicio del artículo 42 del Estatuto y el artículo 40 del Reglamento, el gobierno de la República Cooperativa de Guyana designó Agente a Carl B. Grennidge, segundo vicepresidente y Ministro de Asuntos Exteriores de ese país, quien desde el 29-03-2018 ha firmado como en tal carácter todos los documentos enviados por su país a la CIJ. Asimismo, la República Cooperativa de Guyana designó Co-Agentes a Sir Shridath Ramphal y Audrey Waddell.

En respuesta, la CIJ, mediante sentencia de fecha 18-12-2020, con doce votos a favor y cuatro votos en contra se declaró competente para conocer de la demanda con fundamento en el parágrafo 2 del artículo IV del Acuerdo de Ginebra de 17-02-1966 y el 08-03-2021 dictó una providencia (*order*), conforme a lo previsto en el artículo 48 del Estatuto, por medio de la cual estableció los plazos dentro del proceso para la presentación de la memoria y la contramemoria, con arreglo al parágrafo segundo del artículo 43 del Estatuto. De manera que la resolución de la controversia de Venezuela contra Guyana se encuentra ahora en la jurisdicción de la CIJ, a quien le corresponde, como principal órgano judicial de la ONU, decidir la controversia.

Conforme la referida resolución la República Cooperativa de Guyana tenía hasta el 08-03-2022 para presentar su Memoria y Venezuela tendría hasta el 08-03-2023 para producir su correspondiente contramemoria. En cumplimiento de ello, el 08-03-2022, la República Cooperativa de Guyana presentó su Memoria.

Venezuela se había negado a participar bajo el argumento de que la Corte no es la competente e insistió en rechazar la competencia de la CIJ para dirimir la controversia. En virtud de aquello, las academias y muchos especialistas han levantado su voz predicando la necesidad de defender los intereses del Estado en esa instancia.

Cuatro años después de haberse iniciado el juicio, el pasado 06-06-2022, Venezuela compareció ante la CIJ, luego de consignado el Memorial por parte de la República Cooperativa de Guyana y cuando habían transcurrido casi tres meses del plazo para que Venezuela consignara su contramemoria. En efecto, mediante una comunicación remitida a la CIJ, Venezuela designó Agente en el juicio por ante la CIJ al Embajador Samuel Moncada Acosta, Representante Permanente de Venezuela ante la ONU y Co-Agentes al Embajador Félix Plasencia González, Ex Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela y a la profesora Elsie Rosales García. Todo ello procediendo de conformidad con el artículo 42 del Estatuto y el artículo 40 del Reglamento.

El 07-06-2022, Venezuela compareció ante la CIJ y opuso excepciones preliminares sobre la admisibilidad de la demanda de la República Cooperativa de Guyana, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 del Reglamento. A consecuencia de ello, el 13-06-2022 la CIJ dictó una providencia por medio de la cual fijó un plazo hasta el 07-10-2022 para que la República

Cooperativa de Guyana presentara sus observaciones y alegatos sobre las objeciones preliminares planteadas por Venezuela, lo cual ya ocurrió y, posteriormente, convocó a las partes a varias audiencias públicas que se desarrollarán en la sede de la CIJ entre el 17 y 22-11-2022.

Al finalizar la sustanciación del procedimiento incidental abierto por las excepciones preliminares propuestas por Venezuela, la CIJ tiene dos opciones: **(i)** Declarar con lugar las excepciones preliminares sobre admisibilidad de la demanda opuestas por Venezuela, con lo que se extinguiría el procedimiento contencioso iniciado por la República Cooperativa de Guyana contra Venezuela o **(ii)** Declarar sin lugar las excepciones preliminares sobre admisibilidad de la demanda opuestas por Venezuela, con lo que continuaría la sustanciación del procedimiento y se eliminaría el efecto suspensivo de la cuestión incidental.

En caso de que la CIJ declare sin lugar las excepciones preliminares sobre la admisibilidad de la demanda, el procedimiento seguirá su curso y la CIJ tendrá que fijar mediante una providencia la fecha para la presentación de los argumentos y defensas de Venezuela.

Una vez que el proceso se encuentre en fase de decisión del fondo de la controversia, y en la oportunidad de dictar sentencia definitiva, la CIJ podría decidir: **(i)** Declarar válido el Laudo Arbitral de París con lo cual quedaría firme la frontera establecida en ese laudo sin tener que resolver la cuestión conexas del arreglo definitivo de la controversia limítrofe entre Venezuela y la República Cooperativa de Guyana. Terminaría así un conflicto que lleva ya casi doscientos años y ambos Estados deberán cumplir la sentencia que declare la validez del Laudo Arbitral de París; **(ii)** Declarar nulo el Laudo Arbitral de París y con ello se abriría la cuestión conexas acerca de cómo y de qué manera debe determinarse la línea fronteriza entre Venezuela y la República Cooperativa de Guyana.

En este escenario existen varias posibilidades:

**a.** La CIJ podría decidir resolver directamente la delimitación de la frontera terrestre a través de la sentencia que resuelva el fondo del asunto o, en su defecto, mediante un procedimiento incidental dedicado exclusivamente a la fijación de la frontera que implica también la delimitación de las áreas marinas y submarinas.

**b.** La CIJ podría remitir la cuestión conexas sobre delimitación de la frontera al Secretario General de la ONU, argumentando que la delimitación de la frontera no tiene carácter jurídico y que, por lo tanto, no le corresponde a la CIJ resolver este asunto mediante arreglo judicial. En este caso, el Secretario General de la ONU deberá seleccionar otro medio de solución previsto en el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra.

**c.** La CIJ podría ordenar a las partes volver a la aplicación del Acuerdo de Ginebra a objeto de resolver la delimitación de la frontera terrestre a través de los medios admitidos por el derecho internacional, especialmente por el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra y el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas. Esta opción es poco viable dado que los antecedentes de la



controversia demuestran lo difícil que es negociar un asunto tan delicado como la soberanía e integridad territorial.

**d.** La CIJ podría remitir la delimitación de la frontera a un nuevo tribunal arbitral, decisión que estaría permitida según lo previsto en el artículo IV.2 del Acuerdo de Ginebra. En este supuesto, las partes deberían suscribir un tratado de arbitraje en el fijen el procedimiento mínimo a seguir, cuál será el derecho aplicable al fondo de la controversia y la modalidad de selección de los árbitros.

Si la CIJ declara la nulidad del Laudo Arbitral de París y decide resolver la cuestión conexa relativa a la delimitación de la frontera entre Venezuela y la República Cooperativa de Guyana deberá determinar cuál es el derecho aplicable para hacerlo. En ese sentido existen tres fuentes de derecho aplicable que servirían para solucionar el problema:

**a.** *El Tratado Arbitral de Washington de fecha 02-02-1897:* Si la CIJ decide que el derecho aplicable para resolver la cuestión conexa de la delimitación de la frontera es el Tratado de Washington, deberá recurrir principalmente a las normas de los artículos III y IV de dicho instrumento.

**b.** *El Acuerdo de Ginebra de fecha 17-02-1966:* Si la CIJ decide el derecho aplicable para resolver la cuestión conexa relativa a la delimitación fronteriza entre Venezuela y la República Cooperativa de Guyana, estaría seleccionando el instrumento más reciente en el que las partes manifestaron su voluntad de solucionar el diferendo limítrofe.

En este supuesto, la CIJ deberá atender al espíritu y propósito del Acuerdo de Ginebra que consiste en la búsqueda de una solución satisfactoria que permita el arreglo práctico de la controversia. Si la CIJ decide resolver la cuestión conexa de la delimitación fronteriza según el Acuerdo de Ginebra, el derecho aplicable será el que deduce de la voluntad de la Venezuela y de la República Cooperativa de Guyana expresado en una solución aceptable para ambas partes.

**c.** *Los principios y reglas del derecho internacional general:* En caso de seleccionar los principios y reglas del derecho internacional general, la CIJ se aparta de un instrumento concreto de derecho aplicable y deberá proceder a determinar cuáles son los principios y reglas del derecho internacional general que resultan aplicables al caso concreto.

Sería de esperar que Venezuela esté bien preparada y bien representada en este proceso tan importante.

Qué bueno que nuestra UCAB nos permite hoy debatir sobre este tema tan trascendental, con un auditorium tan adecuado.



**IV**

**CONTRIBUCIONES DE LA MAESTRÍA  
EN DERECHO CONSTITUCIONAL  
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO**



# LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE Y LA SUBVERSIÓN DEL ORDEN CONSTITUCIONAL. EL CASO DE VENEZUELA (2017-2020)

Gabriel Sira Santana\*

## Introducción

Tal como expone Hamblin (2016, loc. 188), “[u]n argumento falaz, como dicen prácticamente todas las exposiciones desde Aristóteles, es un argumento que parece válido pero no lo es”. En términos más sencillos: un “[e]ngañó, fraude o mentira” (Real Academia Española, 2014).

Traemos a colación este concepto porque somos de la opinión que no hay mejor calificativo para describir lo ocurrido en Venezuela durante los meses de mayo del 2017 a diciembre del 2020, cuando se instaló y operó en el país una supuesta “Asamblea Nacional Constituyente” (en lo sucesivo, ANC-2017) convocada por el Presidente de República, todo lo cual se dio en contravención de lo previsto en nuestra Carta Magna<sup>1</sup> (en lo sucesivo, CRBV) y los principios más elementales de un Estado Democrático de Derecho (Delgado, 2008, pp. 16-32).

A continuación, dedicaremos las páginas siguientes a exponer los motivos que en nuestro criterio –y el del foro jurídico que ha estudiado el tema– conducen al carácter inconstitucional y antidemocrático de la ANC-2017 y, por ende, también de los más de 215 actos por ella publicados en la Gaceta Oficial de la República<sup>2</sup> pues, si bien este cuerpo nunca llegó si quiera a dis-

---

\* Abogado mención summa cum laude y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de la Especialización en Derecho Administrativo y en Derecho Constitucional de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional e Instituciones de Derecho Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice.

<sup>1</sup> G.O. N° 36.860 del 30-12-1999, reimpressa en N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000 y enmendada en N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

<sup>2</sup> Nótese que no aludimos a un número definitivo de actos ya que, como sostuvimos en otra oportunidad (Sira Santana, 2020a), dadas las irregularidades que presenta el manejo de la Gaceta Oficial, a la fecha no han circulado diferentes números ordinarios y extraordinarios del período 2017-2020, por lo que se desconoce si en los mismos se publicaron documentos emanados de la ANC-2017 que habrían de ser incluidos en este estudio.

cutir un proyecto de Constitución<sup>3</sup>, mal podría afirmarse que el mismo permaneció inerte durante los tres años y cinco meses que estuvo “vigente”<sup>4</sup>.

En este orden de ideas, la hoja de ruta que nos hemos propuesto partirá del *deber ser* de la Asamblea Nacional Constituyente –es decir, lo que prevé la CRBV y algunos antecedentes venezolanos en la materia–, para luego adentrarnos en el *ser*, o la supuesta convocatoria a tal asamblea como respuesta a la crisis política que vivía –y sigue viviendo– el país, acudiéndose a esta figura no para transformar al Estado y redactar una nueva Constitución con base en los ideales democráticos que deben regir a esta institución (como a todos los órganos y entes que ejercen el Poder Público, independientemente si se catalogan de constituidos o constituyentes), sino, más bien, para desconocer esos mismos ideales y al propio pueblo venezolano como depositario de la soberanía nacional, a tenor del artículo 5 de la CRBV<sup>5</sup>.

## 1. El deber ser de una Asamblea Nacional Constituyente

Una de las tantas novedades que constatamos en la CRBV en relación con los veinticinco textos que le antecedieron<sup>6</sup> es que, en adición a la enmienda y la reforma como métodos para modificar el texto constitucional, se incluyó en los artículos 347 a 349 a la Asamblea Nacional Constituyente como *“instancia política para que se produzca una nueva Constitución”* (García Soto, 2020, p. 331) o, con un poco más de desarrollo, una *“entidad colegiada, integrada por sujetos que van a actuar como los máximos legisladores, ya que les corresponde elaborar un texto que establezca el régimen que ha de regir en un Estado”* en cuanto al *“ámbito de los derechos y deberes de los ciudadanos”* y *“la organización de sus poderes y de los órganos que los ejercen”* (Rondón de Sansó, 2020, p. 397). Ambas definiciones más amplias –si se quiere– que la ofrecida por Brewer-Carías (1998, p. 56) al conceptualizar tal asamblea como *“un congreso de representantes convocado con el objeto de constituir un Estado, es decir, establecer la organización política de una sociedad dada, en un territorio determinado”*<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> A lo sumo, nótese que en septiembre de 2018 circuló una “propuesta” con autoría del Instituto de Altos Estudios del Proceso Social de Trabajo “Jorge Rodríguez” de la Universidad Bolivariana de Trabajadores “Jesús Rivero”. El texto puede consultarse en <https://bit.ly/3GORuNd>

<sup>4</sup> Término usado por la propia ANC-2017 según se aprecia, por ejemplo, en el “Decreto constituyente mediante el cual se establece la vigencia de funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente”, en G.O. N° 41.636 del 20-05-2019.

<sup>5</sup> El artículo, como se recordará, prevé que: *“La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. // Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos”*.

<sup>6</sup> Todos consultados en Brewer-Carías (1985).

<sup>7</sup> El autor agrega que, en virtud de lo dicho, “[e]n sentido estricto, en Venezuela, en realidad, hemos tenido sólo dos Asambleas Constituyentes: el Congreso General de 1811 (...) con el objeto de constituir el Estado venezolano independiente de la Corona Española (...) y el Con-

Esta asamblea en la CRBV comportó un cambio de valor para el constitucionalismo venezolano ya que, desde nuestra primera Constitución en 1811, la revisión y reforma del texto constitucional era una actividad protagonizada por el Poder Legislativo; originalmente previa propuesta y aprobación de las Cámaras del Congreso o las Legislaturas Provinciales (artículos 135 y 136 de la Constitución de 1811), para luego dar paso a la Cámara de Representantes y el Senado –como lo previeron los artículos 1 al 3 del título X de la Constitución de 1919, 190 de 1821<sup>8</sup> y 225 de 1830<sup>9</sup>– y, finalmente, a la Cámara de Diputados y el Senado, junto con la participación del Poder Legislativo estatal, tal como se constata en los artículos 128 de la Constitución de 1857, 163 de 1858, 122 de 1864 y de 1894, 118 de 1881 y de 1891<sup>10</sup>, 151 a 155 de 1893, 141 a 145 de 1901<sup>11</sup>, 127 a 131 de 1904, 145 a 149 de 1909, 130 a 134 de 1914 y de 1922, 123 a 127 de 1925<sup>12</sup>, de 1928, de 1929 y de 1931, 126 a 131 de 1936, 131 a 136 de 1945, 248 a 252 de 1947, 140 a 142 de 1953<sup>13</sup>, y, por último, los artículos 245 a 249 de la Constitución de 1961, que constituyen el antecedente inmediato a la CRBV y que, en su título X, previó de forma diferenciada el trámite requerido para la enmienda y la reforma<sup>14</sup>.

---

*greso Constituyente (...) en 1830 (...) para constituir el Estado venezolano separado de la Gran Colombia”.*

- <sup>8</sup> Nótese que esta Constitución preveía adicionalmente que no podía ser objeto de reforma la sección primera de su título I –referida a la independencia de la nación, que la soberanía residía en la nación y que esta última tenía el deber de “*proteger por leyes sabias y equitativas la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad de todos los colombianos*” (artículo 3)– ni la sección segunda del título II –sobre el gobierno popular representativo, la participación del pueblo en elecciones primarias y la división del Poder Público–, especificándose a su vez que “[c]uando ya libre toda o la mayor parte de aquel territorio de la República, que hoy está bajo el poder español, pueda concurrir con sus representantes a perfeccionar el edificio de su felicidad y después que una práctica de diez o más años haya descubierto todos los inconvenientes o ventajas de la presente Constitución, se convocará por el Congreso una gran convención de Colombia, autorizada para examinarla o reformarla en su totalidad” (artículo 191), lo que podría asemejarse a lo que hoy conocemos como Asamblea Nacional Constituyente.
- <sup>9</sup> Nótese que el artículo 228 agregó como límite que “[l]a autoridad que tiene el Congreso para reformar la Constitución no se extiende a la forma de gobierno que será siempre republicano, popular, representativo, responsable y alternativo”.
- <sup>10</sup> Resulta prudente acotar que esta última es el primer caso en el que se usó el término “*enmienda*” en relación con la modificación de la Constitución.
- <sup>11</sup> Nótese que el artículo 7 de esta Constitución alertaba que “[n]i el Congreso Nacional, ni los Estados, en sus leyes, podrán alterar en manera alguna las bases [de la Unión] estipuladas en el Artículo anterior, con el pretexto de aclararlas o interpretarlas, sino por el procedimiento establecido para reformar esta Constitución”.
- <sup>12</sup> Nótese que el texto volvió a usar el término “*reforma*” en referencia a los cambios constitucionales, si bien lo hace como sinónimo de “*enmienda*” al alternarlos de forma indistinta.
- <sup>13</sup> Nótese que este texto suprimió las menciones a las enmiendas para referirse únicamente a la reforma de la Constitución, aunque el procedimiento y autoridades intervinientes no variaron.
- <sup>14</sup> Además de variar las mayorías requeridas para que se materializara la iniciativa, interesa destacar que para la aprobación de la primera bastaba el voto favorable del Congreso y la ratificación de las Asambleas Legislativas –lo que, como vimos, se compaginaba con nuestra historia constitucional– mientras que la segunda, al ser un cambio “*general*” del texto constitucional –sin que el Constituyente precisara qué había de entenderse como tal y si

En este sentido, no siendo nuestra intención profundizar sobre los antecedentes constitucionales del tema que nos ocupa<sup>15</sup>, de lo dicho se observa con claridad que la CRBV incorporó, en efecto, una *invención* en cuanto a la modificación del texto constitucional<sup>16</sup>, ya que no solo alteró el régimen de las enmiendas y las reformas<sup>17</sup>, sino que previó como tercera vía que, dado que “[e]l pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario”, el mismo, “[e]n ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución” (artículo 347).

En otras palabras, a partir de 1999 la modificación de la Constitución venezolana ya no competiría principalmente al Poder Legislativo –como lo venía siendo desde 1811, con más o menos limitaciones y la intervención de otros actores según el momento histórico que se viviese, como tuvimos ocasión de comentar–, sino que el pueblo venezolano podría dotarse de una nueva Constitución sin requerir de la intervención del Parlamento, siempre que para tal fin convocara a una Asamblea Nacional Constituyente que se encargase de su redacción.

Curiosamente, a pesar de la importancia de este tema –hablamos, nada menos, de un nuevo pacto social que sirva de base al Estado para su relación con la sociedad<sup>18</sup>– y la ausencia de precedentes constitucionales más allá de las experiencias *de facto* vividas en siglos pasados<sup>19</sup> –entre ellas, la

---

ello respondía a valoraciones cualitativas o cuantitativas, aunque se ha entendido que eran las del primer tipo– requería que el proyecto fuese sometido “a referéndum en la oportunidad que fijen las Cámaras en sesión conjunta, para que el pueblo se pronuncie en favor o en contra de la reforma. El escrutinio se llevará a conocimiento de las Cámaras en sesión conjunta, las cuales declararán sancionada la nueva Constitución si fuere aprobada por la mayoría de los sufragantes de toda la República” (numeral 4 del artículo 246).

<sup>15</sup> Para ello se recomienda la revisión de Casal Hernández (2019).

<sup>16</sup> Reiteramos que esta novedad es vista desde los textos constitucionales venezolanos, ya que mal podría sostenerse que la CRBV fue pionera en el tema de las asambleas constituyentes. De hecho, y solo a fines ejemplificativos, podemos mencionar que estas instituciones ya eran estudiadas por Sieyès a finales del siglo XVIII en su célebre panfleto “¿Qué es el Tercer Estado?”, donde afirmó –entre otras reflexiones de valor– que “[l]a Constitución no es obra de ningún poder constituido, sino del poder constituyente” y “sólo una representación extraordinaria puede reformar la Constitución o elaborar una nueva” (1991, pp. 212 y 223), debiendo el pueblo en su conjunto –o la nación, en palabras de Sieyès– elegir a dichos representantes en condiciones de igualdad política.

<sup>17</sup> El primero previsto en los artículos 340 y 341 y el segundo en los artículos 342 a 346, sobre lo cual se recomienda la consulta de Carrillo Artilles (2000, pp. 186-188).

<sup>18</sup> Nótese que por este motivo autores como Rondón de Sansó (2020, p. 1047) afirman que la Asamblea Nacional Constituyente no es en puridad de conceptos una vía para modificar el texto constitucional, ya que ella “presupone su derogatoria, extinción y sustitución por un nuevo texto”.

<sup>19</sup> Véase al respecto Brewer-Carías (1998), quien destaca que “[u]na vez, constituido el Estado venezolano independiente y autónomo, a partir de 1830, ha habido Asambleas Constituyentes pero no en el sentido estricto de ‘constituir’ un Estado, sino de reconstituir el sistema político y reformar la Constitución, lo que en toda nuestra historia política siempre ha ocurrido después de una ruptura del hilo constitucional”, citándose como ejemplos la Gran Convención Nacional de 1858, la Asamblea Constituyente de 1864, la Asamblea Nacional Constituyente de 1893 y de 1901, el Congreso de Diputados Plenipotenciarios de 1914, y la Asamblea Constituyente de 1947 y 1953.



Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la propia CRBV y que no estuvo exenta de críticas al carecer tal institución de basamento jurídico en la Constitución de 1961 y hacerse depender de interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Político Administrativa<sup>20</sup>-, la regulación de la Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución de 1999 es algo exigua, en el sentido que al citado artículo 347 solo se agregan otros dos que son del siguiente tenor:

Artículo 348. La iniciativa de convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente podrá hacerla el Presidente (...) de la República en Consejo de Ministros; la Asamblea Nacional, mediante acuerdo de la dos terceras partes de sus integrantes; los Consejos Municipales en cabildos, mediante el voto de las dos terceras partes de los mismos; y el quince por ciento de los electores inscritos (...) en el Registro Civil y Electoral.

Artículo 349. El Presidente (...) de la República no podrá objetar la nueva Constitución.

Los poderes constituidos no podrán en forma alguna impedir las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente.

Una vez promulgada de la nueva Constitución, ésta se publicará en la Gaceta Oficial de la República (...) o en la Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente.

En otras palabras, nada previó el Constituyente de 1999 sobre cómo habría de materializarse la novísima Asamblea Nacional Constituyente una vez se exteriorizada la iniciativa para su convocatoria –si bien el texto es absolutamente claro en que el pueblo es el que puede convocarla– ni cómo habría de darse la discusión, redacción y aprobación de la nueva Carta Magna<sup>21</sup>; de lo que podría derivarse que todos estos asuntos habrían de ser de-

<sup>20</sup> Véase, entre otros, Brewer-Carías (1999), Carrillo Ariles (2000), Delgado (2017) y Nikken (2003).

<sup>21</sup> Nótese que si volteamos nuestra mirada al derecho comparado latinoamericano podemos constatar que otros países como Costa Rica se insertan en esta misma línea al indicar solamente que “[l]a reforma general de esta Constitución, sólo podrá hacerse por una Asamblea Constituyente convocada al efecto. (...)” (artículo 196), si bien la tendencia es que la propia Constitución determine algunas de las particularidades de este proceso. Este es el caso, por ejemplo, de (i) la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, al prever en el numeral I de su artículo 411 que “[l]a reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. (...) La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio”; (ii) la Constitución Política de Colombia, al determinar en su artículo 376 que “[m]ediante ley (...) el Congreso podrá disponer que el pueblo en votación popular decida si convoca una Asamblea Constituyente con la competencia, el período y la composición que la misma ley determine. // Se entenderá que el pueblo convoca la Asamblea, si así lo aprueba, cuando menos, una tercera parte de los integrantes del censo electoral. La Asamblea deberá ser elegida por el voto directo de los ciudadanos, en acto electoral que no podrá coincidir con otro. (...) La Asamblea adoptará su propio reglamento”; (iii) la Constitución de la República del Ecuador, al disponer en su artículo 444 que “[l]a asamblea constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. (...) La consulta deberá incluir la forma de elección de (...) los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de

terminados sin mayores limitaciones por el pueblo<sup>22</sup>, al ser este –según vimos– el “*depositario del poder constituyente originario*”<sup>23</sup>.

---

los votos válidos”; (iv) la Constitución de la República del Paraguay, al indicar en su artículo 291 que “[l]a Convención Nacional Constituyente es independiente de los poderes constituidos. Se limitará, durante el tiempo que duren sus deliberaciones, a sus labores de reforma, con exclusión de cualquier otra tarea. No se arrogará las atribuciones de los poderes del Estado, no podrá sustituir a quienes se hallen en ejercicio de ellos, ni acortar o ampliar su mandato”; y (v) la Constitución de la República Oriental del Uruguay, al precisar en el literal “C” de su artículo 331, de forma bastante detallada, que “[a]probada la iniciativa [de reforma constitucional] y promulgada por el Presidente de la Asamblea General, el Poder Ejecutivo convocará, dentro de los noventa días siguientes, a elecciones de una Convención Nacional Constituyente que deliberará y resolverá sobre las iniciativas aprobadas para la reforma, así como sobre las demás que puedan presentarse ante la Convención. El número de convencionales será doble del de Legisladores. Conjuntamente se elegirán suplentes en número doble al de convencionales. Las condiciones de elegibilidad, inmunidades e incompatibilidades, serán las que rijan para los Representantes. // Su elección por listas departamentales, se regirá por el sistema de la representación proporcional integral y conforme a las leyes vigentes para la elección de Representantes. La Convención se reunirá dentro del plazo de un año, contado desde la fecha en que se haya promulgado la iniciativa de reforma. // Las resoluciones de la Convención deberán tomarse por mayoría absoluta del número total de convencionales, debiendo terminar sus tareas dentro del año, contado desde la fecha de su instalación. // El proyecto o proyectos redactados por la Convención serán comunicados al Poder Ejecutivo para su inmediata y profusa publicación. El proyecto o proyectos redactados por la Convención deberán ser ratificados por el Cuerpo Electoral, convocado al efecto por el Poder Ejecutivo, en la fecha que indicará la Convención Nacional Constituyente. // Los votantes se expresarán por ‘Sí’ o por ‘No’ (...). La reforma o reformas deberán ser aprobadas por mayoría de sufragios, que no será inferior al treinta y cinco por ciento de los ciudadanos inscriptos en el Registro Cívico Nacional”. Todas las Constituciones citadas en esta nota al pie se consultaron en el *Political Database of the Americas* de la Georgetown University (<http://pdba.georgetown.edu>).

- <sup>22</sup> Término cuya definición –vale decir– no está exenta de problemas según se constata en la obra de De Stefano (1957, pp. 204-216) y más recientemente Njaim (2007, pp. 171-174), aseverando el primero que “[e]n la ciencia constitucional el concepto de ‘pueblo’ es entre los más controvertidos; en su noción se hallan reunidos significados que pueden ser captados y observados, sea desde el punto de vista estrechamente jurídico, como del político y sociológico”, y el segundo que “el pueblo es un ente orlado de las connotaciones ennoblecedoras de la filosofía democrática pero bastante nebuloso” que, en definitiva, constituye “una entidad social juridificada que sólo se comprende en y desde la Constitución. Lo que ocurre es que la Constitución ha de ser lo suficientemente flexible como para no reducir el pueblo a una sola de sus dimensiones sino acoger el mayor número posible de ellas”.
- <sup>23</sup> Sobre el poder constituyente originario en general téngase presente Brewer-Carías (1999, pp. 99-109), quien destaca que “el Poder Constituyente Originario es *supra leges* y queda *legibus solutus*, fuera de toda limitación. Es un hecho que precede al derecho que dicho poder crea y ordena en una Constitución”, para luego agregar que “este Poder Constituyente Originario, en el mundo contemporáneo, es una mera representación histórica” ya que, “una vez constituidos los Estados modernos, el Poder Constituyente Originario, así concebido, difícilmente aparece de nuevo, salvo que sea como manifestación fáctica, producto de una revolución y, por tanto, de situaciones de hecho”. En consecuencia, concluye el autor, visto que una vez que el “Poder Constituyente sanciona una Constitución, la constitucionalización del Estado y del orden jurídico implica que el texto es supremo y que (...) ‘obliga tanto a los gobernantes como a los gobernados a someterse a ella’ y los gobernados son, precisamente, el pueblo soberano que al sancionar la Constitución se autolimita y se somete a su propia norma”, el poder constituyente que se manifiesta a través de una Asamblea Nacional Constituyente sería en realidad un poder “*instituido*” y, por ende, sujeto a los límites previamente fijados por el propio constituyente.

No obstante lo anterior, aunado a los problemas si se quiere logísticos que emanan de esta situación y que podrían derivar en afrentas a la democracia al constatarse abusos o desviaciones de poder en la convocatoria y las bases<sup>24</sup>, somos del criterio que este *silencio constituyente* no puede equipararse con que la Asamblea Nacional Constituyente –cuando actúa dentro del marco brindado por la CRBV, y no *de facto*– esté facultada para hacer y deshacer los fundamentos jurídico-políticos del Estado como parte de su labor *transformativa* sin ningún tipo de limitación. Lo anterior responde a dos realidades presentes en toda democracia moderna:

La primera, es que gracias al principio de la progresividad de los derechos humanos y su carácter expansivo (artículos 19, 22 y 23 de la CRBV), no le estaría dado a la Asamblea Nacional Constituyente suprimir aquellos derechos reconocidos en textos anteriores o incorporar disposiciones que pudiesen atentar contra la dignidad humana<sup>25</sup>, inclusive si esta fuese la voluntad de la mayoría del pueblo que ella representa y que exige la transformación del Estado y la redacción de una nueva Constitución, pues es sabido que los derechos, libertades y garantías individuales no pueden ceder a la *tiranía de la mayoría* por constituir ello una transfiguración de la democracia (Tocqueville, 2003).

Y la segunda, es que si bien la Asamblea Nacional Constituyente está facultada para “transformar al Estado” y “crear un nuevo ordenamiento jurídico” de acuerdo con el artículo 347 de la CRBV citado *supra*, esas atribuciones se encuentran íntimamente vinculadas con la redacción de una nueva Constitución –que a fin de cuentas en su verdadero objetivo– por lo que, hasta tanto no exista una nueva Constitución que sea aprobada por el pueblo<sup>26</sup>, el texto anterior (en nuestro caso de estudio, la CRBV) seguiría vigente y la Asamblea Nacional Constituyente, como el resto del Poder Público y la sociedad venezolana, estaría *atada* a la misma por imperativo del artículo 7 constitucional<sup>27</sup>, no pudiendo esta asamblea en consecuencia desconocer a

---

<sup>24</sup> Piénsese por ejemplo en las diferentes respuestas que se le podrían dar a las preguntas de cómo se realiza la convocatoria, quiénes intervienen en el proceso, cómo se tramita, cuántos miembros debe tener la Asamblea Nacional Constituyente y si esta es unicameral o no, por cuánto tiempo puede funcionar la misma, entre otras, y cómo sectores poderosos de la sociedad, que no se compaginen necesariamente con “el pueblo” ni los ideales democráticos, podrían favorecer unas u otras respuestas por ser más cónsonas con sus intereses. Este vacío, de hecho, se vivió con la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 y sus bases comiciales, lo que dio lugar a la intervención del Poder Judicial –específicamente, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa– según se aprecia en los diferentes fallos citados en Brewer-Carías (1999).

<sup>25</sup> Véase Sira Santana (2020b) y la bibliografía ahí citada. En especial: González Pérez (2017).

<sup>26</sup> Nótese que el referido artículo 347 no expresa que la Asamblea apruebe, dicte o sancione la nueva Constitución, sino que limita el rol de este cuerpo a la redacción de la –eventual– nueva Carta Magna, de lo que se desprende que al ser el pueblo el titular de la soberanía y quien ejerce el poder constituyente, es dicho pueblo el que en definitiva habría de aprobar –o rechazar– el texto que emane de la Asamblea Nacional Constituyente con base en los principios democráticos y de participación ciudadana.

<sup>27</sup> La norma reza que “[l]a Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

los poderes constituidos ni tomar sus competencias para sí bajo el supuesto amparo del primer aparte del artículo 349 ya citado que, a nuestro entender, proscribiera es que el poder constituido –a saber, el legislativo, el ejecutivo, el judicial y en el caso venezolano, también los poderes ciudadano y electoral– pueda abstraerse de la nueva Constitución cuando esta sea aprobada por el pueblo y derive de una Asamblea Nacional Constituyente que haya sido convocada, instalada y conducida conforme con Derecho<sup>28</sup>.

Este razonamiento, consideramos, permitiría en parte justificar que los principios y valores fundamentales del Estado Democrático de Derecho contenidos en el título I de la CRBV<sup>29</sup> tampoco podrían ser alterados por la Asamblea Nacional Constituyente, siendo obligación del pueblo venezolano –y de sus autoridades legítimas– desconocer *“cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos”* –dentro de lo cual encuadraría la propia Asamblea Nacional Constituyente y sus decisiones– dada *“su tradición republicana”* y *“su lucha por la independencia, la paz y la libertad”* (artículo 350 constitucional), aunado a que dicho pueblo, como ya dijimos, es el único titular de la soberanía sin que sea posible su transferencia a otros órganos o entes.

Hecha esta aproximación sobre lo que el ordenamiento jurídico venezolano prevé en cuanto a la Asamblea Nacional Constituyente, pasamos de seguida a comentar lo ocurrido en Venezuela a partir del año 2017 y que, sin lugar a equívocos, constituyó una afrenta a lo aquí reseñado, deteniéndonos en un primer momento en los hechos jurídico-políticos que dieron paso a la ANC-2017.

---

<sup>28</sup> En el mismo sentido se pronuncia Kiriakidis (2017, p. 28), para quien *“preexistiendo un Estado Constitucional de Derecho, la llamada a una Asamblea Constituyente se limita a un mecanismo para emprender una modificación del texto de la Constitución, nada más, y nada menos. No se trata, en modo alguno, de un sistema de sustitución y suplantación de los órganos del Estado (vamos a llamarlos ‘constituidos’) y de sus funciones. No se trata, en fin, de un mecanismo o forma de gobierno sustitutivo del previsto y reglamentado por la propia Constitución cuya modificación se emprende”*.

<sup>29</sup> Entre ellos, la independencia de la República y *“la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional”* como derechos irrenunciables (artículo 1), *“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”* como valores superiores del Estado (artículo 2), *“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 bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución”* como fines esenciales del Estado, y el carácter *“democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables”* del gobierno de la República y de las entidades políticas que la componen (artículo 6).

## 2. La embestida contra la Asamblea Nacional como antecedente de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017

En diciembre de 2015 la oposición venezolana obtuvo –por primera vez desde la consagración de la Asamblea Nacional en la CRBV– la mayoría parlamentaria absoluta (consistente en el 50 % más uno de los diputados) y calificada (tanto por las tres quintas como por las dos terceras partes) que, a partir de enero de 2016, le permitiría entre otros sancionar leyes ordinarias y orgánicas, decretar amnistías, aprobar los estados de excepción y sus prórrogas, aprobar enmiendas a la Constitución y dar votos de censura a Ministros<sup>30</sup>, sin requerir para ello de mayores acuerdos con el partido de gobierno aun cuando tampoco debemos obviar que el hecho de contar con estas mayorías no le habilitaba para desconocer los principios democráticos ni su obligación de respetar a las minorías, como ocurrió en el país durante las legislaturas anteriores.

Esta nueva realidad resultó *incómoda* –por decir lo menos– a la fuerza política dominante, acostumbrada a gobernar a sus anchas, por lo que, incluso antes de que la nueva legislatura electa por el pueblo diera inicio al período 2016-2021, el Ejecutivo Nacional junto con los diputados salientes del Parlamento y el Tribunal Supremo de Justicia –particularmente, en su Sala Constitucional (en lo sucesivo, SC/TSJ) y Electoral (en lo sucesivo, SE/TSJ)– iniciaron un proceso para diezmar sistemática e inconstitucionalmente las competencias del Poder Legislativo Nacional, tanto en su función legislativa como de control político.

En este sentido, y sin que sea nuestra intención profundizar en esta oportunidad sobre cada uno de los *ataques* sufridos por el Parlamento, podemos destacar como los tres principales hitos del conflicto que dieron paso a la ANC-2017 los siguientes:

Primero, la tesis del desacato contra la Asamblea Nacional al haber esta juramentado a los diputados del estado Amazonas luego de que la SE/TSJ ordenara, por fallo N° 260 del 30-12-2015<sup>31</sup>, *“de forma provisional e inmediata la suspensión de efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación emanados de los órganos subordinados del Consejo Nacional Electoral respecto de los candidatos electos (...) en (...) Amazonas”*, por supuestos indicios de que en su elección se vulneró la normativa electoral aunque, como lo reseña el foro, la verdadera intención era desproveer a la oposición de la mayoría calificada alcanzada<sup>32</sup>. En todo caso, ello derivó en

---

<sup>30</sup> Véanse sobre las competencias de la Asamblea Nacional los artículos 73, 150, 154, 157, 187, 193, 203, 234, 240, 265, 279, 296, 338, 339, 341, 343 y 348 de la CRBV.

<sup>31</sup> En <https://bit.ly/3q8wREL>.

<sup>32</sup> Véase Torrealba Sánchez (2016, pp. 333-336), para quien *“la sentencia en cuestión no fue dictada con el objeto de proteger la violación o amenaza de violación de los derechos al sufragio de los electores del Estado Amazonas, sino precisamente persiguiendo todo lo contrario”*, ya que ella *“obedece a una estrategia de impedir que la coalición opositora tuviera el número de Diputados necesarios para alcanzar las mayorías calificadas exigidas constitu-*

que la SC/TSJ declarara la nulidad de todas las actuaciones llevadas a cabo por la Asamblea Nacional<sup>33</sup>, en desconocimiento de la voluntad expresada por el pueblo al elegir a sus representantes y con la finalidad de que la fuerza política dominante pudiera continuar ejerciendo el poder como lo venía haciendo desde hace más de cinco lustros, sin prácticamente ningún tipo de limitación.

Segundo, el Decreto N° 2.184 del 14-01-2016<sup>34</sup> por medio del cual el Presidente de la República declaró el estado de excepción por emergencia económica en todo el territorio nacional a fin de que el Ejecutivo pudiese, según el artículo 1 del decreto, *“adoptar las medidas oportunas que permitan atender eficazmente la situación excepcional (...) por la cual atraviesa la economía venezolana y que permita asegurar a la población el disfrute pleno de sus derechos y el libre acceso a bienes y servicios fundamentales”*. Al igual que como ocurrió con el desacato, la declaratoria de excepción –y sus sucesivas prórrogas por más de cuatro años– estuvo inmersa en graves vicios de inconstitucionalidad que no solo las hacían insalvables desde el punto de vista jurídico (Sira Santana, 2017, pp. 209-291), sino que develan que esta medida también fue una consecuencia del cambio de fuerzas políticas en la Asamblea Nacional para, principalmente, abstraerse el Ejecutivo del control político que por disposición de la CRBV correspondía ejercer al Parlamento en materia de contratos de interés nacional, mociones de censura y presupuesto nacional<sup>35</sup>. De ahí que más de dos tercios de los decretos del Ejecutivo tendieron al desconocimiento del Parlamento, y no a lograr la protección de la Constitución ni los derechos de los ciudadanos que día a día seguían sufriendo las consecuencias de la crisis socioeconómica que afectaba –y afecta– al país.

Y tercero, la intensificación del abuso de poder por parte de la SC/TSJ en contra de la Asamblea Nacional que llegó a su apogeo con los fallos N° 155 del 28-03-2017 y 156 del 29-03-2017<sup>36</sup>, decidiéndose en este último que *“mientras persista la situación de desacato y de invalidez de las actuaciones de la Asamblea Nacional, esta Sala Constitucional garantizará que las competencias parlamentarias sean ejercidas directamente por esta Sala o por el*

---

*cionalmente, de dos tercios (2/3), para que una opción política pueda realizar una serie de actuaciones de especial relevancia político-constitucional”*.

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo, entre más de cien fallos, el N° 808 del 02-09-2016, en <https://bit.ly/3GPynCE> Una cronología de estas decisiones puede revisarse en Acceso a la Justicia (2021).

<sup>34</sup> G.O. N° 6.214 Extraordinario del 14-01-2016.

<sup>35</sup> Solo a modo de ejemplo destacamos que el mandatario nacional dictó hasta julio de 2018 –esto es, durante los primeros dos años y medio de la supuesta emergencia económica– 251 *“autorizaciones de recursos adicionales”* con cargo a diferentes presupuestos del Poder Público Nacional que representaron el 70% del total del *derecho de excepción* decretado desde enero de 2016 (Sira Santana, 2019, p. 1608) y, en total, se tradujeron en más de cuatro mil millones de dólares de los Estados Unidos de América a la tasa de cambio oficial que pasaron del Tesoro Nacional a los órganos y entes que el Presidente de la República determinó, sin que la Asamblea Nacional autorizara tal operación en virtud de lo previsto en el artículo 314 de la CRBV.

<sup>36</sup> En <https://bit.ly/3280Kxd> y <https://bit.ly/3E5Y0gA>, respectivamente.

*órgano que ella disponga*". Ambos fallos –claramente contrarios a Derecho (Brewer-Carías, 2017a y 2017b<sup>37</sup>)– fueron el detonante de una serie de protestas en el país desde marzo hasta agosto del 2017, al ser las decisiones consideradas un autogolpe de Estado (OEA, 2017) y generar tal rechazo por parte de la sociedad venezolana y la comunidad internacional que la SC/TSJ se vio forzada a publicar par de *"aclaratorias"* el 01-04-2017 por las que revocó lo dicho sobre el ejercicio de las competencias de la Asamblea Nacional<sup>38</sup>, si bien reiteró que esta última se encontraba en desacato y, como ello *"le impide el ejercicio de sus atribuciones constitucionales"*, no hubiese mayor cambio en relación con el desconocimiento del Poder Legislativo por parte del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo.

Como corolario de lo anterior, tal como señalan las organizaciones no gubernamentales que se han pronunciado sobre el tema, *"[l]a ruptura del hilo constitucional, aunada a la crítica situación económica, generó un ciclo de protestas (...), por su cantidad y extensión las más importantes realizadas en Venezuela desde el inicio de la gestión bolivariana en 1998"*, que exigían entre sus demandas un *"calendario electoral, liberación de los presos políticos, respeto a la AN [Asamblea Nacional] y apertura del canal humanitario"* (PROVEA, 2018). Lamentablemente, continua el informe, la respuesta a estas solicitudes por parte del gobierno fue el abuso de la fuerza para reprimir a la disidencia política, la violación sistemática de los derechos humanos de la población y *"la decisión de abolir la Carta Magna de 1999 mediante la imposición fraudulenta de una Asamblea Nacional Constituyente"* como *"estrategia para acabar con las protestas y llevar a un nuevo nivel la ausencia de democracia en el país"*.

Así, en resumen, antes de que la ANC-2017 entrara al escenario sociopolítico, el Estado venezolano se encontraba inmerso en una seria crisis económica, política, social y democrática promovida por la fuerza política dominante que no solo desconoció a los poderes constituidos que le resultaban contrarios –específicamente: la Asamblea Nacional electa por el pueblo en diciembre de 2015 para lograr un cambio desde la institucionalidad a través del ejercicio de la función legislativa y de control político–, sino que, una vez eliminó la posibilidad de que este poder desarrollara sus competencias de acuerdo con el reparto de atribuciones que prevé la CRBV, procedió a reprimir toda muestra de rechazo por parte de la sociedad con el único fin de mantenerse en el poder. Es a este objetivo al que respondió la ANC-2017, según detallaremos de seguida.

---

<sup>37</sup> El autor afirma que con el fallo N° 155 *"puede decirse que en Venezuela se ha consolidado definitivamente una dictadura judicial conducida por el Tribunal Supremo de Justicia, actuando y dictando sentencias arbitrarias, (...) sin importarle lo que pueda decir la Constitución o la ley"*, mientras el fallo N° 156 constituyó *"un golpe de Estado"* al proceder la Sala *"a asumir de pleno derecho, inconstitucionalmente, la totalidad de las competencias de la Asamblea Nacional, y en consecuencia, a ejercer directamente todas las competencias parlamentarias de la misma, auto-atribuyéndose incluso la potestad de 'delegar' el ejercicio de las mismas en 'el órgano que ella disponga,' irónicamente 'para velar por el Estado de Derecho'"*.

<sup>38</sup> Fallo N° 157 en referencia al N° 155 y fallo N° 158 en referencia al N° 156, en <https://bit.ly/3IUItNL> y <https://bit.ly/3p41wDT>, respectivamente.

### 3. El ser de la Asamblea Nacional Constituyente de 2017

Para mayo de 2017 la fuerza política dominante tenía el control del Poder Ejecutivo, el Tribunal Supremo de Justicia, el Consejo Nacional Electoral, las Fuerzas Armadas, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo, mientras la Asamblea Nacional y la Fiscalía General de la República le resultaban adversas, así como también un amplio número de integrantes de la sociedad venezolana que clamaban por la vuelta a la institucionalidad, la democracia y la garantía de sus derechos.

Ante este escenario el gobierno nacional tenía dos opciones: (i) oír el clamor popular e iniciar el tránsito al Estado Democrático de Derecho, empezando por el reconocimiento de la Asamblea Nacional y pavimentando la vía para que esta pudiese ejercer sus funciones sin más escollos que los propios de una sociedad libre y abierta al debate político o (ii) dar la estocada final a la ya agónica democracia y lograr lo que no se pudo con el fallo N° 156/2017 de la SC/TSJ. Esto es: la transferencia absoluta del Poder Legislativo a un órgano controlado por la fuerza política dominante que permitiera, en definitiva, desdibujar por completo la idea de la separación de poderes en el país y los límites que desde enero de 2016 el Ejecutivo Nacional se había visto forzado a sortear por diferentes medios (el desacato, la excepción, etc.) para mantenerse en el poder.

Es con motivo de lo anterior que, quizás inspirado en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 que, como señalan algunos en el foro, consistió en *“una estrategia planificada para la toma del control de todos los poderes públicos, encubierta y mediatizada por la designación y actuación de una Asamblea Nacional Constituyente, con el objeto de darle (...) la apariencia de legitimidad política”* (Sarría Peitri, 2015, p. 3331)<sup>39</sup>, en la G.O. N° 6.295 Extraordinario del 01-05-2017 se publicó el Decreto N° 2.830 de la misma fecha por el cual, el Presidente de la República, dijo invocar *“las atribuciones que [l]e otorga[ba] la Constitución de la República (...) en su artículo 348 y (...) los artículos 70, 236 numeral 1 y 347 ejusdem”*<sup>40</sup> para declamar que: *“CONVOCO*

<sup>39</sup> La autora enumera como premisas de esta estrategia: *“1. Conseguir la Presidencia de la República por la vía electoral; 2. Crear y controlar –por cualquier medio de apariencia legal– una Asamblea Constituyente a la que se le reconozcan poderes absolutos; 3. La Asamblea Constituyente desarticula los poderes públicos constituidos, primero el que ejerce el control judicial y enseguida el que ejerce el control político y legisla; 4. El Poder Judicial controlado convalida las actuaciones de la Asamblea Constituyente; 5. Se aprueba la nueva Constitución[.]; 6. No se dicta Ley de Transición y, en cambio, se ‘prorroga’ la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente como gobierno con poderes ilimitados; 7. Se designan a conveniencia, al Poder Electoral y a quien dirige el Poder Judicial y se le da a éste, exclusividad en la competencia para conocer de conflictos que afecten a la Asamblea Constituyente y sus actuaciones. 8. Se eligen a las autoridades de elección popular por elecciones controladas”*.

<sup>40</sup> Los artículos 347 y 348 ya fueron citados en este ensayo, en tanto que los artículos 70 y 236 numeral 1 prevén respectivamente que *“[s]on medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos (...) cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros (...). // La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo”* y *“[s]on atribuciones y*



*UNA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, ciudadana y de profunda participación popular, para que nuestro Pueblo, como depositario del Poder Constituyente Originario, (...) pueda decidir el futuro de la Patria, reafirmando los principios de independencia, soberanía, igualdad, paz, democracia participativa y protagónica*” (artículo 1), correspondiéndole al Consejo Nacional Electoral organizar el proceso para la elección de los “integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente Originaria” por “ámbitos sectoriales y territoriales (...) mediante el voto universal, directo y secreto” (artículo 2).

De acuerdo con la motivación de este decreto, la ANC-2017 tendría como “finalidad primordial” el “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”, para lo cual se proponían como “objetivos programáticos”: la paz; la reorganización del Estado; la cooperación entre los poderes públicos; la constitucionalización de las misiones y del Poder Popular; la defensa de la soberanía y la integridad de la nación, “ampliando las competencias del Estado (...) para la preservación de la seguridad ciudadana, la garantía del ejercicio integral de los derechos humanos, la defensa de la independencia, la paz, la inmunidad, y la soberanía política, económica y territorial de Venezuela”; la ampliación de las competencias del Sistema de Justicia para “erradicar la impunidad” de los delitos cometidos contra la persona, la Patria y la sociedad; el perfeccionamiento del sistema económico nacional; la reivindicación del carácter pluricultural de la Patria; los derechos de la juventud; y la protección de la biodiversidad. En este sentido, tres son los aspectos que deseamos destacar de este decreto y que dan luces sobre su carácter antidemocrático e instrumental:

Primero, la finalidad de la ANC-2017, más que redactar una nueva Constitución –que, de hecho, nunca se señala expresamente en el decreto, aunque sí de forma incidental<sup>41</sup>–era hacer frente a las amenazas que en criterio del Presidente de la República atentaban contra el orden constitucional vigente (es decir: la CRBV) dado el clima de inestabilidad política comentado en el acápite anterior, a fin de “erradicar” –verbo usado por el propio decreto– la disidencia y el pluralismo político por ser antipatrióticos y antidemocráticos.

Segundo, los objetivos propuestos por el mandatario consistían en materias que o bien podían desarrollarse por la legislación ordinaria de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente –por ejemplo: los derechos de la juventud y la mejora del sistema económico nacional– o correspondían a iniciati-

---

*obligaciones del Presidente (...) de la República: 1. Cumplir y hacer cumplir esta Constitución y la ley.*

<sup>41</sup> Téngase como ejemplo de estas últimas las menciones en los objetivos programáticos a “la inclusión de un capítulo constitucional para consagrar los derechos de la juventud” o “[!]la preservación de la vida en el planeta, desarrollando constitucionalmente, con mayor especificidad los derechos soberanos sobre la protección de nuestra biodiversidad”.

vas rechazadas en el intento de reforma constitucional del año 2007<sup>42</sup>. En ambos casos, a pesar del halo de indeterminación que caracterizó a los objetivos mencionados, el decreto dejó entrever que la pretensión del Ejecutivo era aumentar la cuota de poder de las autoridades estatales –de ahí el uso de frases como “*ampliando las competencias del Estado*” y “*ampliación de las competencias del Sistema de Justicia*”– y, por consiguiente, reducir aún más las libertades ciudadanas, lo que a todas luces resulta contrario a un gobierno democrático donde los individuos son el centro del sistema y el Estado tiene es un rol subsidiario en favor de la garantía de los derechos e intereses de tales individuos.

Y tercero, y el que ha sido si se quiere –y con razón– el punto focal de las denuncias a este decreto y la ANC-2017 por parte del foro<sup>43</sup>, el Presidente de la República ignoró que la facultad que le concedía el artículo 348 de la CRBV era la iniciativa para activar la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, pero no convocarla *per se*, que es algo que solo podría hacer el pueblo de forma directa –es decir, mediante el sufragio activo– de acuerdo con el artículo 347 de la CRBV en concordancia con los artículos 5 y 70 *ejusdem*, ya citados.

Con motivo de lo anterior, el foro es cónsono en advertir que la ANC-2017 fue “*convocada y electa al margen de la Constitución de 1999*” (Abadi M. y García Soto, 2019, p. 1309) y, por consiguiente, “*no existe (...) en Venezuela una Asamblea Constituyente por cuanto no fue convocada por el pueblo, requisito indispensable de acuerdo con el artículo 347 de la Constitución de 1999*”, siendo “*un hecho público, notorio y comunicacional, [que] en ningún momento el pueblo venezolano convocó a una Asamblea Nacional Constituyente. No se convocó a un Referéndum consultivo para que el pueblo decidiera*” (Elechiguerra Naranjo, 2019, p. 2741). De igual modo se pronuncia –entre tantos otros– Escovar León (2021, p. 669) al sostener que “*el artículo 5 de la Constitución no deja margen para la duda: ‘La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo’. Entonces, el poder constituyente originario corresponde al pueblo, quien ejerce su soberanía mediante el sufragio, y no al presidente de turno*”, de lo que concluye que con la ANC-2017 “*se llevó a cabo una constituyente simulada, sin referéndum y con unas bases comiciales que son, más bien, un oxímoron, una contradictio in terminis, ya que carecieron de comicios*”.

En otras palabras, al Presidente de la República “*convocar*” a la ANC-2017, el mismo actuó fuera del margen de sus competencias por lo que la convocatoria y los actos que le siguieron –desde la instauración de la ANC-2017 hasta las leyes, decretos, acuerdos y demás actos “*constitucionales*” que esta dictó– estuvieron viciados de nulidad desde su origen –piénsese en la teoría del fruto del árbol envenenado propia del derecho penal– en vir-

---

<sup>42</sup> Véase al respecto Brewer-Carías (2007), donde el autor detalla cómo la fallida reforma pretendió –entre otros– la inclusión del Poder Popular y el socialismo en general en el texto constitucional.

<sup>43</sup> Véase al respecto los más de cuarenta artículos de autores nacionales e internacionales compilados en Brewer-Carías y García Soto (2017).

tud del artículo 138 de la CRBV conforme con el cual “[t]oda autoridad [en este caso, la del pueblo como único soberano] *usurpada* [en el caso, por el Presidente de la República] *es ineficaz y sus actos son nulos* [la convocatoria estudiada y sus secuelas]”.

Finalmente, sobre este punto, nótese que no obviamos que en fecha 30-07-2017 se realizaron en el país unos comicios para elegir a los integrantes de la ANC-2017, lo que de acuerdo con el discurso oficial habría asegurado el carácter democrático de este cuerpo. Al respecto hacemos constar que diferimos de esta posición por dos motivos fundamentales que por razones de espacio nos limitaremos únicamente a enunciar: **(i)** la elección de los constituyentes es una etapa posterior a la convocatoria y el asentamiento de sus bases, requiriéndose que todas ellas deriven de la voluntad del pueblo pues, de lo contrario, se estaría forzando a la población a que elija candidatos en un proceso que no avaló y del que puede que no quiera ser parte, únicamente con la intención de legitimar el mismo; y **(ii)** incluso si hiciéramos abstracción del vicio insalvable narrado en el punto anterior, es un hecho público y notorio que en esa “elección” no se garantizaron las condiciones mínimas de integridad electoral que exige la cláusula democrática del Estado venezolano (Sira Santana, 2021), por lo que tales resultados –y por ende el respeto de la voluntad del soberano– es, por decir lo mínimo, discutible.

## **A modo de reflexión final**

En las páginas que anteceden hemos procurado describir sumariamente los hechos que dieron origen a la ANC-2017, los vicios en los que se incurrieron en su convocatoria (el ser) y cómo la misma se separó de la letra del Constituyente de 1999 (el deber ser), desnaturalizándose en la práctica esta institución llamada por la CRBV a transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución –y que bien podríamos considerar una *conquista* de nuestro constitucionalismo en favor de la participación ciudadana y el rol del pueblo como único depositario de la soberanía– para, lamentablemente, ser una herramienta más usada por la fuerza política dominante para desconocer al pueblo y la propia letra de la CRBV bajo el argumento de una supraconstitucionalidad que no es tal<sup>44</sup> pues, como dijimos al inicio, la Asamblea Nacional Constituyente es un poder instituido y sujeto a los límites que impone el Estado Democrático de Derecho. Al menos, cuando esa asamblea se da en el marco de la vía constitucional (artículos 347 a 349) y no como una ardid *de facto* para subvertir el orden constitucional, caso en el cual poco o ningún valor tendrán esos artículos.

---

<sup>44</sup> Véase por ejemplo el “*Decreto Constituyente mediante el cual se dictan las normas para garantizar el pleno funcionamiento institucional de la Asamblea Nacional Constituyente en armonía con los Poderes Públicos constituidos*”, en G.O. N° 6.323 Extraordinario del 08-08-2017, donde en el artículo 5 se indicó que “[t]odos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, y están obligados a cumplir y hacer cumplir los actos jurídicos que emanen dicha Asamblea”.

En este orden de ideas, basta la comparación realizada entre lo vivido en el país a mediados del año 2017 y la letra de la CRBV para poder aseverar que la ANC-2017 no solo fue inconstitucional, sino también antidemocrática al no permitir que los ciudadanos expresaran su opinión sobre un tema tan relevante como lo es si queríamos o no una nueva Constitución, y cuáles habrían de ser las bases del proceso constituyente.

A lo anterior se suma el hecho que, si entendemos a la democracia no solo como la posibilidad de ejercer el derecho al voto sino en una connotación más amplia que deriva en *"la columna sustentadora de la inclusión, el equilibrio, la igualdad, la transparencia, el debido proceso, la libertad de los asociados en sus relaciones con los centros o complejos orgánicos del Poder Público y, sobre todo, de seguridad jurídica"* (Araujo-Juárez, 2017, p. 264) que lleva a la supremacía de la Constitución, la participación política, la separación y el control del poder, el respeto de los derechos humanos y otros tantos asuntos que enlista la Carta Democrática Interamericana<sup>45</sup> a fin de que, como magistralmente expuso García-Pelayo (2005, p. 169), *"la voluntad y actividad del Estado [sea] formada y ejercida por los mismos que están sometidos a ellas"* y *"el pueblo, a quien se dirige el poder del Estado, [sea] al mismo tiempo sujeto de este poder"*, no podemos sino dejar constancia que la ANC-2017 vulneró todos y cada uno de estos postulados al constituirse como un poder que no derivó de quienes estarían sometidos al mismo (pueblo), y que procedió por su parte a diezmar el ordenamiento asentado por dicho pueblo al dictar más de doscientos actos que, en contravención con lo aquí dicho, favorecieron la acumulación de poder por parte del Ejecutivo Nacional, irrespetaron los derechos humanos, suprimieron la participación política, aniquilaron el sistema de pesos y contrapesos, y restaron toda superioridad normativa a la CRBV.

Así, ante la pregunta de cuál fue el objetivo de la ANC-2017, no nos cabe la menor duda que este nunca fue redactar una nueva Constitución, sino, más bien, usurpar la facultad legislativa y de control político de la Asamblea Nacional bajo el argumento de supraconstitucionalidad y la concentración del Poder, operando desde su instauración en agosto de 2017 como un Poder Legislativo paralelo para que la fuerza política dominante hiciera todo lo que no se había logrado con la tesis del desacato y la emergencia económica. Entre ello: retirar la inmunidad parlamentaria a más de 25 diputados de oposición y dictar 46 leyes y decretos "constituyentes" por medio de los cuales creó tributos –en violación de la máxima de *no taxation without representation*– y restringió aún más las libertades ciudadanas, con especial énfasis en la libertad de expresión y económica. Ambas, piezas claves de una verdadera democracia.

---

<sup>45</sup> En <https://bit.ly/3Hb8kWT>

## Referencias bibliográficas

- Abadi M., A. y García Soto, G. (2019). Inversión extranjera en Venezuela: diagnóstico y algunas ideas para la discusión. *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón*. T. II. Caracas: ACIENPOL, 1293-1318.
- Acceso a la Justicia. (2021). TSJ vs AN. En <https://bit.ly/3sd54G7>.
- Araujo-Juárez, José. (2017). *Derecho Administrativo Constitucional*. Caracas: CIDEP y EJV.
- Brewer-Carías, A. R. (2017b). El reparto de despojos: la usurpación definitiva de las funciones de la Asamblea Nacional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al asumir el poder absoluto del Estado (sentencia N° 156 de la Sala Constitucional). *Revista de Derecho Público*, 149-150, 292-299.
- (2007). *Hacia la consolidación de un Estado socialista, centralizado, policial y militarista. Comentarios sobre el alcance y sentido del Anteproyecto de Reforma Constitucional 2007*. Caracas: EJV.
- (2017a). La consolidación de la dictadura judicial: la Sala Constitucional, en un juicio sin proceso usurpó todos los poderes del Estado, decretó inconstitucionalmente un estado de excepción y eliminó la inmunidad parlamentaria (sentencia N° 155 de la Sala Constitucional). *Revista de Derecho Público*, 149-150, 276-291.
- (1998). Las Asambleas Constituyentes en la historia de Venezuela. *Revista de Derecho Público*, 65-66, 55-57.
- (1985). *Las Constituciones de Venezuela*. San Cristóbal y Madrid: UCAT, IEAL y CEPC.
- (1999). *Poder constituyente originario y Asamblea Nacional Constituyente*. Caracas: EJV.
- y García Soto, G. (compiladores) (2017). *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su inconstitucional convocatoria en 2017*. Caracas: EJV.
- Carrillo Artilles, C. L. (2000). Las singularidades del proceso constituyente en Venezuela. *Revista de Derecho Constitucional*, 2, 183-214.
- Casal Hernández, J. M. (2019). *Apuntes para una historia del Derecho Constitucional de Venezuela*. Caracas: CIDEP y EJV.
- De Stefano, J. (1957). Consideraciones sobre el "Estado" y el "pueblo". *Revista de la Facultad de Derecho*, 11, 197-216.
- De Tocqueville, A. (2003). *Democracy in America and two essays on America*. Trad. Gerald Bevan. New York: Penguin Books.
- Delgado, F. J. (2017). *Chavismo y Derecho*. Caracas: Editorial Galipán.
- (2008). *La idea de Derecho en la Constitución de 1999*. Caracas: UCV.
- Elechiguerra Naranjo, J. (2019). Irretroactividad de la ley penal, derechos humanos y principio de progresividad. *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón*. T. IV. Caracas: ACIENPOL, 2731-2747.
- Escovar León, R. (2021). Del neoconstitucionalismo al contraconstitucionalismo. *Libro homenaje al Dr. Pedro Nikken*. T. II. Caracas: ACIENPOL, 661-675.
- García-Pelayo, M. (2005). *Derecho Constitucional comparado*. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo.
- García Soto, C. (2020). Principio de la formación del derecho por grados. *Principios fundamentales del Derecho Público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de los 20 años de la publicación de la Constitución de 1999*. Caracas: EJV, 327-343.
- González Pérez, J. (2017). *La dignidad de la persona*. (3ª ed.). Madrid: Editorial Civitas.
- Hamblin, C. (2016). *Falacias*. (trad. Hubert Marraud). Lima: Palestra Editores. Edición Kindle.
- Kiriakidis, J. (2017). La Asamblea Nacional Constituyente en la Constitución venezolana de 1999: Un método de reforma constitucional, nada más, nada menos. *Revista de Derecho Público*, 151-152, 25-55.
- Nikken, C. (2003). Sobre la invalidez de una Constitución. *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas e IDP-UCV, 205-218.
- Njaim, H. (2007). El pueblo desenmascarado. *Derecho y Democracia: Cuadernos Unimetanos*, 11, 167-179. En <https://bit.ly/3yCmexX>
- OEA. (2017). *Venezuela: Secretario General de la OEA denuncia auto golpe de Estado*. En <https://bit.ly/3sfpzlB>
- PROVEA. (2018). *Informe anual enero – diciembre 2017*. En <https://bit.ly/3lWyc01>
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. (23ª ed.). En <https://dle.rae.es/falacia>

## ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS, 2021-2022

- Rondón de Sansó, H. (2020). Cuatro temas álgidos de la Constitución venezolana de 1999. *Libro homenaje al doctor Luis Cova Arria*. T. II. Caracas: ACIENPOL, 1035-1067.
- Sarría Pietri, M. (2015). Asamblea Constituyente de 1999, medio “idóneo” para subvertir la democracia: una estrategia bien planificada. *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*. T. V. Caracas: ACIENPOL, 3331-3362.
- Sieyès, E. (1991). *El tercer estado y otros escritos de 1789*. (trad. Ramón Máiz). Madrid: Espasa Calpe.
- Sira Santana, G. (2017). *El estado de excepción a partir de la Constitución de 1999*. Caracas: CIDEP y EJV.
- (2019). El propósito de los estados de excepción en Venezuela (enero 2016 - julio 2018). *Libro homenaje al Profesor Eugenio Hernández-Bretón*. T. II. Caracas: ACIENPOL, 1585-1614.
- (2020b). La dignidad humana en los fallos de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. *Temas fundamentales de Derecho Público en homenaje a Jesús González Pérez*. Caracas: AVEDA, CIDEP y FUNEDA, 563-599.
- (2021). La integridad electoral en Venezuela. *Libro Homenaje al Dr. Pedro Nikken*. T. II. Caracas: ACIENPOL y EJV, 807-832.
- (2020a). La Gaceta Oficial de la República como fuente de inseguridad jurídica. *Revista de Derecho Público*, 163-164, 423-438.
- Torrealba Sánchez, M. A. (2016). La justicia electoral erigida en obstáculo para la paz en Venezuela: el caso de la suspensión cautelar de la proclamación de los diputados del estado Amazonas como instrumento para obstaculizar la constitución del Parlamento e impedir la representación política. *Revista de Derecho Público*, 145-146, 319-347.

# LA REELECCIÓN INDEFINIDA Y SU INTERPRETACIÓN POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO VENEZOLANO: ALGUNAS ANOTACIONES Y REFLEXIONES

Jesús A. Dávila\*

¿Qué es lo malo? Todo lo que proviene de la debilidad. Friedrich Nietzsche – El Anticristo

## Introducción

En esta investigación haremos algunas consideraciones generales sobre el derecho a la reelección indefinida, sus implicaciones y alcances. Para acometer este objetivo analizaremos dos documentos que reflejan posiciones contrapuestas en relación con dicha figura: **(i)** por una parte, la opinión consultiva OC-28/21 del 07-06-2021 emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo adelante, la “OC”) y **(ii)** por la otra, la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, N° 1.488, de fecha 28-07-2006 (la “sentencia de la SCTSJ”). Adicionalmente, revisaremos algunas consideraciones doctrinarias que nos permitan contextualizar la revisión de estos asuntos a los efectos de tener una base teórica suficiente.

Analizar estos temas ciertamente implican una revisión longitudinal del concepto de la reelección indefinida. Es imposible revisar este tema sin hacer referencia a temas históricos y sociales que especialmente impactan las realidades de nuestros países y, en muchos casos, han sido definitorias de su actual destino político. En este sentido, vale la pena realizar algunas consideraciones previas<sup>1</sup>:

**a.** Desde los procesos de emancipación latinoamericanos, el horizonte político se ha caracterizado por hombres fuertes (protagonistas o herederos

---

\* Abogado Cum Laude de la Universidad Católica Andrés Bello. Magíster de la Universidad de Nueva York (NYU). Profesor y Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana.

<sup>1</sup> Esta sección del trabajo se apoya en el muy interesante trabajo de Grijalva Jiménez, A. y Castro-Montero J.L. (2020), “La reelección presidencial indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia”, en *Estudios Constitucionales*, volumen 18, N° 1, pp. 9-49.

de la gesta heroica) que han intentado por diferentes vías tomar el poder político y obtener pago por la “deuda” que la nación tiene con ellos. No es casualidad, que en cada país de Latinoamérica se repite la figura del “hombre fuerte” de alguna manera durante el siglo XIX. En Venezuela, hasta Simón Bolívar (en algún momento en desacuerdo con la idea de la reelección indefinida) expresamente hace votos por la idea de una presidencia vitalicia para salvaguardar los intereses de la Gran Colombia y su quimera.

**b.** El siglo XX no fue benigno y vio la generación de virulentos gobiernos militares en distintos países de la región que poco ayudaron a conservar las conquistas republicanas y muy por el contrario impusieron el terror como un estilo de gobernanza. El signo de estos regímenes se concentraba de nuevo en el nombre y apellido de un dictador que representaba y calificaba todo el poder del Estado. Era el retorno a un absolutismo de nueva era y con factores geopolíticos particulares, *e.g.*, la guerra fría, entre otros, que permitía un juego político muy especial.

**c.** Adicionalmente, la región (desde los procesos de independencia del siglo XIX) sigue siendo una de profundas asimetrías económicas con una alta carga de sectores muy empobrecidos y otro reducido que concentra privilegios económicos y sociales. Este panorama no siempre permite que las decisiones políticas sean proclives a ensayos democráticos sólidos y abre la puerta a liderazgos mesiánicos que tienden a concentrar el poder con la excusa de la gestión del gobierno por encima de las garantías democráticas y derechos fundamentales.

**d.** Es importante señalar que Latinoamérica ha sido por tradición un gran productor de materias primas y básicas, y que, gracias a políticas económicas implementadas durante los años 70 del siglo XX, el Estado asumió el control de muchas de las actividades de extracción de tales materias primas mediante la intervención directa en la actividad económica producto de un concepto de Estado Social sobredimensionado muy propio del llamado constitucionalismo latinoamericano transformador. Así las cosas, el control de estos *outputs* económicos (por vía del control del Estado) tiene un alcance casi omnipotente en la dimensión económica de cada país.

**e.** Recientemente, la crisis de las democracias latinoamericanas ha traído el fenómeno de la antipolítica y la idea de los *outsiders* presidenciales como alternativa a la democracia representativa y de partidos. Lo anterior, ha puesto en relieve la vuelta a figuras autocráticas que erosionan la base de nuestros Estados democráticos. Bajo estas concepciones (profundamente populistas) se plantea una conexión directa entre el líder y el electorado, donde el partido político es solamente una maquinaria electoral carente de un proceso de generación y regeneración ideológica. En el fondo hay una especie de ruptura con la democracia representativa y de partidos. Lo que se nos presenta, es un partido político como instrumento del poder y no como herramienta para canalizar y (a veces) limitarlo.

Desde esta perspectiva, se han generado hiperliderazgos que claramente distorsionan la vida de los Estados porque –en esencia– ponen en una sola persona la concentración del poder y sus potestades. Lo anterior ade-



**DÁVILA.** La reelección indefinida y su interpretación por la Corte Interamericana...

más acompañado de climas de alta polarización política bajo el lema “si no estás conmigo, eres mi enemigo” en un claro desconocimiento de la idea de pluralidad política como elemento esencial de cualquier democracia.

Las anteriores generalidades, claramente se adaptan a la realidad venezolana del siglo XXI. El país que ensayó este socialismo tuvo en Hugo Chávez a su actor principal. La presencia de Hugo Chávez (especialmente luego de año 2006)<sup>2</sup> fue determinante en la política venezolana y sus decisiones todavía resuenan en la actualidad de nuestro país.

Quizás en este momento es preciso realizar un inciso sobre el tema del presidencialismo como forma política “preferida” en Latinoamérica. Es difícil argumentar que las particularidades democráticas de nuestra región se sustentan en un parlamentarismo activo. Si algo ha demostrado la realidad histórica es que hemos tenido un poder ejecutivo robusto (alguien diría exagerado) que ha marcado el devenir político de nuestros países. En este sentido, rescatamos lo mencionado por Brewer Carías cuando indica que:

Los sistemas presidenciales de gobierno (...) existen cuando el jefe de gobierno (quien también es a la vez, jefe de Estado) es electo directa y periódicamente por los ciudadanos por sufragio universal. Por ello, la sola elección de un Presidente por sufragio universal no es suficiente para calificar el sistema de gobierno como presidencial, exigiéndose que tenga el carácter de jefe de gobierno. En definitiva, lo que es esencial es que la legitimidad democrática del jefe de gobierno, que no deriva del Parlamento, órgano que, además, no puede deslegitimarlo<sup>3</sup>.

Como se puede observar, la fe en el *strong man* es canalizada en comicios que permiten darle una legitimidad especial y formal al presidente en los sistemas presidencialistas (por oposición al peso específico del parlamento) y, por lo tanto, garantizar la estabilidad del sistema democrático. Ciertamente, la pregunta que cabe es: ¿a qué costo?

Ayala Corao<sup>4</sup>, sobre estos temas, explica que la raigambre presidencialista de nuestras repúblicas tiene una *ratio* sensata: procurar estabilidad a los incipientes gobiernos desde la legitimidad propia del Poder Ejecutivo. Lo anterior no implica que los retos que se proponen dejen de ser mayúsculos: la posibilidad de instaurar tiranías personalistas que desvirtúen el sentido del gobierno republicano.

Es en este contexto es que se tiene la discusión sobre la reelección indefinida de cargos públicos: la hipérbole de liderazgos personalistas y la generación de esquemas de poder que permiten perpetuar el poder de unos pocos. Obviamente, los sistemas presidencialistas de la región implican que

---

<sup>2</sup> Una excelente referencia para revisar este período histórico en Venezuela es Martínez Meucci, M.Á (2012), *Apaciguamiento: El Referéndum Revocatorio y la consolidación la Revolución Bolivariana*, Caracas: Editorial Alfa.

<sup>3</sup> Brewer Carías, A (2005), *El sistema presidencial de gobierno en la Constitución de Venezuela de 1999*, <https://bit.ly/30QYnEQ>

<sup>4</sup> Ayala Corao, C. (1992), *El Régimen presidencial en América Latina y los Planteamientos para su Reforma*, Caracas: EJV, <https://bit.ly/43WVnvd>

el ejecutivo tendrá mejores elementos para redireccionar el poder político hacia espejismos autoritarios.

Con base en lo anterior, imbricaremos la OC y la sentencia de la SCTSJ para entender cómo cohabitan en el hemisferio dos posiciones tan alejadas con respecto a un mismo asunto. Lo anterior estará aderezado con algunas reflexiones teóricas y de doctrina, para tener un marco conceptual que nos permita conceptualizar la idea de la reelección indefinida. Con respecto a lo anterior, será sorprendente encontrar argumentos de naturaleza democrática (¿ideológica?) en ambos documentos. Por otra parte, valdrá la pena describir y analizar los votos disidentes de la OC, porque pareciera que esclarecen (dentro de su concepción) la idea de formulaciones tan disímiles sobre un mismo tema. En este sentido, seguiremos el siguiente plan: **(i)** algunas consideraciones teóricas sobre el tema de la reelección indefinida; **(ii)** descripción de la OC; **(iii)** descripción de la Sentencia de la SCTSJ; **(iv)** comparación de argumentos entre ambas decisiones; y **(v)** conclusiones y reflexiones finales.

## **1. Algunas consideraciones teóricas sobre el tema de la reelección indefinida**

### **1.1. Los derechos políticos y su alcance**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en sus decisiones, casos Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (Corte IDH 2008, 42, párr. 141) y Yatama vs. Nicaragua (Corte IDH 2005, 88, párr. 192), ha señalado el carácter prácticamente esencial de los mismos desde la perspectiva de la solidificación de la democracia y el pluralismo. Estos se encuentran establecidos en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la "Convención"). Dicho artículo establece que:

Derechos Políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley debe reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Por otra parte, Nikken<sup>5</sup> ha señalado que:

En el sentido estricto, los derechos políticos se refieren a la participación democrática del pueblo en la conducción y gestión del Estado. Son indisociables de conceptos fundamentales para la vigencia de todos los derechos humanos, como lo son la democracia y la soberanía popular, sin los cuales no es posible edificar una sociedad libre. Sin embargo, aunque esa es la base conceptual que sirve de contexto a los derechos políticos, éstos son derechos individuales y oportunidades que se le deben al ciudadano y que, de ser objeto de conculcación o de restricciones ilegítimas, ofrecen a la víctima recursos efectivos, tanto nacionales como internacionales, para reclamar su restablecimiento y correspondiente reparación.

Ahora bien, ¿cómo pueden definirse estos derechos y qué contenido tienen? Para responder esta pregunta, Nikken<sup>6</sup> incluye una frase demoledora: *“En su naturaleza primaria, los derechos políticos son derecho y oportunidades individuales”*. Si bien es cierto que es posible reconocer una suerte de derecho colectivo de los pueblos a decidir su destino político, los derechos políticos parten de la idea de ciudadano y de la forma como éstos se ejercen<sup>7</sup>.

Desde un punto de vista preliminar, creemos que la idea central se articula con el derecho de los ciudadanos a participar en las decisiones públicas. En otras palabras, el derecho que tienen los individuos a intervenir de manera efectiva en el destino de la *polis*, de manera tal, que la dirección del Estado entonces se vuelve colectiva (en sentido abstracto) y surge una responsabilidad en cabeza del ciudadano sobre las decisiones en relación con ese destino común que implica la vida en sociedad, lo que a su vez, supone por un lado la posibilidad de expresar sus opiniones sobre temas específicos de la vida pública, pero por otro lado, implica la posibilidad de ser elegido para cargos en donde esa opinión se vuelva acción.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha indicado que:

...tienen dos aspectos claramente identificables: el derecho al ejercicio directo del poder y el derecho a elegir a quienes deben ejercerlo. Ello supone una concepción amplia acerca de la democracia representativa que, como tal, descansa en la soberanía del pueblo y en la cual las funciones a través de las cuales se ejerce el poder son desempeñadas por personas escogidas en elecciones libres y auténticas (Informe Anual 2002, CIDH 2003, Cap. IV, Cuba, párr. 11).

---

<sup>5</sup> Nikken, P. (2013). “Los derechos políticos como derechos humanos”, en *Revista IIDH*, vol. 58, pp. 36-79, <https://bit.ly/43IMS6N>

<sup>6</sup> Ídem.

<sup>7</sup> Nótese que hemos usado la expresión “ciudadanos” que constituyen un lugar recurrente en el estudio de los derechos políticos, toda vez que el concepto se relaciona con los requisitos legales que impone cada país para el ejercicio de los mismo y por lo tanto las limitaciones para alcanzar el concepto de ciudadano. Este concepto es relevante (mas no es el objeto de esta investigación) toda vez que es universalmente aceptado que es posible limitar (dentro de lo razonable) el acceso a la ciudadanía y por lo tanto la posibilidad del ejercicio de los derechos políticos.

Desde esta perspectiva, ¿cuál es contenido específico de estos derechos? Njaim<sup>8</sup> explica que en el Capítulo IV del Título III de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 se distinguen los siguientes contenidos/derechos: **(i)** El derecho a la participación (artículos 62 y 70), **(ii)** El derecho al sufragio (artículo 63), **(iii)** El derecho a los representantes a la correspondiente rendición de cuentas sobre su gestión (artículo 66), **(iv)** El derecho a la asociación con fines políticos y a exigir métodos democráticos de elección y gestión interna (artículo 67), **(v)** El derecho de las organizaciones políticas a recibir financiamiento privado (artículo 67, primer aparte), **(vi)** El derecho a postularse a cargos de elección popular por propia iniciativa y a las organizaciones políticas a postular candidatos (artículo 67, último aparte), **(vii)** El derecho a manifestar pacíficamente (artículo 68), **(viii)** Finalmente, el derecho al asilo, refugio y a no ser extraditado (artículo 69).

Esta enumeración es el ejemplo perfecto de la complejidad conceptual que supone la idea de los derechos políticos. Como se puede observar, es un concepto que se desdobra en varios y que tiene como fin esencial garantizar la participación de los individuos en los asuntos públicos. Con base en lo anterior, no se pueden analizar el “derecho político” si no que se analizan los “derechos políticos”, en tanto y en cuanto los mismos representan una gama variada de canales de participación, organización y desarrollo del quehacer político.

Es especialmente importante resaltar que una propuesta de derechos políticos siempre se inserta en la idea de democracia. Es decir, hay derechos políticos porque hay democracia, pero al mismo tiempo el ejercicio de los derechos políticos son los que procuran la existencia de una democracia. Resulta evidente la relación intrínseca que existe entre estas dos ideas.

En tal sentido, y en relación con la democracia, la Corte IDH ha indicado que en *“una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”* (OC 18/03, Corte IDH 2003, 6, párr. 26). Es claro, entonces, que la democracia y los derechos políticos tienen una simbiosis institucional tanto a nivel formal como a nivel sustancial. Los caminos de participación son creados por los derechos políticos pero la participación en sí misma se genera desde una concepción democrática del Estado.

Vale la pena indicar que la CIDH ha indicado que es evidente la *“relación directa entre el ejercicio de los derechos políticos así definidos y el concepto de democracia representativa como forma de organización del Estado, lo cual a su vez supone la vigencia de otros derechos humanos fundamentales”* (Informe 1/90 CIDH 1990, párr. 41). En este sentido, la Corte IDH ha indicado que *“El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es*

---

<sup>8</sup> Njaim, H. (2003), “Sociedad Civil y Democracia Participativa. Crítica a una concepción jurisprudencial y política”, en *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Caracas: Fundación Manuel García Pelayo, pp. 645-697.

**DÁVILA.** La reelección indefinida y su interpretación por la Corte Interamericana...

*también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira*" (OC 17/02 CIDH 2002, 72, párr. 92).

Por otra parte, es necesario entender que los derechos políticos tienen en su esencia la posibilidad de ser limitados. Esta noción es esencial porque de alguna forma es aceptado que la intervención en los asuntos públicos sufra restricciones por vía de la ley formal y que dicha restricción se articule con los valores y principios propios de la democracia representativa. En otras palabras, el alcance de los derechos políticos corresponde a aquél que determine la ley emanada del parlamento, siempre y cuando la misma se fundamente en razones y principios propios de la democracia.

## **1.2. El Derecho a ser elegido. Concepto y sus consecuencias. Limitaciones**

La Corte IDH ha definido el derecho a ser elegido (o el derecho al sufragio pasivo) de la siguiente manera:

...la participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello<sup>9</sup>.

El derecho a ser elegido se erige entonces como la contracara del derecho al sufragio, *i.e.*, que el ciudadano pueda proponerse como objeto del sufragio (la persona a elegir). Vale la pena indicar que hay dos elementos que resaltan de la definición transcrita: **(i)** por una parte, es esencial la idea de igualdad en el proceso electoral para evadir eventuales distorsiones del proceso comicial que desvirtúen la voluntad y soberanía popular; y **(ii)** por otra parte, la posibilidad de establecer condiciones objetivas de la elección, *e.g.*, número de votos, a los efectos de acceder al cargo público por el cual se opta.

Así las cosas, el derecho a ser elegido no es un derecho de "resultado", es decir, no se garantiza la elección per se, lo que se debe garantizar es la posibilidad de postulación. Asimismo, es clave que las condiciones de esa postulación impliquen condiciones de transparencia e igualdad que permitan al candidato competir en condiciones no discriminatorias. Adicionalmente, es importante establecer que no pueden existir restricciones arbitrarias a la proclamación del ganador en elecciones libres, así como posibles perturbaciones a la estabilidad en el cargo del que sea electo. Además, las restricciones antes indicadas están sujetas a los términos y estándares que corresponden a los derechos humanos (legalidad formal, proporcionalidad, entre otros).

---

<sup>9</sup> Corte IDH, caso Castañeda Gutman vs. México, <https://bit.ly/43IN4D3>

### 1.3. Derecho a la reelección. ¿Derecho autónomo? Implicaciones

La pregunta que debe surgir a los efectos de esta sección es un tanto obvia: ¿aquél que ocupa un cargo de elección popular tiene el derecho a postularse nuevamente? Desde esta simplificación la respuesta también es muy sencilla: sin duda, el *incumbent* tiene ese derecho. Lo anterior deriva de la misma idea del derecho a ser elegido y el concepto de la no discriminación al momento de postularse. En otras palabras, no debería ser un obstáculo *a priori* el ejercicio de un cargo público a los efectos de poder optar por el mismo u otro cargo. Ahora bien, lo anterior no parece constituir en sí mismo un derecho particular sino más bien la manifestación del mismo derecho a ser elegido.

Es difícil argumentar la independencia o incluso la existencia de un “derecho a la reelección”. Vale la pena indicar que Brewer Carías ha señalado que:

Un tema importante en relación con el funcionamiento del presidencialismo ha sido el de la regulación de la reelección presidencial, habiendo sido una tradición para frenar el poder presidencial abusivo, sea la prohibición de la reelección o la limitación de la posibilidad de reelección por una sola vez. En efecto, el sistema presidencial puede convertir el juego político en un juego suma-cero, que sigue la regla de “todo al ganador”. Es decir, con la elección presidencial, el poder de gobierno se encomienda a un sólo órgano por un período fijo (que en algunos casos puede ser muy extenso), sin posibilidad de cambio hasta la próxima elección presidencial. En este juego, a veces resulta difícil combinar el rol de Jefe de Estado, que lo debe ser de todos los habitantes con el de jefe de un gobierno, que puede ser de un partido o de la mayoría parlamentaria. Por ello, el gobierno en manos de un solo órgano electo puede originar una crisis de legitimidad democrática, que el sistema presidencial no encuentra solución, salvo mediante mecanismos políticos excepcionales como el referendo revocatorio o el juicio político (*impeachment*) que a la vez son demasiado lentos, complejos y traumáticos. Por otra parte, la relación directa del Presidente con el electorado, puede originar una relación líder-pueblo que puede convertir el régimen en plebiscitario y populista<sup>10</sup>.

Justificar la existencia de un derecho autónomo de reelección (y más aún de una posible reelección sin limitaciones) es complejo. Desde un punto de vista exegético de lo que se estaría hablando es de la individualización de un derecho en una categoría particular de ciudadano, *i.e.*, el funcionario que opta por la permanencia en el cargo. Ciertamente, esta discusión solo se presenta en los escenarios donde se plantea una posible restricción de estos funcionarios a su postulación, *e.g.*, prohibición de reelección<sup>11</sup>.

En otras palabras, el problema de la reelección como derecho autónomo dentro de la categoría de los derechos políticos presupone la existencia

<sup>10</sup> Brewer Carías, A (2005), *El sistema presidencial...*, cit.

<sup>11</sup> Grijalva Jiménez, A. y Castro-Montero J.L., cit., presentan una serie de gráficos donde reflejan distintos asuntos sobre el tema. Vale la pena mencionar que una de la gráfica muestra los niveles de restricción a la reelección de funcionarios. Los niveles son (de más restrictivo a menos): prohibición absoluta, reelección diferida, reelección inmediata y reelección indefinida.

de un ciudadano que legítimamente haya obtenido el cargo público para el cual se postuló (cumplimiento de las condiciones formales y objetivas dentro del concepto de democracia) y que pretende permanecer en el cargo para términos ulteriores. Desde esta perspectiva, la pregunta sería: ¿es dicha pretensión una manifestación del derecho a ser elegido? O, por el contrario, la muy especial situación del ciudadano permite calificarle un derecho muy especial<sup>12</sup>.

## **2. Descripción de la OC**

### **2.1. Descripción general de la consulta formulada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención, la República de Colombia solicitó la interpretación y eventual opinión consultiva sobre *“la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”*. Con respecto a esta solicitud, Colombia indicó lo siguiente: *“la reelección presidencial indefinida, da lugar a serias tensiones entre derecho a ser elegido de la persona que se encuentra en el poder y el derecho de todos los ciudadanos a elegir libremente, en el marco de elecciones periódicas auténticas”*.

Como se observa, *ab initio* la representación solicitante claramente define el conflicto que plantea el tema, *i.e.*, la tensión entre un derecho que parece tener connotaciones individuales y un derecho colectivo de clara naturaleza política a elegir libremente. Se traban así los extremos entre los cuales debe manejarse la Corte IDH a los efectos de proponer una solución a tan compleja pregunta. Con base en lo anterior y atendiendo a lo limitado de este espacio, nos permitimos parafrasear las preguntas específicas formuladas por los solicitantes colombianos: **(i)** si la reelección presidencial indefinida es un derecho humano reconocido por la Convención de acuerdo a su artículo 23 y, en este sentido, cuáles serían las restricciones válidas en el contexto del sistema interamericano de protección de derechos humanos, *e.g.*, la limitación o prohibición del tal figura; y **(ii)** si algún país miembro incluye la reelección presidencial indefinida, cómo quedan las demás obligación que dicho Estado tiene con respecto a la Convención, en especial, en relación con sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos y con respecto a los derechos políticos.

Una vez que la Corte IDH confirma el cumplimiento de los aspectos adjetivos del procedimiento de consulta y deja constancia de los múltiples y variados intervinientes en la audiencia pública, propia de estos procedimientos ante la Corte, dicho órgano pasó a establecer las consideraciones referentes a su competencia y admisibilidad de la solicitud, así como otros temas de claro carácter adjetivo, *e.g.*, requisito formal de invocar específicamente las disposiciones objeto de la interpretación. Por razones de espacio,

---

<sup>12</sup> Hay que tomar en cuenta que la situación particular de los individuos puede ser tomada considerada para la configuración de un derecho, *e.g.*, mujeres en estado de gravidez.

no podemos explicar en detalle estos temas, pero al mismo tiempo creemos que los mismos no necesariamente contribuyen al análisis propuesto como tema de investigación.

## 2.2. Fundamentos de la opinión

### 2.2.1. El principio democrático y la democracia representativa

La clave para comprender la manera cómo la Corte IDH articula el objeto de la consulta con la fundamentación y su respuesta, creemos que radica en la siguiente frase: *“La interdependencia entre democracia, Estado de Derecho y protección de derechos humanos es la base de todo el sistema del que la Convención forma parte”*. Es claro que para la Corte IDH el telón de fondo necesario para el desarrollo del marco normativo de protección de los derechos que ella misma establece es el sistema político que denominamos democracia. Ahora bien, ¿qué tipo de democracia es la que propone la Convención? La propia Corte IDH nos proporciona las claves a través de la referencia a la Carta Democrática Interamericana: *“el ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del Estado de Derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos”*. De lo anterior resulta evidente concluir que la democracia que promueve el sistema interamericano es una que tenga el apellido de representativa. Es tan importante el concepto, que la Corte IDH afirma: *“(el principio democrático) constituye tanto un principio rector como una pauta interpretativa (en el contexto de la protección y promoción de los derechos humanos en el sistema interamericano)”*.

Una vez hecha esta muy importante aclaratoria, la Corte IDH explica el contenido de los derechos políticos según la Convención. En este sentido, la Corte IDH refiere al artículo 20 de la Convención, el cual de forma genérica propone el derecho a participar en los asuntos públicos de cada país y el cual califica el sistema electoral, que debe garantizar un *“voto secreto, (elecciones) genuinas, periódicas y libres”*. Por otro lado, al referirse al artículo 23 de la Convención, explica la Corte que dicha disposición no establece un derecho puro y simple, sino que además formula una dimensión adicional: la idea de que los individuos deben tener oportunidades en el acceso y ejercicio de sus derechos políticos. Lo anterior es clave para entender el razonamiento de la Corte. Como se dijo anteriormente, se concede una doble dimensión a los derechos previstos en el artículo 23: (i) es un claro derecho de contenido político y como tal implica los elementos subjetivos y objetivos propios del análisis de un derecho; y (ii) establece un ejercicio objetivo del derecho bajo la idea de igualdad de oportunidades. Es decir, el derecho se ejerce en un terreno paritario que permita a todos partir desde un mismo punto. Este terreno paritario se logra mediante *“medidas positivas”* explica la Corte, es decir, mediante la intervención del Estado en la propensión de esas condiciones de igualdad objetiva. El concepto de igualdad objetiva que propone la Corte se aplica tanto al acceso a cargos de elección popular como aquellos que se consiguen por designación.



**DÁVILA.** La reelección indefinida y su interpretación por la Corte Interamericana...

Coligando los conceptos arriba expuestos y la articulación entre la Convención y la Carta Democrática, la Corte arriba a la siguiente conclusión, la:

...obligación de celebrar elecciones periódicas (que deriva del principio democrático que dimana de la Convención) implica indirectamente que los mandatos de cargos de la Presidencia de la República deben tener período fijo. Los presidentes no pueden ser elegidos por períodos indefinidos.

Luego de esta conclusión (casi evidente) la Corte da un paso adicional y afirma que prohibir tal indefinición es de la esencial del modelo de democracia representativa propuesta en la Convención y en el sistema en general. El fundamento de todo lo anterior es el pluralismo (que tiene como principio subyacente el de la protección de las minorías y el de alternancia política) y la necesidad de evitar que una persona (o grupo de personas) se eternice en el poder.

El hito que representa el anterior razonamiento es la formulación de una verdadera propuesta del modelo de democracia representativa, la cual se fundamenta (principios fundamentales) en elecciones constantes y periódicas, el pluralismo, evitar que una persona se perpetúe en el poder, la alternancia política y la separación de poderes. Todo lo anterior, le da contenido al modelo democrático interamericano, que a su vez es el terreno necesario para el desarrollo de los derechos humanos.

Si bien la Corte advierte que la Convención no propone (impone) un modelo político, la libertad de los Estados miembro de determinar su modelo propio debe aprobar el filtro axiológico de la Convención y sus principios, incluidas las formulaciones hechas sobre la democracia representativa y sus principios.

Finalmente, la Corte explica la proliferación del modelo presidencialista en Latinoamérica con lo cual propuestas de limitación de modelos de reelección indefinida cobran sentido a la luz de sistemas políticos que favorecen a un Poder Ejecutivo robusto que claramente puede tener tentaciones hegemónicas y autoritarias.

### **2.2.2. La reelección indefinida no es un derecho autónomo inserto dentro del concepto de los derechos políticos previstos en la Convención**

Sobre este asunto específico, los razonamientos de la Corte, tienen al menos una tridimensionalidad evidente: **(i)** por una parte, la Corte recurre a una interpretación literal de los distintos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos para concluir que la reelección indefinida no tiene organicidad propia ni autonomía; **(ii)** luego realiza una revisión estadística, para concluir que en la región es excepcional la disposición constitucional que permite la reelección presidencial indefinida; y **(iii)** se apela al razonamiento de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho que concluye la falta de sustancialidad de la reelección indefinida como derecho autónomo, concepto que se difumina en la idea más general del derecho a ser elegido y participar en los asuntos públicos. Desde esta visión

estereoscópica, la Corte concluye que la reelección indefinida no es un derecho autónomo protegido por la Convención.

### **2.2.3. Si no hay derecho autónomo a la reelección indefinida, entonces ¿qué se puede restringir entendiendo que estamos en presencia de derechos políticos?**

La Corte explica que de lo que se trata es de reglamentar o limitar el derecho a ser elegido (ya en el ítem anterior explicamos como el derecho a la reelección indefinida queda descartado en el marco de los derechos políticos). En este sentido y de acuerdo con las disposiciones del artículo 23.2 de la Convención, queda claro que dicho instrumento regional permite que por vía legal se regule este derecho en razón de diversos criterios que la propia Convención enumera (aspecto dual: limitaciones generales y limitaciones por sanciones impuestas). Desde este razonamiento y con base en los argumentos al principio democrático, la Corte señala *"la aplicación de requisitos generales para ejercitar los derechos políticos, no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos"*. Dichos requisitos y restricciones no necesariamente deben estar incluidos en el catálogo que trae el 23.2 convencional.

En este respecto, la Corte analiza de acuerdo con su propia metodología si la restricción al derecho a ser elegido, *i.e.*, determinar si la prohibición de reelección indefinida es una restricción válida convencionalmente hablando. En tal sentido, el test propuesto por la Corte incluye:

**a. Test de legalidad**, o en otras palabras que las condiciones que restringen el derecho humano estén claramente definidas por la ley. Este examen es aceptado para el derecho a la reelección indefinida.

**b. Test de finalidad**, es decir, que la causa invocada para la restricción tenga articulación con la Convención. En este sentido, se invoca el principio del bien común y la idea de que la limitación de la reelección indefinida contribuye a la generación de un entorno propicio para el desarrollo de la democracia como el *beacon* y condición necesaria para el desarrollo de los derechos humanos. La prohibición de la reelección indefinida tendría como fin asegurar aquellas características que vimos para la conformación de una democracia representativa, *i.e.*, alternancia, pluralismo, separación de poderes, evitar concentración y perpetuidad de poderes.

**c. Test de idoneidad**, o la evaluación de la restricción desde la perspectiva del menor daño generado y la existencia de alternativas posibles. En este sentido, la Corte argumenta que, con base en la popularidad de los sistemas presidencialistas, la limitación a la reelección es una medida idónea para garantizar que un individuo no concentre y se perpetúe en el poder. A tales efectos, la Corte no logra identificar otra medida viable para asegurar la permanencia del principio democrático vis a vis la restricción de derechos políticos.

**d. Test de proporcionalidad** o determinación de la magnitud de la consecuencia de la restricción del derecho con respecto a las ventajas que propone. Acá la Corte es clara, se contraponen el derecho de un individuo a ser reelegido ante los diversos principios democráticos, que, en el fondo, se identifica con la idea colectiva de pretensión plural y separación de poderes.

Con base en todo lo anterior, la Corte IDH concluye que la prohibición de reelección indefinida es compatible con la Convención, la Declaración Americana y la Carta Democrática Interamericana. Estamos en presencia de una restricción a los derechos políticos que es posible desde la perspectiva de la evaluación que la Corte propone.

#### **2.2.4. La reelección indefinida está en clara pugna con las obligaciones que se impone a los Estados en relación con los derechos humanos**

Desde la protección y promoción de la democracia representativa, la Corte confirma: **(i)** que la reelección indefinida para un presidente propicia tendencias autoritarias que afectan la pluralidad, y la protección de los derechos de las minorías; **(ii)** un sistema que permita la reelección indefinida debilita el espectro opositor y su organización partidaria desde la idea que la expectativa de llegar al poder se disipa. En otras palabras, el *incumbent* (el presidente en funciones) tiene grandes ventajas por estar en el poder, que se maximizan con la figura de la reelección indefinida; **(iii)** es necesario limitar el mandato presidencial para evitar la hiperbolización del Poder Ejecutivo y por lo tanto atentar contra el principio de separación de poderes; y finalmente, **(iv)** la reelección indefinida es disruptiva con respecto al Estado de Derecho, el derecho de otros ciudadanos a tener acceso al poder y "*el funcionamiento democrático en general*".

Por otra parte, la Corte IDH indica que en la realidad latinoamericana las tentaciones que promueve la figura de reelección indefinida, *i.e.*, concentración de poder, debilitamiento de la democracia y, por lo tanto, debilitamiento del entorno necesario para el desarrollo de los derechos humanos, se han materializado y son evidentes. Desde este punto de vista se ratifica que la reelección indefinida se encuentra en claro enfrentamiento con la Convención y los principios que derivan de la protección de derechos humanos en el hemisferio y, consecuentemente, las restricciones o prohibiciones que se impongan deben ser compatibles con aquellas que se imponen a los derechos políticos.

#### **2.2.5. Opinión de la Corte IDH**

Con base en los razonamientos anteriores, la Corte decide: **(i)** la reelección presidencial indefinida no es un derecho autónomo; **(ii)** prohibir la mencionada figura que es incompatible con la Convención; y **(iii)** la habilitación de la reelección presidencial indefinida está en clara disonancia con los principios de la democracia representativa y las obligaciones establecidas por las distintas normas que protegen los derechos humanos en la región.

## 2.2.6. Los votos disidentes de la OC

En nuestra opinión, merecen especial atención los votos disidentes de la OC propuestas por los magistrados Patricio Pazmiño y Raúl Zaffaroni. Por las limitaciones propuestas a la extensión de esta investigación, no iremos a revisar de forma exhaustiva los argumentos de los disidentes. Sin embargo, haremos algunas propuestas generales que se articulen con el propósito de este. En este sentido, abajo algunos comentarios:

a. El juez Pazmiño realiza algunas consideraciones adjetivas para luego decantar en lo que él denomina consideraciones sustanciales. En tal sentido, indica el voto disidente que: **(i)** no existe un modelo político o histórico único que fundamente las ideas de la Corte IDH mayoritaria; **(ii)** la democracia representativa no es suficiente para caracterizar la pluralidad de sistemas latinoamericanos que conviven en la región; **(iii)** es necesario incluir el concepto de democracia participativa en el discurso democrático de protección de los derechos humanos; **(iv)** es un problema metodológico hablar de la reelección indefinida como derecho. Se ha debido hablar del derecho a elegir y ser elegido en condiciones de igualdad; **(v)** el contenido que la mayoría de la Corte le da al artículo 23 convencional desconoce la noción de igualdad y libertad para elegir, pues no es lo mismo un mandato indefinido que una reelección indefinida, siendo el primero claramente lesivo a los principios democráticos, y más aún, es errado plantear la reelección como un derecho humano; y **(vi)** finalmente, para el disidente la opinión de la Corte mayoritaria apuesta a *“una suerte de homogenización o unificación legislativa, afectando los derechos a la soberanía, autodeterminación y la no injerencia en asuntos internos de los Estados”*. Lo anterior es clave para luego afirmar que la historia determina la adaptabilidad (e interpretación) del concepto de libertad y, por lo tanto, no se puede pretender desconocer las condiciones específicas de cada Estado en la aplicación de criterios sobre el alcance de los derechos humanos y muy particularmente aquellos de contenido político.

b. El juez Zaffaroni propone su opinión disidente desde las siguientes reflexiones: **(i)** el cuestionamiento de la manera cómo la Corte y su mayoría cuestiona las particularidades de las formas de gobiernos que adoptan los Estados de la región; **(ii)** la opinión consultiva no es procedente en este caso, toda vez que refiere a un caso que puede individualizarse; **(iii)** de la interpretación de la actitud de los redactores de los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluida la Convención, resulta claro que la falta de mención de la reelección indefinida atiende a una conducta voluntaria que implica que esos “legisladores históricos” no desearon prohibir la figura; **(iv)** en virtud de la falta de mención expresa de la figura, para entender la viabilidad de una eventual restricción es necesario apelar a una integración analógica de los textos normativos relevantes, ya que la interpretación extensiva no es admisible para estos casos; **(v)** no se deben confundir mandato indefinido con reelección indefinida, siendo la primera plenamente antidemocrática, y en ese sentido, se han prohibido las presidencias vitalicias por lo lesivo de los efectos de éstas en modelos que tratan de ges-

tar sistemas democráticos; y **(vi)** desde lo anterior, concluye el disidente que mandato y reelección indefinidos son términos excluyentes entre sí, argumentando que la presencia de la figura de la reelección no implica que el *incumbent* gane las elecciones para las cuales se postule (para esto se apoya en el ejemplo de la historia de EEUU); **(vii)** para la disidencia, la Convención contiene principios que no admiten una interpretación extensiva o fuera de su propia literalidad, y en este sentido, plantea que el objeto central de la consulta formulada a la Corte IDH tiene como núcleo principal la discusión sobre la soberanía popular y su alcance, el cual no puede ser modificado ni limitado de forma arbitraria. Adicionalmente y en la medida en que los Estados parte de la Convención se mantengan dentro de límites democráticos objetivos, las formas que asuma el Estado no deberían ser relevantes y mucho menos podría la Corte cuestionar el alcance de la soberanía popular en una especie de interpretación extensiva de principios políticos que claramente incide en su derecho de autodeterminación y por lo tanto lesiona la situación de independencia de los Estados parte; **(viii)** Zaffaroni es claro al indicar que admitir la prohibición de la reelección indefinida no supone la vacunación política contra los problemas que la mayoría de la Corte advierte, e.g., concentración de poder en pocos o destrucción del principio de separación de poderes. Por otro lado, el disidente afirma que la Corte analizó la cuestión desde la perspectiva de un riesgo que aparece con la figura de la reelección indefinida, que no necesariamente puede materializarse y el cual no debe ser el estándar aplicable para formular una decisión en la OC (presunción de riesgo que no admite prueba en contrario). Esto último se traduce en una suerte de cultura de tutelaje necesario a los efectos de incidir en la capacidad de los electores en advertir situaciones que potencialmente lesionen sus derechos políticos. De esta manera, es posible indicar que la anticipación de riesgos es un ejercicio quimérico. Siguiendo este razonamiento, Zaffaroni concluye que la mejor prevención es el establecimiento de un sistema robusto de protección de derechos humanos inserto en el sistema interamericano, que permita –entre otras cosas– la tramitación de denuncias y revisión de casos de forma eficiente y expedita; y **(ix)** el Juez disidente propone tres amenazas específicas a las democracias latinoamericanas: criminalización de la oposición; limitación a la libertad de expresión; y la corrupción administrativa. Todos estos problemas –en criterio del Juez Zaffaroni– se interrelacionan y no necesariamente se originan por la existencia de la figura de la reelección indefinida.

Preliminarmente, es conveniente indicar como ambas opiniones disidentes tienen una fuerte discusión sobre el concepto de democracia y las argumentaciones que la mayoría de la Corte hicieron. Adicionalmente, vale la pena resaltar que el acento del problema no lo ubican en la figura en sí misma, sino en otros asuntos que –en opinión de los disidentes– deben ser analizados. Las posiciones disidentes son interesantes porque cuestionan diversas posturas de la OC y de su fundamento.

### 3. Descripción de la sentencia de la SCTSJ

#### 3.1. Descripción general de la sentencia de la SCTSJ

En fecha 17-05-2006, los representantes del Consejo Nacional Electoral (CNE) presentaron una solicitud de revisión constitucional de la decisión N° 40, de 09-03-2006, dictada por la Sala Electoral del TSJ, la cual declaró con lugar el recurso contencioso electoral interpuesta por un ciudadano contra la Resolución 050526-263 emanada del CNE el 26-05-2004, en la que se declaró sin lugar el recurso jerárquico interpuesto contra las Actas de Totalización, Adjudicación y Proclamación de cierto ciudadano como Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia.

La sentencia de la SCTSJ revisa los argumentos de los accionantes y resume las decisiones establecidas en la sentencia recurrida, así como diversos temas adjetivos. Ahora bien, es interesante indicar que los fundamentos que se relacionan con el tema de esta investigación parten de elementos específicos del objeto de la *litis* y es a partir de allí que la SCTSJ genera sus opiniones sobre la reelección.

En este sentido, y a los efectos de mantener las especificaciones de extensión del presente trabajo, a continuación, se anota un resumen de los argumentos presentados por los solicitantes y las decisiones tomadas en la sentencia recurrida: **(i)** Los solicitantes alegan que el CNE argumentó que ni las Resoluciones (050526-263 y 040316-194 emanadas del CNE), ni la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política eran aplicables al caso, sino lo dispuesto en el artículo 4 del Estatuto Electoral del Poder Público, dictado por la Asamblea Nacional Constituyente; **(ii)** Lo arriba expuesto no fue aceptado por la Sala Electoral bajo el argumento que dicho Estatuto se refiere específicamente a dicho proceso electoral y, por tanto, luego de terminado el mismo, pasó a tener nueva vigencia la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política; **(iii)** Desde esta perspectiva, la Sala Constitucional inicia su análisis con la revisión del artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política venezolana.

#### 3.2. Fundamentos para la decisión. Algunos comentarios

El objeto central de la solicitud de revisión radica en que decisión recurrida concluyó:

...que el ciudadano (...) estaba incurso en la causal de ilegitimidad establecida por las normas del Consejo Nacional Electoral, al ser funcionario de mayor cargo y no haberse separado del mismo, y en consecuencia ordenó la nulidad de las Actas de Totalización, Adjudicación y Proclamación del ciudadano a (...) como Alcalde del Municipio Catatumbo del Estado Zulia.

Con base en lo anterior y tal como se indica arriba, la SCTSJ explica el contenido del artículo 126 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, cuyo texto establece lo siguiente:

**DÁVILA.** La reelección indefinida y su interpretación por la Corte Interamericana...

Las condiciones para ser elegible Gobernador de Estado, son las establecidas en la Constitución de la República y las que, con base en ella, establece la Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado. Las condiciones para ser elegible Alcalde, Concejal o Miembro de Junta Parroquial, son las establecidas en la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Los funcionarios públicos, excepto los que desempeñen cargos asistenciales, docentes, accidentales, académicos o de representación legislativa o municipal, no podrán ser postulados para el cargo de Gobernador de Estado o de Alcalde, a menos que se separen del ejercicio del cargo antes de ser postulados.

Los Gobernadores de Estado y los Alcaldes que aspiren a la reelección, conforme a esta Ley, deberán separarse del ejercicio del cargo antes de la postulación.

La norma antes transcrita es la base de la Resolución 040316-194 en la cual se estableció como causal de inelegibilidad que los funcionarios de mayor rango debían separarse del cargo por lo menos antes del día de su postulación.

### **3.2.1. (In)Congruencia legislativa. La Constitución de 1999 como punto de corte**

De acuerdo con la SCTSJ, existe una incongruencia entre **(i)** la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, la cual habría sido emitida de acuerdo *“a los principios y visión de Estado comprendidos en la Constitución de 1961”*, y **(ii)** las disposiciones del Estatuto Electoral del Poder Público, sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente según los principios rectores de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999. Para la SCTSJ esta distinción es esencial por lo que ella califica como una disonancia entre las visiones que inspiraron la emisión de dichas normas.

Este punto es bastante importante porque la SCTSJ realiza una suerte de “corte” en relación con las fuentes de “inspiración” de ambas normas, sugiriendo una -discontinuidad de la República y asumiendo –para mal o para bien– que la Constitución de 1999 tiene un fundamento distinto al de la Constitución de 1961. Esta decisión que pretende la SCTSJ es fundamental en su línea de razonamiento y será útil en su curso argumentativo. Vale la pena indicar que estos razonamientos no eran novedosos y que, desde el comienzo, la SCTSJ justificó esta interpretación “holística” del “nuevo derecho” que empezaba en 1999<sup>13</sup>. Esto se justifica desde una visión integradora del Derecho constitucional.

Es tan evidente la línea argumentativa del TSJ, que en la decisión indica expresamente:

---

<sup>13</sup> En tal sentido, es conveniente revisar la sentencia N° 1309, de 19-07-2001, en donde la SCTSJ señala que el proyecto axiológico subyacente de la Constitución de 1999 está por encima del propio texto de esta y constituye el valor político sobre el cual se apoya el sistema de derecho venezolano.

...dado ese carácter integrador, no puede esta Sala considerar aspectos estructurales del modo en que se forman los Poderes Públicos, sin atender a los principios en los que éstos deben inspirarse y los condicionantes que la propia evolución social impone, pues de lo contrario, se caería en el error de sistemas políticos previos en los que se tomaron medidas aisladas y sin contexto, a los meros efectos de superar situaciones coyunturales, cuya solución individual nada aporta al desarrollo de los principios que tienden al bien colectivo, o peor aún, respondiendo a la necesidad de resolver problemas de particulares o del momento sin considerar su apego o no a los principios constitucionales o su coherencia con los mismos.

En este sentido, la SCTSJ afirma que la idea democrática subyacente a la Constitución de 1961 era contraria a la reelección y muy por el contrario esa tendencia se revierte con la Constitución de 1999, la cual retoma *"ideas originarias de las ideas fundacionales de Venezuela como país independiente"*.

### 3.2.2. La reelección presidencial para la SCTSJ

Invocando la Constitución venezolana de 1819 y las ideas de Hamilton, la SCTSJ justifica una doctrina a favor del concepto de la reelección. Adicionalmente, realiza un ejercicio estadístico para concluir que:

...la aplastante mayoría a favor de la reelección que puede observarse en el Derecho Constitucional latinoamericano, pues de un total de diecinueve países, quince tienen como norma la reelección, es decir, más del 75% de Latinoamérica se encuentra a favor de dicha figura, mientras otros cuatro (Guatemala, Honduras, México y Paraguay) prohíben de forma absoluta la reelección.

El argumento que propone la SCTSJ es la idea de la que reelección solo ocurre en escenarios de buenos gobiernos que por su gestión merecen ser reelegidos. Lo anterior, sería la ratificación de un principio de soberanía popular que permitiría el ejercicio pleno de las libertades públicas. Esto se refuerza con la transcripción del fallo C-1040/05 de 19-10-2005 de la Corte Constitucional colombiana, según la cual la figura de la reelección (i) no supone un cambio arquitectónico en la estructura constitucional de un país, y (ii) es una reafirmación del principio democrático inherente al ejercicio de la soberanía popular. Es importante señalar, que la SCTSJ reconoce los posibles excesos que la figura de la reelección podría generar, pero en este respecto indica que:

...los mismos se presentarían tanto en cuanto no se cuente con los mecanismos que permitan controlar las acciones del Ejecutivo, y que por estar éstas, lo mismo que en nuestra Constitución, expresamente establecidos, sólo habría que velar por su cumplimiento, de modo que la figura en sí no sería la responsable de irregularidad alguna, sino que ello sería responsabilidad de la equilibrada ejecución del sistema de contrapesos y de controles que tenga el Texto Constitucional, por lo que su falta o no de ejecución no queda al arbitrio de una persona, sino de los poderes que al efecto tengan dichas responsabilidades.

Por otra parte, y recurriendo a la decisión 2771 del 04-04-2003 de la Corte Suprema de Costa Rica, la SCTSJ logra desglosar la idea de que la reelección es un derecho individual de quien aspira continuar en el cargo, pero además es un derecho del electorado. Desde esta perspectiva, la



**DÁVILA.** La reelección indefinida y su interpretación por la Corte Interamericana...

SCTSJ concluye que la soberanía popular no tiene límites evidentes salvo los que derivan de "*los derechos inherentes a la persona humana y derivados de su propia dignidad*".

Con base en lo anterior, para la SCTSJ la reelección es perfectamente posible en un contexto democrático, siempre y cuando el Estado correspondiente proteja y defienda los derechos fundamentales y tenga canales de justicia robustos. Desde esta perspectiva, la SCTSJ es lapidario:

...la Constitución de 1999, retomando la idea de la Constitución de Angostura, y en plena armonía con los principios garantistas a favor del ciudadano y de su rol protagónico en la empresa de desarrollo del Estado, permitió la reelección presidencial, pero dentro de un marco de políticas públicas en el que ello no es una medida aislada de inspiración caudillista, sino que constituye un elemento más dentro de una visión progresista en el que la separación de poderes, los derechos de los ciudadanos y los mecanismos de participación de los mismos, pueden generar los contrapesos y la colaboración necesarios para la satisfacción de los intereses del Estado que no son otros que los de los propios ciudadanos.

### **3.2.3. La progresividad de los derechos fundamentales y la reelección presidencial**

Luego de extenderse en esta explicación sobre la dualidad de regímenes políticos (el que había antes de 1999 y el actual) y el carácter fundacional de la Constitución de 1999, la SCTSJ explica el concepto de progresividad de los derechos que se encuentra definido en la Constitución en el artículo 19. Para la SCTSJ la progresividad es entendida como una suerte de avance en la esfera que representan los derechos, esfera ésta que no puede ser reducida o limitada en su proceso de expansión. En otras palabras, las interpretaciones que dentro de un Estado de Derecho se den para ampliar el rango práctico jurídico de los derechos fundamentales no pueden sufrir retrocesos que supongan una disminución del alcance originalmente propuesto por la dimensión ampliadora.

Desde esta explicación, la SCTSJ pareciera justificar la idea de la reelección como una conquista que amplía los derechos políticos tanto de los individuos que aspiran a mantener sus cargos como de los ciudadanos que pueden –mediante el ejercicio de la soberanía popular por los canales jurídicos habilitados para tal fin– elegir libremente a un *incumbent*.

En este orden de ideas, resulta importante entender que, para la SCTSJ, la idea de la reelección es una suerte de conquista particular que obedece al carácter expansivo de la Constitución de 1999, la cual funciona como (i) agente de modernización del Estado venezolano en relación con el concepto de derechos fundamentales, y (ii) eje de conexión de tradiciones políticas y culturales que habrían sido desconocidas en otros momentos históricos. Así dicho, claramente lo anterior se conecta con el carácter fundacional de la Constitución de 1999, del cual se hicieron algunos comentarios arriba.

### **3.2.4. Mención a la obligación de separación del cargo**

En este punto, el Tribunal propone que la obligación de separarse del cargo es un supuesto de hecho diferente al correspondiente a la reelección. Lo anterior, supone que dicha figura, *i.e.*, separación de cargo, implica métodos interpretativos diferentes.

En el fondo de lo que se trata es de discutir sobre la incompatibilidad entre el ejercicio de un cargo y el posible derecho a la reelección en tal cargo. En otras palabras, el problema es determinar si un funcionario debe separarse del cargo al cual aspira elegirse de nuevo.

En este sentido, la SCTSJ indica que la propia Constitución de 1999 establece como principio la no separación de cargos en caso de reelección, en el caso de ser elegidos para una función pública diferente a la que se posee. Ahora bien, con respecto a ser elegido como Diputado o Diputada, tanto el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, los Ministros o Ministras, y otros funcionarios indicados en el artículo 179 constitucional, deben separarse de forma absoluta de tales cargos, para poder optar a ser elegido como parlamentario.

El Tribunal reconoce que, en este caso, la restricción es justificada dado el carácter variado del cargo original que detentaría el aspirante con respecto al cargo de parlamentario. Con base en lo anterior, la elección impediría la realización continua de las obligaciones asumidas bajo el cargo previo. Adicionalmente, el Tribunal advierte que:

...debe agregar el potencial peligro que significaría el utilizar el cargo que se intenta antes de la postulación con fines electorales, lo cual, si bien puede alegarse también en los supuestos de reelección, en este último caso puede ser regulado con la normativa que al efecto se dicte, mientras que en el supuesto de ejercicio de otros cargos, las posibilidades de manejo con fines políticos pueden ser tan diferentes que su regulación es casi imposible, por lo que se prefiere usar la figura de la inelegibilidad por ser la más práctica y transparente a la vista de los electores.

Atendiendo a este argumento y alegando razones históricas, el Tribunal concluye que es congruente que haya limitaciones para la postulación a ciertos cargos en los sistemas electorales democráticos. Desde esta perspectiva, la SCTSJ declara no ha lugar la solicitud de revisión solicitada.

## **4. Comparación de argumentos entre ambas decisiones**

En esta sección vamos a proponer algunos elementos argumentativos que interrelacionen la OC y la sentencia de la SCTSJ, para de esta manera comprender sus puntos de coincidencia y los que refieren a una evidente disonancia.

#### **4.1. Punto preliminar**

Es importante indicar que, si bien ambas decisiones tocan el tema de la reelección, la OC es claramente enfocada en la reelección indefinida, mientras que la sentencia de la SCTSJ solo plantea el concepto general de reelección. A pesar de lo anterior, las interpretaciones que las decisiones que se proponen tienen muchas implicaciones. Especialmente, es importante resaltar que la definición de democracia y la importancia de temas subyacentes cobra una dimensión importante.

La relación de los conceptos técnicos permite establecer una idea de la visión “doctrinaria” de la Corte IDH y del TSJ con respecto al contenido de la democracia, los derechos políticos y los temas relativos a los sistemas electorales. Son temas complejos que, si además se combinan con las nociones que incluyen los votos disidentes de la OC, el espectro se vuelve más denso.

Es relevante considerar que hay un hilo conductor en ambas decisiones: la idea de la democracia como espacio natural para el desarrollo de derechos (fundamentales y humanos). Sin embargo, el alcance de la noción de democracia trasmuta en concepto disímiles para la SCTSJ y la Corte IDH. Algunos de estos temas nos proponemos comentar a continuación.

#### **4.2. La democracia como punto de partida**

La definición de democracia es un ejercicio difícil cuando se consideran los elementos complejos de las sociedades modernas. Conceptos como democracia representativa, participativa y directa, hoy en día se vuelven temas difíciles para determinar, más aún si los mezclamos con la idea del Estado Social de Derecho.

Es posible afirmar que la mayoría de las repúblicas ubicadas en el hemisferio occidental se identifican con una idea de democracia que no necesariamente supone el efectivo ejercicio de las propuestas fundamentales que tal concepto implica, e.g., respeto a los derechos fundamentales.

Asimismo, es innegable la presencia de una fuerte crisis del Estado moderno que propone la reformulación de viejos conceptos políticos, y ha abierto la compuerta para fenómenos populistas y de antipolítica que han demostrado su lesividad institucional evidente.

A pesar de lo anterior, la democracia como concepto es una idea que irradia toda la discusión sobre los derechos políticos, y en especial, sobre el tema de la reelección indefinida. Desde la perspectiva de los derechos humanos, las bases propias de la democracia se construyen para facilitar el ejercicio y la realización de los derechos humanos, otra interpretación carcería de verdadero espíritu libertario<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> En este sentido, Pedro Nikken en su artículo ya citado, expresamente indica que “La soberanía popular es por y para los derechos humanos, de modo que la violación de éstos es también la violación de aquélla”.

En este sentido, la Corte IDH ha sido clara al indicar que:

Los derechos políticos consagrados en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. Este Tribunal ha expresado que “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”<sup>15</sup>.

### **4.3. Autonomía de la figura de la reelección como derecho**

Como se mencionó *ut supra*, no es sencillo generar la idea de organicidad de un derecho a la reelección. En este sentido, las decisiones que son objeto de este análisis plantean razonamientos diametralmente opuestos. La OC hace la revisión y plantea la dificultad de revisión del concepto. Por otra parte, la sentencia de la SCTSJ no parece cuestionar la situación e incluso apela al principio de progresividad de los derechos fundamentales para justificar una figura específica.

Las disparidades son evidentes. Por una parte, la OC engloba la reelección como una manifestación del derecho a ser elegido y por la otra, la sentencia de la SCTSJ parece dar por sentado que es algo “natural” entender que el funcionario electo tiene un derecho especial que debe ser considerado como un acápite aparte al texto de los derechos políticos. Esta naturalidad deviene de la idea de la progresividad de los derechos fundamentales, la cual se aplica sin ningún tipo de consideración distinta a una aritmética; es decir, la ecuación parece muy clara “*los derechos deben ser ampliados, en cualquier circunstancia*”, así las cosas, si un *incumbent* desea reelegirse no debe restringirse un derecho individual.

### **4.4. Consideraciones históricas, estadísticas y políticas como elementos necesarios para proceder con la decisión judicial**

Resulta interesante que tanto la sentencia de la SCTSJ y la OC, apelan a consideraciones metajurídicas (en un sentido iuspositivista) que proponen una suerte de análisis contextual de la situación del derecho y comprender el tratamiento que dicho concepto ha tenido en Latinoamérica.

Por razones de espacio y extensión de esta investigación, no pretendemos hacer un análisis exhaustivo de las razones que la Corte IDH y la SCTSJ utilizan “fuera de la ley” para argumentar sus conclusiones, sin embargo, es obvio que la literalidad de las normas analizadas por ambos jueces no es suficiente para poder generar una solución. En este sentido, vale la pena indicar que el problema de la restricción al derecho a ser elegido, *i.e.*, el problema de la reelección recibe una lectura por parte de la Corte IDH fuertemente apalancada en el principio democrático. En decir, la Corte IDH colectiviza el problema y, además, lo hace trascender hacia la esfera de lo histó-

---

<sup>15</sup> Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. México, cit.

rico y político. Tan evidente es esta línea de pensamiento que los jueces disidentes no pueden desconocer la situación y parecen comulgar con la impresión de que la Corte IDH está de alguna manera imponiendo una visión hemisférica de un problema que acepta varias interpretaciones. La Corte IDH encuentra en distintos elementos, la conformación de la idea democrática, *i.e.*, la soberanía popular es solo uno de los elementos, porque la pluralidad, la libre expresión, la libertad de asociación con fines políticos, entre otros, se conjugan para generar la idea de democracia.

Por otra parte, la SCTSJ hace lo mismo y siguiendo con su *ratio* de interpretación encuentra en la historia venezolana y en el *new deal* republicano de 1999, las herramientas para comprender el alcance de la democracia. Esta forma de gobierno para la SCTSJ tiene como columna vertebral a la soberanía popular, de la cual derivan todos los demás asuntos.

Es particularmente importante y llama la atención, el recurso estadístico de ambas cortes. En ambos casos se hace un inventario de las formas de gobierno en la región para justificar al presidencialismo. Aquí aparece de nuevo (para la SCTSJ y la Corte IDH) un argumento histórico que justifica al presidencialismo y lo reconoce en sus aciertos y fallas. Sin embargo, la Corte IDH advierte más problemas que soluciones y como bien señala uno de los jueces disidentes asume los riesgos del presidencialismo como un elemento esencial para proceder con el análisis.

## **Conclusiones y reflexiones finales**

Una conclusión evidente es que ambas decisiones toman el asunto de forma diferente. Adicionalmente, las razones que justifican esta brecha no solo suponen un análisis literal de las normas, sino que incluyen consideraciones de otra naturaleza que influyen en la generación del concepto de la reelección indefinida. Es un tema interesante, porque abre la posibilidad de analizar los *issues* que permiten a los jueces tomar las decisiones que toman.

El factor del concepto de la democracia como argumento general de esta discusión es también esencial. Pareciera que los jueces venezolanos tienen una idea de democracia que no necesariamente coincide con aquella de los que están en la Corte IDH. Este tema es determinante para el análisis. La Corte IDH es fiel creyente en la democracia representativa como el ecosistema necesario para el desarrollo de los derechos humanos, y por consiguiente, de los derechos políticos. El análisis de la Corte IDH encuentra en el principio democrático interamericano, la *ratio* perfecta para justificar restricciones necesarias en la figura de la reelección. Por otro lado, la SCTSJ venezolano parte de una idead de democracia de forma "clásica" con especial acento en la soberanía popular y por otro lado en la individualización del derecho del funcionario. Así las cosas, se articulan las dos nociones: la libertad del pueblo de escoger y mantener una buena gestión, y la pretensión del funcionario de mantenerse en el cargo.

El análisis del contenido de lo que es democrático excede este trabajo, sin embargo, definir este contenido es muy importante. No hay duda (al menos en la mayoría de la doctrina occidental) que la democracia es el mejor sistema político para los pueblos. Ahora bien, no menos cierto que en la región hay distintas posiciones sobre lo que debe ser dicho sistema y que maneras de participación son necesarias. El reconocimiento de la democracia participativa como una forma de gobierno que cobra popularidad en la región debe necesariamente proponer una reflexión sobre la forma como nuestras sociedades se relacionan con los públicos<sup>16</sup>.

Lo anterior necesariamente nos adentra en el terreno de lo político e ideológico. Esta discusión se plantea en el terreno de las opiniones y por lo tanto empieza a jugar un factor subjetivo que puede ser complicado de manejar en el contexto de las discusiones jurídicas. En todo caso, este asunto es fundamental no solo para el estudio del derecho a la reelección, pero para el alcance general de los derechos políticos. Quizás también exista espacio para análisis en el futuro sobre este tema desde la perspectiva constitucional y de la ciencia política.

Finalmente, el contexto latinoamericano no puede ser desconocido. Nuestras debilidades republicanas han sido nuestra oportunidad, pero también el comienzo de nuestras pesadillas. Si bien es cierto que los sistemas presidencialistas que cabalgan en individualidades han fortalecido la existencia de nuestras repúblicas, también han permitido la manifestación de las más crueles tiranías. El tema es complicado porque obliga a los constitucionalistas a evaluar los controles que deben existir sobre el Poder Ejecutivo y las medidas que garanticen la transparencia en las elecciones de forma de evitar posibles distorsiones del proceso que favorezcan a los funcionarios que ocupen los cargos para los que pretendan reelegirse. Ahora bien, nos parece claro que la discusión, *i.e.* evitar los posibles excesos, solo aparece en el reconocimiento de nuestras propias debilidades y conflictos históricos. En otras palabras, son nuestras debilidades institucionales las que han dado fortaleza a los más conspicuos y abyectos momentos. De nuestras falencias han generados nuestros problemas, la maldad ha nacido de esas carencias. Esta discusión no es solo jurídica, es moral y republicana. Debemos aprender de nuestros errores para evitar que la historia se repita.

---

<sup>16</sup> El politólogo irlandés Peter Mair fue famoso por publicar algunos estudios sobre el tema de la crisis de la democracia representativa en Europa y sus implicaciones. En *Gobernando el vacío* (2013, Madrid: Alianza Editorial) explica los problemas de legitimidad de la democracia de partidos políticos.



## **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:  
hombres 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|439|115|6

