

978|980|244|918|7

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES Y PARLAMENTARIOS

ANUARIO 2016-2017



COLECCIÓN
REGISTRO



Konrad
Adenauer
Stiftung

COLECCIÓN
REGISTRO

Ramón Guillermo Aveledo
Jesús María Casal
Daniela Urosa Maggi
(Coordinadores)

**Estudios
constitucionales
y parlamentarios**
ANUARIO 2016-2017



Caracas, 2019

Estudios constitucionales y parlamentarios

Ramón Guillermo Aveledo, Jesús María Casal, Daniela Urosa Maggi
(Coordinadores)

Universidad Católica Andrés Bello
Montalbán. Caracas (1020)
Apartado 20.332

Diseño y producción: **ab**ediciones
Corrección de pruebas: Scarlin Escalona
Diagramación y diseño de portada: REYNA CONTRERAS M.
Depósito legal: DC2018001852
ISBN: 978-980-244-918-7
Impresión: IMPRESOS MINIPRES, CA.

© Universidad Católica Andrés Bello
Primera edición, 2019

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.

Índice

Presentación	7
I. Contribuciones doctrinales	9
Vicisitudes jurídico-políticas del desconocimiento institucional a la Asamblea Nacional y al resultado electoral del 6 de Diciembre de 2015	11
<i>Tomás A. Arias Castillo</i>	
¿Qué hacer con los derechos sociales en épocas de crisis?	25
<i>Víctor Bazán</i>	
Estudio sobre la sentencia de la sala constitucional 928/2015, de 21 de julio	79
<i>Juan Alberto Berríos Ortigoza</i>	
Justicia y política: el Tribunal Supremo de Justicia y el cerco a la Asamblea Nacional	95
<i>Jesús M Casal</i>	
El Estado de derecho en la Constitución de 1999	111
<i>Margarita Escudero León</i>	
La constitución económica del Petro-Estado.....	151
<i>José Ignacio Hernández G.</i>	
El procedimiento de formación de leyes. Nudos críticos y propuestas....	179
<i>Jhenny Rivas Alberti</i>	
Sobre la prohibición constitucional de usar armas en manifestaciones pacíficas: la inconstitucionalidad de la Resolución 8610 del Ministerio de la Defensa.....	193
<i>Manuel Rojas Pérez</i>	
El alcance <i>excepcional</i> de la jurisdicción militar en Venezuela y sus límites constitucionales.....	207
<i>Ignacio Ayala, Marian De Abreu, Jaiber Núñez y Omar Piñango</i>	
II. Documentación parlamentaria	221
Elecciones 2015. Agenda parlamentaria 2016-2020: una Asamblea Nacional que inicia el cambio político útil para ti.....	223

Discursos con motivo de la presentación del libro <i>Curso de Derecho Parlamentario</i> del Dr. Ramón Guillermo Aveledo.....	247
III. Comentarios jurisprudenciales y actuaciones relevantes en el ámbito forense constitucional	267
Demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra la constitución del estado Cojedes publicada en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 1069 del 20 de enero de 2014	269
Demanda contencioso electoral contra la omisión de convocatoria por el Consejo Nacional Electoral de la elección de los Diputados al Parlatino	338
IV. Jurisprudencia constitucional	357
El primer año de la nueva Asamblea Nacional	359
<i>Gabriela Camacho A.</i>	
V. Contribuciones de la maestría en derecho constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello	369
Análisis crítico del tratamiento que la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela de 1999 y el Poder Legislativo nacional le han dispensado a la autonomía municipal.....	371
<i>Ricardo Baroni Uzcategui</i>	
La jurisprudencia de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como fuente de derecho en el proceso penal venezolano	415
<i>María Trinidad Silva de Vilela</i>	
Reseña de la Maestría en Derecho Constitucional (2016-2017)	495
<i>Daniela Urosa Maggi y Leonardo Verónico</i>	

Presentación

Es motivo de satisfacción poder presentar a los lectores el *Anuario de estudios constitucionales y parlamentarios* editado por la Universidad Católica Andrés Bello y el Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro. Esta obra es el resultado de la iniciativa de ambas instituciones y es reflejo del trabajo que han desarrollado a lo largo de varios años en sus respectivos ámbitos. La Universidad Católica Andrés Bello está comprometida desde hace más de una década con los estudios de postgrado en derecho constitucional, siendo precursora con el Programa de Estudios Avanzados en Derecho Constitucional, que luego pasaría a Maestría. Por su parte, el Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro lleva más de un lustro dedicado a la formación y al asesoramiento en derecho parlamentario y temas afines. Este instituto y la Universidad Católica Andrés Bello por medio, principalmente, de su Maestría en Derecho Constitucional suman ahora sus esfuerzos para gestar y consolidar esta publicación.

Se trata de un anuario que pretende contribuir al desarrollo científico del derecho constitucional y parlamentario y al análisis de los fenómenos políticos-constitucionales, es decir, de la realidad que las normas correspondientes quieren regular y que, al mismo tiempo, las interpela. Esto implica la discusión sobre los asuntos de actualidad relacionados con tales disciplinas, lo cual comprende, además, examinar en cada número los aspectos más relevantes del periodo respectivo en lo concerniente a la actividad parlamentaria y a la jurisprudencia constitucional. Se asume una perspectiva abierta que abarca los contenidos filosóficos, politológicos, socio-jurídicos, económico-presupuestarios y otros vinculados a los ejes temáticos del anuario. El derecho constitucional es sin duda la columna vertebral de la publicación, pero la referencia a los estudios *constitucionales y parlamentarios* busca incluir enfoques disciplinarios o materias diversas que tienen como centro de preocupación la Constitución, el Parlamento y la democracia.

El constitucionalismo procura amparar la libertad y los derechos fundamentales del ser humano mediante la limitación del poder público, mientras que el parlamento –esencial al estado de derecho desde la óptica del control y de la división de poderes– es una institución primordial de expresión de la voluntad popular y de la democracia a través de la representación política, el pluralismo y la deliberación pública. Todo ello se integra en la democracia constitucional. De allí la importancia de conjugar con amplitud los aportes que sean generados en los respectivos campos conceptuales.

El anuario es también un medio de difusión de actividades que se organizan en la Maestría en Derecho Constitucional, así como de trabajos elaborados por los cursantes que merezcan ser publicados.

La actual situación nacional justifica especialmente la edición del *Anuario de estudios constitucionales y parlamentarios*, porque uno de los grandes desafíos del presente y del futuro próximo es el levantamiento de una verdadera institucionalidad democrática basada en la libre participación política, el pluralismo ideológico, el estado de derecho y la garantía de los derechos humanos.

Esperamos que el anuario contribuya en alguna medida a lograr este propósito, lo cual solo será posible con el apoyo de los miembros de la comunidad científica y de los protagonistas de los espacios de acción político-institucional a los que la publicación se refiere.

Ramón Guillermo Aveledo
Jesús María Casal
Daniela Urosa M.

**I. CONTRIBUCIONES
DOCTRINALES**

Vicisitudes jurídico-políticas del desconocimiento institucional a la Asamblea Nacional y al resultado electoral del 6 de diciembre de 2015

Tomás A. Arias Castillo

1. El *acuerdo de respeto de resultados* suscrito entre el presidente de la República y el Consejo Nacional Electoral

El 26 de octubre de 2015, el país fue testigo de un acto inédito en nuestra historia electoral: Nicolás Maduro y otros representantes del bloque oficialista acudieron al Consejo Nacional Electoral y suscribieron, junto con los rectores del ente comicial, un *Acuerdo de Respeto de Resultados*¹ lo cual, aparte de no estar previsto en disposición alguna del ordenamiento jurídico venezolano (y, por tanto, configura otra actuación al margen de la legalidad por parte del CNE), generó fundado escepticismo en la oposición², pues dicho organismo siempre actuó durante el proceso electoral con su característico sello de parcialización a favor del Gobierno, aparte del hecho de que este no ha respetado los resultados electorales cuando no le han favorecido, arrebatando competencias y recursos a los ganadores opositores.

1 A. Gómez, “CNE celebra con entusiasmo firma de acuerdo de respeto a resultados”, 2015, Disponible en: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/151015/cne-celebra-con-entusiasmo-firma-de-acuerdo-de-respeto-a-resultados>

2 “MUD desconfía de acuerdo de respeto a los resultados electorales”, 2015, Disponible en: <http://www.eluniversal.com/nacional-y-politica/151007/mud-desconfia-de-acuerdo-de-respeto-a-los-resultados-electorales>

El acto en sí fue una puesta en escena más del oficialismo para demostrar el control partidista al cual tiene sometido al Consejo Nacional Electoral y, si bien, dicho acuerdo no tiene efectos jurídicos vinculantes, desde el punto de vista estrictamente político es evidencia de su falsedad —demostrada suficientemente con posterioridad—, pues quien no respetó el resultado electoral del 6 de diciembre fue justamente el régimen de Maduro y el partido oficialista.

2. Las reacciones oficialistas ante a la amplia victoria opositora el 6D

Las primeras reacciones del oficialismo —el propio 6 de diciembre a partir de las 7 de la noche, momento en el que culminó la prórroga que el CNE otorgó, de nuevo, al margen de la legalidad— fue de silencio absoluto en los medios de comunicación y en las redes sociales³, pues es posible que tuviesen conocimiento de los resultados electorales que les eran ampliamente desfavorables.

Luego, como nos tienen acostumbrados, pasada la medianoche anunciaron el primer boletín del Consejo Nacional Electoral en el cual quedaba en evidencia la contundente victoria opositora y se perfilaba la posibilidad de que la MUD hubiese obtenido la mayoría calificada de dos tercios en la Asamblea Nacional.

Después de que se participara el primer boletín, al instante se llevó a cabo el discurso en cadena nacional de Nicolás Maduro donde nunca aceptó que la oposición hubiese ganado las elecciones, sino que su gobierno las habría perdido ante la *guerra económica*⁴ (jerga del oficialismo para denominar la situación ya casi estructural de inflación y escasez que afecta a la economía venezolana por la implementación de un modelo económico gubernamental en el cual reina el primitivismo, la arbitrariedad de los controles, se hostiga el emprendimiento particular y la propiedad privada).

3 “A las 7 de la noche se silenciaron las cuentas oficialistas el 6D”, 2015, Disponible en: <http://www.elpitazo.com/ultimas-noticias/a-las-7-de-la-noche-se-silenciaron-las-cuentas-oficialistas-el-6d/>

4 E. Brito, “Resumen de reacciones del oficialismo tras derrota”, 2015, Disponible en: <http://www.elpitazo.com/ultimas-noticias/video-resumen-reacciones-del-oficialismo-tras-derrota/>

El 8 de diciembre de 2015, el Consejo Nacional Electoral emitió un segundo boletín (que había ofrecido para el día anterior) en el cual aún quedaban cinco (5) puestos por definirse⁵. En esa misma fecha, el CNE expuso un tercer y definitivo boletín donde, según la mayoría perteneciente al grupo opositor, había obtenido ciento doce (112) diputados ante cincuenta y cinco (55) del partido de Gobierno, para una mayoría calificada que supera los dos tercios (110/167) de los miembros del Poder Legislativo.

3. La puesta en operación de un plan para *blindar* el Tribunal Supremo de Justicia por medio de nombramientos de magistrados ilegales e ilegítimos

El 15 de diciembre de 2015, el presidente de la saliente Asamblea Nacional, Diosdado Cabello, solicitó a la sala constitucional una interpretación del artículo 220 del texto fundamental con el propósito de determinar si más allá de la culminación del último período de sesiones –el cual ocurrió esa fecha, según determina la propia Constitución– podía seguir operando la Asamblea, previa la convocatoria de *sesiones extraordinarias*. El objetivo de esta solicitud era evidente ya que franco y sobrancero irrespeto a la nueva correlación de fuerzas políticas existentes en el país que se expresó el 6 de diciembre de 2015, la saliente mayoría ya había declarado su pretensión de realizar nombramientos en el Tribunal Supremo de Justicia, aun cuando: (i) no tenían tiempo para cumplir con el procedimiento constitucional y legalmente establecido; (ii) no existía situación de anormalidad institucional alguna que justificara la convocatoria a sesiones extraordinarias; (iii) una nueva Asamblea Nacional, expresión de cambio en el mapa político, acababa de ser electa, se instalaría en apenas veintiún días y podía formalizar tales nombramientos con mayor legitimidad⁶.

La sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante su sentencia N° 1758 de 22 de diciembre de 2015⁷, se prestó para ese fraude a la

5 “Segundo boletín del CNE: MUD 107 - PSUV 55”, 2015, Disponible en: <http://informe21.com/politica/segundo-boletin-del-cne-mud-107-psuv-55>

6 D. Bracho, “Cabello: Antes de finalizar 2015 serán nombrados 12 magistrados del TSJ”, 2015, Disponible en: <http://www.panorama.com.ve/politicayeconomia/Cabello-Antes-de-finalizar-2015-seran-nombrados-12-magistrados-del-TSJ-20151208-0114.html>

7 <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/184220-1758-221215-2015-2015-1415.HTML>

Constitución y a la soberanía popular expresada el 6 de diciembre de 2015 y, sin mayores argumentaciones, declaró que la saliente Asamblea Nacional podía sesionar hasta veinticuatro horas antes de la instalación de la que había sido recientemente electa. El resultado: la parte afectada en las elecciones parlamentarias –el partido de Gobierno– designó, el 23 de diciembre de 2015 (apenas un día después de publicada la referida sentencia), trece (13) magistrados principales y veintiún (21) suplentes para un período de doce años. Entre los magistrados principales designados para la sala electoral figuraba –nada más y nada menos– un diputado del PSUV, Christian Zerpa, que perdió su reelección el pasado 6 de diciembre⁸.

Pero no solo eso hizo la saliente Asamblea Nacional. De una revisión de las Gacetas Oficiales, números ordinarios y extraordinarios, en dichas *sesiones extraordinarias* posteriores al 15 de diciembre de 2015 hasta el 4 de enero de 2016, se dictaron: (i) doce (12) leyes; (ii) veintitrés (23) leyes *aprobatorias* y (iii) se publicaron ocho (8) acuerdos, incluidos los nombramientos de los magistrados del TSJ y la aprobación de créditos millonarios al ejecutivo nacional y al gobierno del Distrito Capital, con lo cual dicho saliente parlamento de forma arbitraria e incumpliendo los procedimientos y lapsos previstos en la Constitución y en el Reglamento Interior y de Debates, sin legitimidad política, burló la soberanía popular expresada el 6 de diciembre de 2015, todo con el aval de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁹.

4. La impugnación hecha sobre los resultados en el estado Amazonas y el *amparo cautelar* otorgado por la sala electoral del Tribunal Supremo de Justicia

Con posterioridad a la celebración de las elecciones parlamentarias, la sala electoral del Tribunal Supremo de Justicia (la cual incluye nuevos

8 Para una revisión detallada de todos los vicios que se cometieron en la designación de los Magistrados, que configuró un auténtico fraude constitucional, ver el Comunicado del Grupo de Profesores de Derecho Público de las Universidades Venezolanas: http://www.el-nacional.com/politica/ComunicadoGPDPmagistrados_NACFIL20151230_0001.pdf

9 Ya el 10 de diciembre de 2015, aún dentro del segundo período de sesiones de 2015, la Asamblea Nacional designó como Defensora Pública General a Susana Barreiros, abogada cuyo aparente único mérito fue ser la jueza que sentenció sin pruebas al dirigente político opositor, Leopoldo López, a cumplir una condena de 13 años y 9 meses de prisión. Ver: <http://www.lapatilla.com/site/2015/12/10/susana-barreiros-la-jueza-que-sentencio-a-lopez-es-la-nueva-defensora-publica/>

magistrados, entre ellos el ex diputado del PSUV: Christian Zerpa) se pronunció sobre las impugnaciones relativa a dichos comicios. Concretamente, el 30 de diciembre de 2015 emitió siete (7) sentencias de las cuales en seis (6) de ellas admitió el recurso contencioso electoral y declaró improcedentes las solicitudes de suspensión de efectos de los actos impugnados (sentencias N° 254 sobre el Circuito 1 del estado Amazonas; N° 255 sobre el Circuito 2 del estado Yaracuy; N° 256 sobre la representación indígena de la región sur; N° 257 sobre el Circuito 2 del estado Aragua; N° 258 sobre el Circuito 3 del estado Aragua y N° 259 sobre el Circuito 4 del estado Aragua), mientras que en otro decreto (N° 260, relativo a todos los diputados electos por el estado Amazonas), aparte de admitir el recurso contencioso electoral como mandamiento de amparo constitucional cautelar, ordenó:

de forma provisional e inmediata la suspensión de efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación emanados de los órganos subordinados del Consejo Nacional Electoral respecto de los candidatos electos por voto uninominal, voto lista y representación indígena en el proceso electoral realizado el 6 de diciembre de 2015 en el estado Amazonas para elección de diputados y diputadas [sic] a la Asamblea Nacional, hasta que se dicte sentencia definitiva en la presente causa¹⁰.

Los argumentos que dio la sala electoral para haber dejado a todo el estado Amazonas sin representantes –apenas a cinco días de asumir la nueva Asamblea Nacional– fueron esbozados en tres pocos párrafos, que se transcribirán a continuación:

De acuerdo a la anterior doctrina jurisprudencial en relación con la apreciación por el juez de un hecho notorio comunicacional alegado por alguna de las partes, observa la Sala la uniformidad en diversos medios impresos y digitales de comunicación social del día 16 de diciembre de 2015, de un hecho noticioso consistente en la difusión de grabación del audio de una conversación entre la ciudadana Victoria Franchi Caballero, Secretaria de la Gobernación [sic] del estado Amazonas, y persona no identificada (anónima) en la cual se refiere la práctica de compra de votos y pago de prebendas a electores para votar por la denominada Mesa de la Unidad Democrática (MUD) o ayudar a desviar la voluntad de las personas que requerían asistencia

10 <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/diciembre/184227-260-301215-2015-2015-000146.HTML>

para el acto de votación, por lo cual el ciudadano Jorge Rodríguez, en su condición de integrante de la Dirección Nacional de la organización política Partido Socialista Unido de Venezuela solicitó al Ministerio Público el inicio de la investigación correspondiente.

De igual modo, esta Sala aprecia como hecho notorio comunicacional la aprehensión de la referida funcionaria estatal en virtud de los hechos denunciados, tal como reseñó la página web de la Asamblea Nacional el 16 de diciembre de 2015. (*vid.* www.asambleanacional.gob.ve)

Conforme a lo expuesto, considera la Sala que la difusión pública y uniforme del señalado hecho notorio comunicacional evidencia preliminarmente la presunción grave de buen derecho o *fumus boni iuris* de presunta violación de los derechos constitucionales al sufragio y la participación política de los electores del estado Amazonas en el proceso electoral realizado el 6 de diciembre de 2015 en dicha entidad territorial para elección de diputados y diputadas [sic] a la Asamblea Nacional, razón por la cual, de acuerdo al principio de instrumentación del proceso para la realización de la justicia previsto en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aunado a que el Estado venezolano es de derecho y de justicia, como lo expresa el artículo 2 *ejusdem*, esta Sala declara procedente la solicitud de amparo cautelar. Así se decide.

De esta manera, la sala electoral recién conformada de forma ilegal e ilegítima, incluso integrada por un diputado del partido oficialista que no fue reelecto y que no reúne los requisitos mínimos para ser magistrado, por medio de supuestos hechos notorios comunicacionales (supuestas grabaciones de audio ilegalmente obtenidas, sin aludir a proceso judicial alguno en el que se hubieran aprobado), decidió dejar al estado Amazonas sin diputado en la Asamblea Nacional y, esto, con el burdo propósito de hacer que la oposición pasara a tener ciento nueve (109) diputados, generando la pérdida de la mayoría calificada de dos tercios (110/167). La impugnación (hecha por quien hasta tan solo hacía unos días fuera ministra: Nicia Maldonado) fue recibida el 29 de diciembre de 2015, mientras que el amparo cautelar fue otorgado al día siguiente sin argumentos legales ni pruebas (meras alusiones a periódicos o páginas web no pueden dar sustento a una decisión con semejantes implicaciones). La sala electoral, entonces, incurrió: (*i*) antes de pronunciarse no decidió sobre la recusación

interpuesta contra los nuevos magistrados de dicha sala, cuyo nombramiento fue hecho de forma inconstitucional e ilegal; (ii) dio valor probatorio a supuestas grabaciones no autorizadas por un órgano jurisdiccional, lo cual es una grave violación del ordenamiento jurídico y (iii) publicó el texto del fallo un día antes de la instalación de la nueva Asamblea Nacional, el 4 de enero de 2016, aun cuando la fecha del fallo en referencia era el 30 de diciembre de 2015¹¹.

5. La instalación de la Asamblea Nacional, el 5 de enero de 2016, la juramentación de los diputados por el estado Amazonas y el nuevo fallo de la sala electoral sobre el *desacato* de la junta directiva

En la sesión de instalación de la Asamblea Nacional no fueron juramentados los diputados por el estado Amazonas, previendo que el partido de gobierno (y el Tribunal Supremo de Justicia a su servicio) consideraran írrita la constitución del nuevo parlamento. No obstante, en la sesión siguiente, celebrada el 6 de enero de 2016, se les tomó juramento a los tres diputados (dos por el estado Amazonas y un representante indígena por la región sur) impugnados, lo cual motivó al oficialismo a acudir nuevamente, al día siguiente, a la sala electoral para denunciar el supuesto desacato en el que habría incurrido la junta directiva de la Asamblea Nacional al desconocer el mandato de la sentencia N° 260 de 30 de diciembre de 2015.

¿Qué hizo la sala electoral? El 11 de enero de 2016, en su sentencia N° 1¹², de nuevo mediante un pronunciamiento inmotivado resolvió lo siguiente:

1.- ADMITE la intervención de los ciudadanos identificados en la motiva del presente fallo como terceros en la causa contentiva del recurso contencioso electoral interpuesto conjuntamente con solicitud de amparo cautelar.

2.-RATIFICA el contenido de la decisión número 260 del 30 de diciembre de 2015, a los fines de su inmediato cumplimiento.

11 La ONG Acceso a la Justicia hace un buen recuento de las violaciones cometidas por la Sala Electoral: <http://www.accesoalajusticia.org/noticias/detalle.php?notid=13504#VpcmvFKzlYc>

12 <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/selec/enero/184253-1-11116-2016-X-2016-000001.HTML>

3.-PROCEDENTE EL DESACATO [sic] de la sentencia número 260 dictada por la Sala Electoral el 30 de diciembre de 2015, por los miembros de la Junta Directiva de la Asamblea Nacional, Diputados [sic] Henry Ramos Allup, Enrique Márquez y José Simón Calzadilla y por los ciudadanos Julio Haron Ygarza, Nirma Guarulla y Romel Guzamana, titulares de los números de cédula de identidad V-12.173.417, V-1.569.032 y V-13.325.572, respectivamente,

4.-ORDENA a la Junta Directiva de la Asamblea Nacional dejar sin efecto la referida juramentación y en consecuencia proceda con **LA DESINCORPORACIÓN** inmediata de los ciudadanos Nirma Guarulla, Julio Haron Ygarza y Romel Guzamana, lo cual deberá verificarse y dejar constancia de ello en Sesión Ordinaria de dicho órgano legislativo.nacional [sic].

5.- NULOS ABSOLUTAMENTE los actos de la Asamblea Nacional que se hayan dictado o se dictaren, mientras se mantenga la incorporación de los ciudadanos sujetos de la decisión N° 260 del 30 de diciembre de 2015 y del presente fallo.

Esta lamentable decisión que compromete seriamente –aún más– la imparcialidad, independencia, transparencia e institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia, viola la Constitución, pues solo la Asamblea Nacional puede calificar a sus propios miembros (más si el Consejo Nacional Electoral otorgó la credencial de diputados a quienes hoy objeta el partido oficialista). A ello se suman relevantes vicios como, por ejemplo, que la propia sala electoral reconozca que jamás notificó la sentencia N° 260 a sus afectados, pero que dicha notificación no era necesaria, ya que era un *hecho notorio comunicacional* que la sala electoral había proferido tal fallo.

Aparte de ello, puede declararse mal *procedente el desacato*, puesto que este nunca procede en derecho. Tal declaratoria es tan absurda, contradictoria y paradójica que si sus destinatarios decidieran acatarla incurrirían en una insolencia. En cambio si decidiesen desacatar el fallo, lo cumplirían. Un galimatías absoluto que hace inejecutable la decisión de la sala electoral.

Por si fuera poco, la sala electoral no tiene competencia alguna para controlar los actos del Poder Legislativo, menos para declarar nulos por anticipado los actos de aquel por un supuesto vicio de constitución que no

afecta el quórum de funcionamiento ni de decisión, salvo en las materias propias de la mayoría calificada de dos terceras partes.

Por tanto, para demostrar más el fraude constitucional que se nos presenta e involucra al Poder Ejecutivo, a los diputados oficialistas electos y al Tribunal Supremo de Justicia (subordinado completamente al partido de gobierno), los voceros de dicho partido señalaron que la Asamblea Nacional, por su supuesto *desacato*, no podía funcionar y que, en consecuencia, debía la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia asumir las funciones propias del Parlamento¹³.

Finalmente en la sesión del día 13 de enero de 2015, la Asamblea Nacional decidió acatar el fallo y desincorporar a los diputados cuestionados por el oficialismo, lo cual bastará ver qué consecuencias traerá aparejadas: ¿se reconocerá la mayoría calificada que la oposición obtuvo, en votos y en escaños? ¿qué ocurrirá con las otras impugnaciones pendientes de decisión? ¿se realizarán nuevas elecciones? ¿cuándo se realizarán?

6. La sentencia de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 9 de 1° de marzo de 2016 (Exp. N° 16-0153), relativa a las facultades de control de la Asamblea Nacional sobre el Gobierno y la administración pública

La sentencia N° 9 dictada por la sala constitucional el 01/03/2016 (Exp. 06-1653) es una afrenta para la democracia y el Estado de derecho en Venezuela, muestra sin desparpajo que la Sala Constitucional se encuentra completamente subordinada a los intereses del régimen y al partido de Gobierno.

Con el fallo en referencia –de manera abierta, insistimos– se pretende convertir en letra muerta la Constitución, específicamente el principio de separación de poderes (artículo 136, in fine), así como las competencias de la Asamblea Nacional en materia de control político sobre el gobierno y la administración pública (artículos 187.3, 222, 223 y 224). De igual manera, en dicho fallo se desaplican las disposiciones de la ley sobre el

13 “Diosdado Cabello: La AN entró en omisión legislativa”, 2016, Disponible en: http://www.el-nacional.com/politica/Diosdado-Cabello-obligados-reconocer-AN_0_773322807.html

régimen de Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los Particulares ante la Asamblea Nacional y sus Comisiones (Gaceta Oficial N° 37.252 de 2.8.2001), también acerca del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional (Gaceta Oficial N° 6.014 Extraordinario de 23.12.2010), en lo atinente a los mecanismos, procedimientos y sanciones relacionados con dicha función de control político, ejercida por la Asamblea Nacional.

Las contradicciones son patentes y las transgresiones al marco legal, grotescas. La sala constitucional incurre en todo tipo de objeciones con sus propios precedentes sobre la materia (acaecidos cuando el partido de Gobierno era mayoría en el parlamento), pues: (i) ahora niega que la Asamblea Nacional pueda ejercer control político sobre las ramas judicial, ciudadana o electoral sobre el Poder Público estatal o municipal cuando antes (sentencia N° 164 de 17.2.2004, caso: *Eduardo Manuitt*¹⁴) venía indicando que dicho control era aplicable a todos los funcionarios públicos¹⁵ y, asimismo, (ii) refuta que la Asamblea Nacional tenga facultad alguna para revisar o revocar el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia en el caso de que se hubiese vulnerado el procedimiento parlamentario o cuando la persona designada no hubiese cumplido con los requisitos, ya que antes (sentencia N° 1205 de 22.6.2004, caso: *Franklin Arrieche Gutiérrez*¹⁶) venía disponiendo justamente lo contrario.

Ahora bien, las transgresiones al orden jurídico venezolano en las que incurre la sala constitucional son evidentes: (i) al establecer límites a la facultad parlamentaria de control, al excluir al sector militar así como al haber creado *ex nihilo*: una facultad de *centralización y coordinación* en cabeza del vicepresidente ejecutivo y al disponer que las respuestas de los funcionarios deben darse, *de ser posible, por escrito y con la debida com-*

14 <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/164-170204-03-0125%20.HTM>

15 “[C]onforme a lo decidido por este órgano jurisdiccional en sentencia n° 1338 del 25 de junio de 2002 (caso: *Luis Cova Arria*), la Asamblea Nacional es competente para declarar la responsabilidad del Gobernador del Estado Guárico, ciudadano Eduardo Manuitt Carpio, funcionario al que, de conformidad con los artículos 222 y 223 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, le era aplicable dicho procedimiento por ser un órgano del Gobierno o de la Administración Pública, incluido dentro de la previsión constitucional que extiende el universo investigable a todos los funcionarios o funcionarias públicos” (negritas añadidas).

16 <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/1205-220604-02-3053.HTM>

*preensión de la cardinal reserva de informaciones; (ii) al desaplicar disposiciones de la ley sobre el régimen de Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los Particulares ante la Asamblea Nacional y sus Comisiones, así como del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, ordenando la apertura y anulando los expedientes de dichas disposiciones; (iii) al declarar nulas e inexistentes todas las actuaciones de la comisión especial que investiga el nombramiento irregular de magistrados –sin procedimiento y sin cumplir los perfiles para tales cargos–, establecido por la saliente Asamblea Nacional el pasado 13 de diciembre de 2015 y, finalmente, (iv) al fijar desde ya –contra el marco constitucional sobre la formación de leyes– que el único órgano con iniciativa legislativa para reformar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ¡es el propio Tribunal Supremo de Justicia! En este sentido, podemos emplear la expresión latina *Ipsa est*: advertencia a la Asamblea Nacional en el sentido de que la sala constitucional declarará nula cualquier reforma a dicha Ley Orgánica.*

En conclusión, la sentencia no solo es inconstitucional, sino que abona en la deslegitimación final del régimen imperante y sus *instituciones*. Ante un acto tan evidente y grotesco se determina que el único órgano constitucional legítimo en Venezuela es la Asamblea Nacional no solo porque expresa la correlación de fuerzas políticas (lo que significa que representa al país), sino porque en su desempeño se desenvuelve como una verdadera institución, es decir, de forma regular y basada en reglas y principios. Ya quedó suficientemente expuesto que el Tribunal Supremo de Justicia solo basa su actuación en lo que convenga a dicho régimen y su partido político.

7. Posibles escenarios a futuro

La actitud del partido de Gobierno y sus tentáculos en los demás poderes públicos (especial, pero no exclusivamente en el Tribunal Supremo de Justicia) parece terminante: sabotear a como dé lugar (*como sea*) el funcionamiento de la Asamblea Nacional y no reconocer el evidente mandato de cambio recogido en los comicios parlamentarios del 6 de diciembre de

2015. El Gobierno parece decidido, incluso, a no reconocer la mayoría calificada a la oposición¹⁷.

Por otra parte, del lado de la oposición, si bien, se buscó *destrancar* el juego político al desincorporar a los diputados impugnados por el oficialismo, ello podría traer consigo que las impugnaciones pendientes tengan similar efecto y, por vía de consecuencia, la oposición pierda en tribunales lo que ganó legítimamente en las urnas electorales.

La oposición ha ofrecido, aparte de un programa legislativo y de control político sobre el gobierno y la administración pública, revisar el nombramiento de los magistrados efectuado en diciembre de 2015, así como impulsar mecanismos constitucionales pacíficos y electorales para que haya un cambio de gobierno en los próximos seis meses, luego de instalada la Asamblea Nacional. Muy difícilmente podrá cumplir su oferta si los demás poderes (y muy preponderantemente el Tribunal Supremo de Justicia) son empleados por el oficialismo para obstruir cada acción que se proponga y si, además, desde el propio parlamento no se toman decisiones firmes ante tales obstrucciones.

La colisión entre poderes públicos ilegítimos en su constitución y funcionamiento (Ejecutivo, Judicial, Electoral y Ciudadano) con la Asamblea Nacional, recién legitimada por un masivo, contundente y mayoritario respaldo de la ciudadanía, puede conducir a escenarios de ingobernabilidad y violencia dada la frustración de la población por el irrespeto a la soberanía popular, lo cual se suma al escenario de crisis humanitaria que ya Venezuela prácticamente padece por la puesta en práctica durante diecisiete años de un modelo económico colectivista de corte socialista, contrario a la propiedad privada y a la libertad económica¹⁸.

En definitiva y de manera lamentable, los escenarios para 2016 en nada son halagüeños y los venezolanos tendremos que luchar en todos los panoramas posibles para recuperar no solo la libertad de escoger a los gobernantes

17 En apenas dos semanas de funcionamiento de la nueva Asamblea Nacional, ya han sido evidentes las muestras de filibusterismo (retraso, retiro de la cámara, intimidación y muestras de violencia física, empleo fuera de orden de los derechos de palabras) por parte de la bancada oficialista.

18 <http://www.crisisgroup.org/-/media/Files/latin-america/venezuela/b033-venezuela-unnatural-disaster-spanish.pdf>

tes que queramos mediante elecciones auténticas¹⁹, sino por alcanzar todas las libertades en un contexto de abierto desconocimiento institucional a la Asamblea Nacional, así como al resultado electoral del 6 de diciembre de 2015.

19 Ver: CANOVA GONZÁLEZ, Antonio; RODRÍGUEZ ORTEGA, Rosa E.; ARIAS CASTILLO, Tomás A. *¿Elecciones auténticas en Venezuela? Un análisis sobre la imparcialidad, el registro y el sistema automatizado*. Caracas: Galipán, 2015, 155 p.

¿Qué hacer con los derechos sociales en épocas de crisis?

Víctor Bazán

1. El camino que proponemos

En la parte inicial del presente trabajo enfocaremos la, aparentemente, interminable discusión doctrinaria alimentada por ciertos prejuicios, así como las supuestas dificultades acerca de los fundamentos y la estructura de los derechos sociales. A continuación nos referiremos a la juridicidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC o solo derechos sociales).

En este momento —a partir de su condición de *fundamentalidad*, al menos, en el ámbito latinoamericano— se examinará el tópico de la potencialidad que los DESC receptan como precondiciones para el ejercicio de significativos derechos civiles y políticos (en lo sucesivo DCP).

Una vez expuestos los aspectos mencionados líneas antes, se aportarán unas notas sobre la obligación estatal de garantizar la progresividad de los derechos sociales, deber que es preciso articular sincrónicamente con la prohibición de retrogradarlos de forma injustificada. Asimismo, nos referiremos a la justiciabilidad del quebrantamiento de la progresividad exigida o de la prohibición del dictado infundado por medidas regresivas en el campo de las políticas públicas, añadiendo algunos sucintos comentarios sobre el control social y democrático de estas. Se planteará, también, la necesidad de que exista una férrea defensa de los contenidos esenciales de cada DESC en épocas críticas o tormentosas que pudiesen colocarlos en jaque.

De inmediato y a efectos ilustrativos, tomaremos un caso testigo en el escenario colombiano acerca del marco de sostenibilidad e incidente de impacto fiscal incorporados en fecha, relativamente, reciente a la Constitución política de ese país y su vinculación con la protección de los derechos sociales.

Será, entonces, hora de ofrecer ciertas consideraciones sobre la inescindible conexión de los DESC con la dignidad humana y el imprescindible resguardo de los contenidos mínimos de tales derechos. Recorrido el camino delineado, arribaremos al epílogo que contendrá un conjunto de reflexiones las cuales se acoplarán a otras ya contenidas en el cuerpo de la presente contribución.

2. Prejuicios y supuestas dificultades en derredor de los fundamentos y la estructura de los derechos sociales

2.1. Liminar

Es preciso reiterar que las pretendidas diferencias estructurales, las cuales carecen de sustento y asidero –según se ha postulado desde algunos sectores doctrinarios–, mediarían entre los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que exigirían visualizarlos como categorías de derechos necesariamente diversas. Sin embargo, desde nuestro punto de vista no existen diferencias categoriales ni cualitativas entre sí.

2.2. Preconceptos inconsistentes

Para recrear mediante formulaciones antinómicas algunas de las supuestas disimilitudes orgánicas (que negamos) y otros preconceptos en torno a los derechos sociales (todos aquellos con una pátina de anacronismo), mencionaremos los siguientes tres enunciados a simple modo de muestra¹, advirtiendo que en los primeros haremos referencia a los dere-

1 Por supuesto, hay muchos más prejuicios, objeciones y minimizaciones respecto de los derechos sociales. Por ejemplo, Rossetti identifica los siguientes *doce mitos* en torno a estos derechos, explicando por qué resultan incorrectos: *i)* No son derechos humanos (o no son *verdaderos* derechos humanos); *ii)* son menos importantes (respecto de los derechos civiles y políticos); *iii)* son *solamente* derechos de prestación; *iv)* son mucho más costosos que aquellos; *v)* no son universales; *vi)* son programáticos; *vii)* no pueden ser asegurados por la legislación; *viii)* no son exigibles; *ix)* comportan *mandatos* para políticas públicas y los jueces no pueden hacer política; *x)* en ellos la *conducta debida* no es claramente determinable; *xi)* son incompatibles con el libre mercado y *xii)* no deben ser constitucionalizados (Andrés Rossetti,

chos civiles y políticos, mientras que en los segundos describiremos los DESC: *i)* derechos perfectos vs. derechos imperfectos; *ii)* derechos que solo demandan del Estado una conducta de abstención vs. derechos que reclaman acciones positivas y *iii)* derechos que no requieren erogaciones del Estado vs. derechos prestacionales.

Como puede suponerse, las diferentes categorizaciones que se han empleado son muy numerosas y, por eso, nos hemos limitado a enunciar ilustrativamente algunas de ellas². Ninguna es consistente ni decisiva:

A) En cuanto a la primera, si la presunta imperfección o debilidad intrínseca se conecta con inconsistencias estructurales de los DESC que se tornan in-susceptibles de ser reclamados judicialmente, siempre existe al menos una faceta de exigibilidad judicial del derecho en cuestión para evitar que se diluya su núcleo elemental. No obstante, no es la única opción tuitiva en ser esencial de la vía procesal para procurar la tutela de los DESC.

Por último, ontológicamente los derechos sociales son tan relevantes como los civiles y políticos, reconducibles ambos, en última instancia, a la dignidad humana que es solo una.

B) Del mismo modo carece de fundamento predicar que, solamente, los DESC requerirían acciones positivas de parte del Estado, pues los civiles y políticos también las demandan ya que, de lo contrario, bastaría una mera inacción estatal (abstención) para que estos quedaran abastecidos. Pero dicha teoría está lejos de ser razonable y suficiente *–vis-à-vis–* debido a las crecientes exigencias del Estado constitucional y convencional, así

“Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales”, en Silvina Ribotta y Andrés Rossetti [eds.], *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Colección Debates del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, N° 13, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 112 y ss.).

2 Sólo por citar algún autor que trata ciertos elementos diferenciales, y bajo el título de “Taking Economic Rights Seriously” (capítulo 6), Wellman se refiere a determinadas dificultades interrelacionadas en la teoría de los derechos económicos, aludiendo a: la de escasez de recursos (“scarce resources”), la de especificación de su contenido (“specifying content”), la de identificación de los segundos obligados (“identifying second parties”) y la de localización del título que confiere el derecho (“locating the title”) [Carl Wellman, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997, pp. 105 y ss.].

como de los propios compromisos internacionalmente asumidos por los países.

C) Para estudiar el tercer aspecto, que está sumamente relacionado con el segundo, comenzaremos con un ejemplo asociado por antonomasia a los *derechos civiles*: la efectividad del *derecho a la vida*.

En sintonía con lo manifestado anteriormente, es conveniente destacar que Ansuátegui Roig ha puesto en evidencia la eficacia protectora de tal derecho, pues no solo exige la ausencia de agresiones sino que requiere “la puesta en marcha de dimensiones prestacionales que tiene[n] que ver con la articulación de un sistema de seguridad pública y con la articulación de cuerpos y fuerzas de seguridad”³. Es decir, por lo que toca a los *derechos sociales* no todos demandan prestaciones positivas. Piénsese, por ejemplo, en los casos de la libertad sindical o el derecho de huelga.

Así pues, los tipos de derechos civiles-políticos y los DESC no son respectivamente intercambiables por los de abstención y de prestación. La cuestión es mucho menos lineal y ciertamente más compleja. Por tanto, a esta altura de la indagación cabría preguntarnos: ¿existen verdaderamente derechos gratuitos o de costo cero para el Estado? La respuesta no puede ser sino negativa.

Es claro que los derechos civiles y políticos también demandan prestaciones. Imaginemos, por ejemplo y con respecto de los civiles, la necesidad de implementar (y mantener) una estructura policial para la seguridad ciudadana o un sistema de administración de justicia; o, ya acerca de los políticos, en la muy onerosa infraestructura electoral necesaria para canalizar el derecho al sufragio⁴.

Como han afirmado Sunstein y Holmes: “[e]l costo de los derechos no sólo plantea cuestiones de transparencia y responsabilidad democrática en el pro-

3 Francisco J. Ansuátegui Roig, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en Silvina Ribotta y Andrés Rossetti (eds.), cit., p. 56.

4 Al referirse a lo que denomina “derechos a prestaciones (en sentido amplio)”, Alexy identifica tres grupos: **i)** derechos a protección; **ii)** derechos a organización y procedimiento; y **iii)** derechos a prestaciones en sentido estricto (Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed., 2ª reimpr., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [CEPC], trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2001, pp. 430 y ss.).

Respecto de los “derechos a prestaciones en sentido estricto”, a los que llama derechos sociales fundamentales, los distingue entre “derechos a prestaciones explícitamente estatuidos” y “derechos a prestaciones adscriptos interpretativamente” (*ibid.*, pp. 482 y ss.).

ceso de asignación de recursos: también nos lleva inesperadamente al corazón de la teoría moral, a problemas de ética distributiva y de justicia distributiva”⁵. En síntesis, siguiendo a Hierro, *la protección de los derechos siempre es, en todo caso, costosa*⁶. El sostenimiento y el desiderátum de fortalecimiento cualitativo de la democracia y la institucionalidad del Estado constitucional, del mismo modo, lo son.

Además, en esta dinámica de costos y prestaciones participan –en mayor o menor medida y tenor de exigencia– todos los derechos con independencia de si son civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

A propósito de este cuadro relacional entre democracia y derechos humanos básicos –y para cerrar este breve apartado–, traeremos a colación a Comanducci quien explica que en la versión de democracia de Bobbio, esta no solo se percibe como método sino, también, como ideal igualitario. En cuanto a Ferrajoli y otros autores expresan que:

*la democracia más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es isonomía, es decir, igualdad en la distribución a todos de los derechos fundamentales (...): lo que no se puede decidir son violaciones a los derechos fundamentales; lo que se debe decidir es la implementación de los derechos fundamentales. La igualdad de todos en los derechos es (...) también un presupuesto de esta versión de la democracia.*⁷ [Cursivas en el original]

3. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos exigibles

3.1. Universalidad de los derechos e integralidad de su protección

Disculpándonos por evocar lo que nos resulta obvio, debe recalcarse que *los derechos económicos, sociales y culturales no son de segunda calidad en comparación con los civiles y políticos*. Por supuesto, tal como anticipábamos

5 Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI Editores, trad. de Stella Mastrangelo, Buenos Aires, 2011, p. 246.

6 Liborio L. Hierro, “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 30, 2007, Universidad de Alicante, Alicante, p. 252, nota 5.

7 Paolo Comanducci, “Democracia y derechos fundamentales”, en su obra *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, CEPC, Madrid, 2010, p. 40.

en el apartado anterior, no han faltado voces que califican a los primeros como derechos incompletos. A la luz del grado de evolución que hoy presenta el derecho internacional de los derechos humanos, una minusvaloración de ese talante resulta absolutamente injustificable.

La **proclamación de Teherán**, documento final de la **Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Teherán, 13 de mayo de 1968)**, en su párrafo 13 ya determinaba:

Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son *indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible*. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social. [Énfasis agrgado]

Por otra parte, la Resolución N° 32/130 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) el 16 de diciembre de 1977⁸ (luego de la entrada en vigor de los pactos de DCP y de DESC de 1966), relativa a los “Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, decidió que el enfoque con respecto de las cuestiones de derechos humanos debería tener en cuenta, entre otros conceptos, que “*todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes*” debiendo “*prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales*”, estableciendo como prioridad la promoción de “*la dignidad plena de la persona humana y el desarrollo y el bienestar de la sociedad*” [remarcados añadidos].

8 A/RES/32/130, 105ª sesión plenaria.

9 Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200-A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. El primero de ellos entró en vigor el 23 de marzo de 1976; mientras que el segundo adquirió vigencia el 3 de enero de 1976, de conformidad con su art. 27, **o sea**, transcurridos tres meses a partir de la fecha en que fue depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de la ONU.

La Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos¹⁰ (Viena, 25 de junio de 1993), que potenciara los caracteres de *universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación de los derechos humanos*, establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”¹¹. Simultáneamente, el párrafo 5 de dicha declaración y programa expresa:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. [Énfasis nuestro]

Teniendo en cuenta lo anterior, siguiendo el *carácter integral de los derechos*, es necesario asumir y garantizar el *carácter integral de su protección* con independencia de si se trata de derechos civiles y políticos o de los económicos, sociales y culturales. Dicho de otro modo, la repetida prédica acerca de la *indivisibilidad de los derechos humanos* se desustancializa si no se toma en serio la *indivisibilidad de sus medios de amparo y realización*.

Lejos de existir diferencias categoriales o de fondo entre los DCP y los DESC, ambos se vigorizan recíprocamente. Sobre el punto, por ejemplo, de la manifestación sobre el sexagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución A/RES/63/116, de 10 de diciembre de 2008, determina: “Nosotros, los Estados Miembros de las Naciones Unidas, (...) [r]eafirmamos nuestro compromiso con la realización plena de cada uno

10 A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

11 Parte II, párr. 98, de la Declaración y el Programa de Acción de Viena.

Además, vale mencionar lo que embrionariamente se planteara en la Resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950, aprobada por la Asamblea General de la ONU como aproximación a lo que hoy se conoce como indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. La citada Resolución se refería al por entonces “Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre.”

de los derechos humanos de todos, que son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y *se refuerzan mutuamente*” [subrayado adicionado].

3.2. La juridicidad y la justiciabilidad de los DESC

Corresponde tener en cuenta que la canalización jurisdiccional de los DESC es consecuencia de que estos sean derechos genuinos y, por tanto, cuenten con materialidad jurídica para que no sean visualizados como meras expectativas, esperanzas o promesas desprovistas de anclaje real.

Nos parece irrefutable que –de mínima– los derechos sociales *presentan alguna dimensión de justiciabilidad*, que debe ser resguardada para evitar que se diluya el contenido esencial del derecho en cuestión, punto este que se perfila como un peculiar reto para el Estado constitucional y convencional y un bien entendido activismo judicial, es decir, una labor dinámica de la magistratura jurisdiccional comprometida con los principios y valores constitucionales, la lucha por la cabal protección de los derechos humanos tanto de fuente interna como de cuño internacional, la preservación de la institucionalidad democrática y la realización de la justicia social.

En esa dirección se coloca la Observación General (O.G.) N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU –en adelante, también, Comité de DESC– referida a ‘La aplicación interna del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]’, de 3 de diciembre de 1998. En ella se ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe, por definición, fuera del contexto de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos *grupos* de derechos (refiriéndose a los DESC y a los DCP) son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”¹².

En orden a mensurar la relevancia de los criterios sentados por tal comité, hay que tener presente que este es el *órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, instru-

12 Nos referimos a lo sostenido en el párr. 10 *in fine* de tal O.G. (sobre *justiciabilidad*).

mento internacional que no instituyó *per se* un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados partes y que, ante las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del pacto por los Estados Partes, el ECOSOC procedió a crear el comité mediante la Resolución N° 1.985/17, de 28 de mayo de 1985.

Acerca del rol que ha jugado tal comité, que es un órgano subsidiario del ECOSOC, Craven advierte que el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación de aquel¹³, que se reunió por primera vez en 1987.

En torno a la protección de los DESC en el ámbito universal debe resaltarse que uno de sus puntos débiles ha radicado tradicionalmente en la imposibilidad de presentar *comunicaciones individuales* ante el comité de DESC. Sin embargo, se ha iniciado su solución (al menos desde su prefiguración normativa) con la adopción del Protocolo Facultativo al PIDESC, aprobado por unanimidad el 10 de diciembre de 2008 mediante Resolución A/RES/63/117 de la Asamblea General de la ONU.

Ese protocolo adquirió vigencia tres meses después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la ONU, en los términos del art. 18¹⁴. Ello ocurrió el 5 de mayo de 2013 con la ratificación correspondiente a Uruguay que lo plasmó el 3 de febrero del mismo año.

13 Matthew Craven, *The Internacional Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1998, p. 352.

14 Tal cláusula establece:

“1. El presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después del depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión, el Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que tal Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión”.

4. Los derechos sociales como pre-requisitos para el disfrute de numerosos derechos civiles y políticos

4.1. La *pre-condicionalidad* de ciertos derechos sociales

La importancia y la fundamentalidad de los derechos sociales deberían estar fuera de discusión, al menos en Latinoamérica. Pensemos, por ejemplo, en elementos esenciales como la alimentación, la salud, la vivienda digna y la educación, sin los cuales los derechos civiles y políticos serían poco más que simples palabras o solo *derechos de papel*, tema que desarrollaremos en el siguiente punto. Sin embargo nos es preciso recalcar un fragmento, como *mutatis mutandis*, de lo planteado por Ferrajoli:

los derechos de libertad (...) son efectivos en la medida en que son sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, más obviamente aún, del derecho a la educación y a la información. *Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información.*¹⁵ [Remarcado agregado]

Desde otra perspectiva (aunque con convergencias respecto de lo dicho en el párrafo anterior), Nino explica que todos los llamados *derechos sociales* “deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”¹⁶.

Por nuestra parte, coincidimos con Prieto Sanchís cuando se opone a la consistencia de la llamada *teoría de los dos mundos*, la cual ha pretendido describir el modelo de derechos fundamentales: de un lado se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde la mejor ley es la que no existe. Del otro, se hallaría el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se de-

15 Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, Universidad de Alicante, trad. de Alí Lozada, Alicante, 2006, p. 19.

16 Carlos S. Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 301.

sarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir¹⁷.

Por último, se debe agregar que no es precisamente esta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno, pues una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución –como marco de integración de una sociedad pluralista– debería propiciar una imagen más compleja y flexible dado que *la justicia y, sobre todo la justicia constitucional, no puede abdicar su competencia (naturalmente compartida con el legislador) de configuración sobre los derechos sociales*, cuyos límites son imposibles de trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social¹⁸.

4.2. Los derechos económicos, sociales y culturales no son, ni pueden ser, *derechos de papel*

Con respecto a los *derechos de papel* y más allá de las referencias de la postura de Ferrajoli¹⁹ efectuadas, mencionaremos a continuación otras muestras autorales meramente ejemplificativas de las que en ciertos aspectos discrepamos; pero que traemos a colación con la finalidad de que el presente tópico sea lo más abarcativo posible.

En ese sentido, Wellman distingue *entre derechos reales y derechos de papel (real rights & paper rights)*. El autor sostiene que “la distinción entre derechos reales, derechos que son realmente reconocidos y garantizados por las instituciones jurídicas de una sociedad, y simplemente ‘*derechos de papel*’, derechos proclamados en instrumentos jurídicos pero ignorados en el funcionamiento del sistema legal”²⁰ [traducción realizada por nosotros].

17 Luis Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parcerero y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, D.F., 2001, pp. 66-67.

18 *Ibid.*, p. 67.

19 Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *op. cit.* en nota 15, pp. 15-31.

20 Carl Wellman, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, cit., por ejemplo, en p. 42, correspondiente al capítulo 1: “Seeking a Theory of Rights”, específicamente en el punto 14: “A realistic description of rights”.

A su tiempo, Guastini se refiere a *verdaderos* derechos y derechos *sobre el papel*. Los primeros son aquellos que satisfacen tres condiciones: *i)* son susceptibles de tutela jurisdiccional; *ii)* pueden ser ejercitados o reivindicados ante un sujeto determinado y *iii)* su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular. Los derechos sobre el papel, o derechos ficticios, son los que no satisfacen alguna de esas condiciones. Este autor mantiene que *los derechos sociales (como los morales) son sobre el papel porque las disposiciones constitucionales que los confieren expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador*, aunque este –si bien tiene la obligación de promover unos fines determinados– no tiene ningún deber preciso con lo que respecta a los medios (uno que sea determinado, entre los muchos que podrían ser utilizados para obtener dichos fines). Es como expresar que los derechos sociales poseen un contenido altamente indeterminado. Añade que, aunque estos derechos tuviesen un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales por la razón obvia de que *el legislador no puede estar obligado a dictar leyes, es decir, que la omisión por parte del mismo carece de cualquier clase de sanción*²¹.

Nos distanciamos de estas y otras lecturas doctrinarias que ven a los DESC como derechos de papel o sobre el papel sin ninguna posibilidad de ser justiciables. Aunque, desde luego, entendemos las diferencias que en la materia median entre algunos marcos constitucionales europeos y los espacios normativos y jurisprudenciales latinoamericanos.

Regresando al planteamiento de Guastini sobre la imposibilidad de superar una omisión inconstitucional legislativa en la materia y teniendo en cuenta las disonancias jurídicas contextuales, consideramos que –al menos en el arco latinoamericano– el órgano de justicia constitucional compe-

Allí dice: "..., I accepted the distinction between real rights, rights that are actually recognised and secured by the legal institutions of a society, and merely '*paper rights*', rights proclaimed in legal documents that are ignored in the operations of the legal system" –énfasis añadido–.

21 Riccardo Guastini, "Derechos: una contribución analítica", trad. de Andrea Greppi, en *Estudios de teoría constitucional*, 1ª ed., 1ª reimpres., Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, D.F., 2003, pp. 220-221 y 223-224.

tente *sí tiene a su alcance ciertas herramientas para salvar las pretericiones inconstitucionales e incluso inconvencionales*²².

Por tanto, la Constitución puede recibir agresiones activas u *omisivas*. En otras palabras, es susceptible de ser vulnerada por acción o *por omisión* con lo cual quedan bloqueadas su supremacía y su fuerza normativa, que son sus fundamentos esenciales de control. Precisamente, un modelo de control constitucional que solo pudiese fiscalizar algunos *productos normativos* (leyes, decretos, ordenanzas, entre otros.) sería fragmentario e insuficiente.

Además, el deber que pesa sobre la justicia constitucional acerca de la materialización del *efecto útil* de los tratados internacionales (sobre todo en materia de derechos humanos) no deben contrariar: su *objeto y fin*; la *especial naturaleza* que este tipo de instrumentos internacionales ostenta; el obligatorio cumplimiento de principios iusinternacionales sustanciales –*pacta sunt servanda, bona fide*– e improcedencia de alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de los pactos internacionales (arts. 26, 31.1, 27 y ccdd. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²³); la concreta posibilidad de que un Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por acción u *omisión*, fundamentalmente, en el plano de América Latina, la obligación de los jueces y demás autoridades consiste en realizar el *control de convencionalidad*²⁴, ya sea por mandato jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que da cuerpo a un conglomerado de reglas, principios y valores de tal magnitud que, según nuestro juicio, habilita a los correspondientes órganos competentes de la justicia a ejercer control no solo sobre las normas y prácticas contrarias a la Convención Americana

22 Ver al respecto, Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, diciembre de 2014, *passim*.

23 U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, suscripta el 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

24 Sobre el tema del control de convencionalidad ver, entre otros trabajos de Víctor Bazán, “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 19, 2015, CEPC, Madrid, pp. 25-70.

sobre Derechos Humanos (CADH), sino en torno a *omisiones o inercias*²⁵ que impidan la efectivización de dicho tratado internacional y, por extensión, del (de los) derecho(s) involucrado(s) en la cuestión.

Procurando no ser reiterativos no sería conveniente extendernos sobre la *universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de (todos) los derechos humanos*, así como tampoco es preciso consentir que solo los civiles y políticos sean exigibles y justiciables. Si los derechos humanos son *integrales y universales*, su protección también debe ser *holística*, independientemente de que se trate de DCP o de DESC.

5. Acerca de la obligación estatal de progresividad y la prohibición de regresividad injustificada

5.1. Anotaciones generales

Un tanto útil para enlazarlo argumentalmente con el asunto que anuncia el título de este apartado, vale insistir en que los caracteres esenciales de los derechos humanos llevan a dudar de la sustentabilidad jurídica de su división en *generaciones*.

No debería soslayarse que, bajo el pretexto de una escisión generacional de los derechos humanos, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el espacio de los DESC, escudándose en la mentada *progresividad* de los mismos y la falta de disponibilidad de medios tangibles para operativizarlos. Sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos –DCP– no legitima la denegación de otros –DESC– (ver, v. gr., la declaración sobre el derecho al desarrollo, adoptada por la Asamblea General de la ONU en la Resolución 41/128, de 4 de di-

25 El Tribunal Interamericano ha sentado el criterio relativo a que “todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u *omisión* de cualquier poder u órgano de éstos, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional” –cursivas añadidas– (Corte IDH, entre muchos otros pronunciamientos: “Caso Baldeón García vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de abril de 2006, Serie C, N° 147, párr. 81; “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2006, Serie C, N° 140, párrs. 111 y 112; “Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de septiembre de 2005, Serie C, N° 134, párrs. 108 y 110; y “Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004, Serie C, N° 110, párr. 71).

ciembre de 1986²⁶), *pues la pauta de indivisibilidad justamente proscribiera de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de los derechos humanos, sea a expensas de otro u otros*. Por ello, en el preámbulo de tal declaración se expone:

considerando que *todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y que, a fin de fomentar el desarrollo, debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales* y que, en consecuencia, la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales. [Remarcado nuestro]

Teniendo estos y otros insumos como matriz de despegue y pensando en la democracia como un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los derechos económicos, sociales y culturales hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos, debe superarse la idea (aún reinante en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) de que el *progreso es solo simbólico*, debiendo darse paso a una *progresividad efectiva y real*.

Semejante premisa debe conjugarse con la obligación de *no regresividad injustificada* por los estados en este campo, que desde el punto de vista conceptual –como se ha precisado– constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y, eventualmente, la Constitución imponen sobre los poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar regulaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población²⁷.

26 De hecho, un tramo de su preámbulo expresa que: “...*todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes* y que, a fin de fomentar el desarrollo, *debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales*, y que, en consecuencia, *la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales*” –remarcados agregados–.

27 Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en la obra compilada por el mismo autor, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17.

Vale recordar, por ejemplo, que en la O.G. N° 3 ('La índole de las obligaciones de los Estados partes [párr. 1, art. 2, PIDESC]'), del 14 de diciembre de 1990, el comité de DESC puntualizó que: las *medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente* por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno de los recursos que el Estado disponga (parte *in fine* del ap. 9). Conviene acotar, pues, que tanto el deber de progresividad como la proscripción de retroceso están basados en idéntica matriz normativa: el art. 2.1 del PIDESC y el art. 26 de la CADH.

De todas maneras, Courtis sostiene –creemos que atinadamente– que además de referirse a los DESC, la *prohibición de regresividad* también constituye, en principio, una obligación general de la CADH y es aplicable a todos los derechos consagrados en esta, sustentando su aserto en los arts. 2 y 29, *ibid.*²⁸

La primera de tales normas determina que los Estados que no hayan garantizado legislativamente o a través de medidas de otro carácter el ejercicio de los derechos establecidos en la CADH tienen el deber de hacerlo. Esto implica, a su vez, la *prohibición de medidas que deroguen o eliminen la legislación u otras disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en dicho pacto*. Para el autor citado, ello significa la *consagración de la prohibición de regresividad normativa*, al menos, en la medida en que esa regresión afecte las normas y disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos de la CADH²⁹.

Asimismo, con relación a las cláusulas interpretativas del art. 29 que recogen en gran medida el principio *pro homine*, el doctrinario aludido asevera que de ellas puede decirse, genéricamente, que *prohíben un empleo regresivo de la CADH*. Puntualizando, también –entre otras consideraciones–, que esta convención no puede ser excusa para *empeorar las condiciones de goce de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico interno o por otros tratados internacionales de los que el país en cuestión sea parte*³⁰.

28 *Ibid.*, pp. 13-14.

29 *Ibid.*, p. 15.

30 Ídem.

5.2. Progresividad y reserva de lo financieramente posible

En el plano de las *omisiones legislativas* y ante el argumento que de modo doctrinario se ofrece sobre los derechos sociales, los cuales dependen de la *reserva de lo financieramente posible*, por lo que cualquier intento de control jurisdiccional en ese ámbito (acerca de aquellas pretericiones) comportaría una inadmisibile intromisión en las competencias presupuestarias del legislador y un *vano intento de gestionar lo imposible*³¹, Pisarello y De Cabo. A nuestro juicio, sin embargo, estas teorías discrepan de semejante visión.

Al respecto y en sintonía con el criterio que se ha venido exponiendo, se plantea que ni la distinción entre derechos civiles, políticos y sociales es tan tajante como parece ni la *reserva de lo financieramente posible* puede tomarse como una realidad dada de antemano y como un argumento definitivo para la completa desvinculación jurídica del legislador. Pues, cuando una *omisión legislativa absoluta vulnera el contenido esencial de los derechos sociales constitucionales*, el derecho de libre configuración de las políticas públicas cede ante el deber de probar que se están usando todos los medios disponibles y hasta el máximo de los recursos existentes para satisfacer los derechos en cuestión³² (ver art. 2 del PIDESC). Se puntualiza, por fin, que en una situación de explícita vulneración los *límites financieros* no tienen por qué presumirse y la jurisdicción puede obligar al legislador a justificar su incumplimiento y, sin imponerle un único medio de reparación, exigirle que ponga en marcha *alguno* de los que se encuentran a su alcance³³.

Los puntos abordados conectan, como anticipábamos, con la aludida tesis de *El contenido esencial de los derechos fundamentales (Wesensgehalt, según la terminología alemana)* y con el principio de razonabilidad, cuya

31 Gerardo Pisarello y Antonio De Cabo, “¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos”, en Raúl Morodo y Pedro De Vega (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tº III, UNAM y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 1823.

32 *Ídem*.

33 *Ibid.*, p. 1824.

forma de ser percibido ha variado, pasando –en palabras de Zagrebelsky– de *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho*³⁴.

Precisamente, con el telón de fondo descripto se manifiesta que los jueces ordinarios y/o constitucionales –en el contexto interno– deberán asumir un rol *equilibradamente activista* para no invadir de modo imprudente esferas de atribuciones propias de otros poderes del Estado, pero no se debe consentir que aquella progresividad sea leída por las autoridades gubernamentales –mediante un prisma de inacción deferente– como *latencia o inocuidad ‘sine die’ de las normas consagradorias de los DESC*.

En relación con tal asunto, es evidente que el principio de progresividad y la *reserva de lo financieramente posible, en modo alguno, pueden afectar la juridicidad ni la justiciabilidad de los DESC*, que son auténticos derechos. En otras palabras, aquellas pautas no podrían (válidamente) dejarlos sin sustento materialmente jurídico ni despojarlos de su viabilidad jurisdiccional.

5.3. Justiciabilidad del incumplimiento de la progresividad exigida y/o de la inobservancia de la proscripción del dictado injustificado de medidas retrocesivas en materia de políticas públicas

Conviene recordar inicialmente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”³⁵. Asimismo, en la importante sentencia recaída en el “caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, la corte IDH ha concluido que *la regresividad resulta justiciable*³⁶ cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

34 Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, p. 147.

35 Comisión IDH, Informe de Admisibilidad y Fondo N° 38/09, Caso 12.670, “Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú”, 27 de marzo de 2009, párrs. 140 a 147.

36 Corte IDH, “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2009, Serie C, N° 198, párr. 103.

Acerca de este tópico, tal como anticipáramos y tanto si no se cumpliera la aludida progresividad sustentable como si se incurriera en el dictado de regulaciones involutivas en el campo de los DESC, pesaría sobre el Estado *la carga de la prueba* para demostrar, respectivamente, la idoneidad dinamizadora y evolutiva de sus políticas públicas o la razonable justificación de las medidas de corte retrocesivo que hubiese adoptado.

De manera coincidente, el comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha sostenido que *son los Estados quienes principalmente tienen que probar que las medidas de austeridad propuestas están en consonancia con sus obligaciones de derechos humanos*. Para llegar a tal conclusión se enfoca en³⁷:

- El *Consejo de Derechos Humanos de la ONU*, órgano que en su período extraordinario de sesiones de 2009 afirmó que “*las crisis económicas y financieras mundiales no disminuyen la responsabilidad de las autoridades nacionales y de la comunidad internacional en la realización de los derechos humanos*”³⁸.
- También en 2009 el *Comité Europeo de Derechos Sociales* (CEDS) declaró que “*la crisis económica no debe tener como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta*” [Social Europea]. Por lo tanto, “*los gobiernos están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos de la Carta estén garantizados de manera efectiva en aquellos períodos en que los beneficiarios necesitan mayor protección*”³⁹.
- Finalmente, el citado *Consejo de Derechos Humanos de la ONU*, ya en 2012, acogió con beneplácito una nueva serie de principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos, que estipula que *los gobiernos tienen la obligación de garantizar la primacía de los*

37 Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, “La protección de los derechos humanos en tiempos de crisis económica”, CommDH/IssuePaper(2013)2, p. 22; Fuente: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2430934&SecMode=1&DocId=2088902&Usage=2>.

38 Resolución del Consejo de Derechos Humanos S-10/1, “The impact of the global economic and financial crises on the universal realization and effective enjoyment of human rights”, párr. 5 (idem nota anterior).

39 CEDS, Conclusions 2009, Vol. I, párr. 17 (*loc. cit.* en nota 37).

*derechos humanos cuando toman decisiones sobre obtención y concesión de préstamos*⁴⁰ [en todos los casos los remarcados han sido añadidos].

En este sentido se han distinguido dos nociones posibles de regresividad o bien dos campos de aplicación posible de la noción general de aquella⁴¹, que son:

- i) *Regresividad de resultados*: cuando la noción de regresividad se aplica a los resultados de una política pública. En decir, la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere indicadores o referencias empíricas.
- ii) *Regresividad normativa*: cuando la noción de regresividad se aplica a normas jurídicas es porque se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma. Sus indicadores no son empíricos sino normativos. Para determinar si una norma es regresiva es necesario compararla con la que se está modificando o sustituyendo, así como evaluar si la posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior.

Adicionalmente, vale traer a colación el aporte de Jimena Quesada, quien expresa que la implementación de políticas públicas debe ir de la mano de la efectividad jurídica de los derechos correspondientes, evitando la impresión ciudadana la cual determina que debemos resignarnos a asumir el despilfarro económico, la irresponsabilidad e inexigibilidad jurídica⁴².

5.4. Control social y democrático

Íntimamente relacionado con lo anterior, se observa que una genuina *rendición de cuentas* por parte de las autoridades públicas cumpliría un

40 Informe del experto independiente de la ONU, Cephas Lumina, sobre la deuda externa, 10 de abril de 2011, A/HRC/20/23 (*loc. cit.* en nota 37).

41 Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, *op. cit.*, pp. 3-4.

42 Luis Jimena Quesada, “La inclusión y la cohesión sociales: una visión en clave de efectividad de derechos humanos”, *Los derechos sociales en tiempos de crisis*, II Jornadas del Ararteko sobre Políticas Públicas, Ararteko, Vitoria - Gasteiz, 2012, p. 149; disponible en http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_2879_3.pdf.

rol muy importante para que la sociedad civil estuviese en condiciones de controlar democráticamente el curso de la gestión pública y la razonabilidad del esquema de prioridades que el Estado maneja en materia de políticas para la protección y la realización de los DESC. Como ha asegurado la Corte IDH:

el actuar del Estado debe encontrarse regido por los *principios de publicidad y transparencia en la gestión pública*, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el *control democrático de las gestiones estatales*, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El *acceso a la información bajo el control del Estado puede permitir la participación en la gestión pública a través del control social*, que se puede ejercer con dicho acceso⁴³. El Tribunal ha añadido que (...) [e]l *control democrático fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública...*⁴⁴ [En ambos casos el énfasis ha sido agregado]

Entendemos que *Estado constitucional y convencional* –por una parte– y *responsabilidad* –por la otra– son conceptos correlativos, lo que supone procurar una racionalización del poder que evite abusos y excesos, a la vez, obliga a que las autoridades públicas respondan por sus actos y omisiones en cumplimiento del compromiso ético, institucional y jurídico que asumen al ser electos. Justamente un axioma del Estado de derecho es el sometimiento de todo el poder al derecho surgido de la Constitución y legitimado democráticamente⁴⁵.

En otras palabras, es sustancial la existencia de mecanismos de control vertical y horizontal reconducibles –ejercicio de simplificación mediante– a una suerte de *accountability*, término semánticamente próximo (aunque no totalmente intercambiable) a la expresión *rendición de cuentas*. No aludimos, entonces, a meras fiscalizaciones formales que solo sirvan para adornar y aumentar la ya sobrepoblada estructura burocrática, sino a controles que funcionen en la realidad, que sean serios e independientes de los

43 Corte IDH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151, párr. 86.

44 *Ibid.*, párr. 87.

45 Ver la obra de Víctor Bazán, *Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales*, Colección Cuadernos democráticos, N° 1, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Nacional Ecuador, Quito, 2009, p. 38.

órganos controlados. Entramado en el que cada día se hace más evidente que el aporte suplementario que pueda brindar *el control social o ciudadano* de los asuntos públicos resulta provechoso para estimular la transparencia y aportar al fortalecimiento de la credibilidad de las instituciones públicas⁴⁶ en un ámbito tan sensible como el de los DESC, intrínsecamente consustanciado con la dignidad de la persona.

Por lo tanto, entes defensoras del pueblo (o la denominación que se le asigne al instituto en cada estado) y las ONG de derechos humanos pueden y deben jugar un papel relevante en la supervisión de las políticas públicas, indicando pautas de ajuste que hubiese adoptado el gobierno en cuestión durante tales épocas críticas, coadyuvando a evaluar sistemáticamente su repercusión real en el plano de los derechos esenciales de la población.

Además, si las aludidas instituciones contasen con suficiente legitimación procesal podrían –*inter alia*– plantear ante los tribunales las pertinentes demandas por violaciones a los derechos humanos provocadas por las medidas de austeridad o efectuar presentaciones en calidad de *amici curiae*, acercando argumentos de hecho y derecho a los magistrados encargados de revisar jurisdiccionalmente las políticas fiscales en orden a enriquecer cualitativamente el arsenal de elementos analíticos con que ellos cuentan a la hora de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como los estándares forjados por los órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales de supervisión de tales cuerpos normativos iusinternacionales⁴⁷.

46 Ídem.

47 Sobre el tema, y entre otros trabajos de Víctor Bazán, pueden revisarse: “*Amicus curiae*, justicia constitucional y derecho internacional de los derechos humanos”, *Federalismi.it, Rivista de Diritto Pubblico italiano, comunitario e comparato, Focus - América Latina*, N° 2, Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed europeo, Italia, 19 de diciembre de 2014, Fuente: http://federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=41&focus=sudamerica; o con algunas modificaciones, “*Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, enero-junio de 2014, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México D.F., 2014, pp. 31-57.

6. Los derechos económicos, sociales y culturales y los límites a sus restricciones en épocas de crisis

6.1. El comité de DESC, las medidas deliberadamente retrocesivas y la carga de la prueba

Con acierto se ha puntualizado que en momentos de crisis los estados no poseen un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en el área social, todo lo contrario, tienen “el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que les sea materialmente imposible”. Es decir, *la carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos esenciales de estos derechos*⁴⁸ [énfasis agregado].

De hecho, el comité de DESC ha insistido en este punto más allá de la nombrada O.G. N° 3. Así, ejemplificativamente, ha mantenido tal criterio en las OO.GG. N° 13 (1999), párr. 45⁴⁹; N° 14 (2000), párr. 32⁵⁰; N° 15 (2002), párr. 19⁵¹; N° 17 (2005), párr. 27⁵²; N° 18 (2005), párr. 21⁵³; N° 19 (2007), párr. 42⁵⁴; y N° 21 (2009), párr. 46⁵⁵. Por consiguiente, si tomáramos como muestra el párr. 42 de la O.G. N° 19 en el cual se ha afirmado que:

48 Jaume Saura Estapà, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, *El tiempo de los derechos*, N° 2, 2011, Huri-Age, Consolider-Ingenio 2010, p. 14; Fuente: http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf.

49 Comité de DESC, O.G. N° 13, ‘El derecho a la educación (art. 13, PIDESC)’, 21° período de sesiones (1999), E/C.12/1999/10.

50 Comité de DESC, O.G. N° 14, ‘El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12, PIDESC)’, 22° período de sesiones (2000), E/C.12/2000/4.

51 Comité de DESC, O.G. N° 15, ‘El derecho al agua (arts. 11 y 12, PIDESC)’, 29° período de sesiones (2002), E/C.12/2002/11.

52 Comité de DESC, O.G. N° 17, “Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) [ap. ‘c’, párr. 1, art. 15, PIDESC]”, 35° período de sesiones (2005), E/C.12/GC/17.

53 Comité de DESC, O.G. N° 18, ‘Derecho al trabajo (art. 6, PIDESC)’, 35° período de sesiones (2005), E/C.12/GC/18.

54 Comité de DESC, O.G. N° 19, ‘El derecho a la seguridad social (art. 9, PIDESC)’, 39° período de sesiones (2007), E/C.12/GC/19.

55 Comité de DESC, O.G. N° 21, “Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15, párr. 1.ª, PIDESC)”, 43° período de sesiones (2009), E/C.12/GC/21/Rev.1.

Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el pacto. *Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas, habida cuenta de todos los derechos previstos en el pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento de los recursos de que dispone el Estado Parte.*⁵⁶ [Cursivas agregadas]

Convergentemente, en referencia a la crisis económica y financiera mundial de los últimos años y su impacto en España, se ha manifestado que dicho contexto “es susceptible de ser sesgadamente utilizado por algunos para reducir un irreversible e insoslayable acervo jurídico nacional e internacional en materia de protección de los derechos sociales”. La crisis, entonces, no debe constituir en absoluto un vano pretexto para la regresión, sino una gran oportunidad para afirmar progresivamente las conquistas sociales conseguidas, ya que “los derechos sociales no son más difíciles de articular jurídicamente que los demás derechos, ni tampoco resultan necesariamente más onerosos”⁵⁷.

Al analizar el quinto informe periódico de España sobre la aplicación del PIDESC –entre otras cuestiones– el comité de DESC⁵⁸ instó a dicho país a que, en virtud del *principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos, adoptase las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los DESC un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos*. Asimismo, le recomendó que

56 Dicho párrafo se complementa con el siguiente texto: “El Comité examinará detenidamente: *a*) si hubo una justificación razonable de las medidas; *b*) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; *c*) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; *d*) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; *e*) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y *f*) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional”.

57 Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada [dirs.], *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 19-20.

58 ONU, Consejo Económico y Social, E/C.12/ESP/CO/5, Distr. General 6 de junio de 2012, Original: español, Comité de DESC, 48º período de sesiones, 30 de abril a 18 de mayo de 2012, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud de los artículos 16 y 17 del PIDESC, “Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - España”.

tomara las medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del pacto por los tribunales nacionales. Paralelamente, le recomendó:

garantizar que todas las medidas de austeridad adoptadas identificasen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto, y tomar todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados.

Es importante subrayar que al establecer las recomendaciones sobre España en relación con el citado informe periódico de ese país, el comité de DESC dirigió una carta abierta a todos los Estados partes del PIDESC⁵⁹, donde planteó los criterios que las políticas de austeridad y otras asumidas por los estados en tiempos de crisis económica debían respetarse para cumplir con las obligaciones derivadas de dicho pacto. En síntesis, expuso que cualquier cambio o ajuste de política propuesto tiene que cumplir los siguientes requisitos:

1. Debe ser una medida temporal que abarque solo el período de la crisis.
2. Debe ser necesaria y proporcionada en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la omisión de actuar, sería más perjudicial para los DESC.
3. No debe ser discriminatoria y ha de comprender todas las medidas posibles, incluidas las fiscales, para apoyar las transferencias sociales y mitigar las desigualdades que pueden crecer en tiempos de crisis y para garantizar que los derechos de las personas y grupos desfavorecidos y marginados no sean afectados de manera desproporcionada.
4. Debe identificar el contenido mínimo esencial de los derechos o un piso de protección social, según lo desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo. Aparte se debe asegurar la protección de este contenido básico en todo momento.

59 Comité de DESC, 'Carta abierta a los Estados Partes' [del PIDESC], 48° período de sesiones, 16 de mayo de 2012, CESCR/48th/SP/MAB/SW.

6.2. Acerca de los grupos y personas en situación de fragilidad

Justamente en épocas de dificultades y desequilibrios financieros y/o económicos es cuando se torna más ostensible la necesidad de acrecentar la *protección de los derechos de los grupos y personas más frágiles e hiposuficientes*, entre los que se cuentan (ejemplificativamente y en lo pertinente teniendo en cuenta la realidad de cada país) niños, mujeres, trabajadores migrantes, ancianos, personas con discapacidad, pobres e indigentes, desplazados forzados, minorías, pueblos indígenas, poblaciones afrodescendientes, entre otros. Para esto, los gobiernos deben evaluar prudente y sistemáticamente las derivaciones que las políticas presupuestarias, económicas y sociales implementan en tiempos de austeridad, también se ha de observar los ajustes en materia de igualdad, no discriminación y derechos fundamentales.

Es preciso tener en cuenta que las obligaciones internacionalmente asumidas por los Estados –en la esfera de los DESC– *no son derogables* e incluso su cumplimiento deviene más relevante en períodos críticos para atemperar el rigor del nocivo impacto que estos pueden provocar en las comunidades más postergadas. Al respecto, en los apartados 10 hasta el 12 de la O.G., N° 3 del comité de DESC, se desprenden ciertas circunstancias dignas de ser enunciadas. Así se verifica que:

- Corresponde a cada Estado parte una *obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos* (ap. 10).
- Si el PIDESC se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima *carecería en gran medida de su razón de ser* (id. ap.).
- Toda evaluación –en cuanto a si un Estado ha cumplido su mínimo deber– ha de tener en cuenta las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata, para eso, es preciso realizar una indagación sobre el material e instrumento disponible en cada uno, pues tiene que *demonstrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas* (id. ap.).
- Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, *sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar*

el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes (ap. 11).

- De ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las *obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción* (id. ap.).
- *aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo* (ap. 12).

Mutatis mutandis, la Corte IDH⁶⁰ ha sostenido que *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*, ya que uno de los deberes por parte del estado consiste en satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos⁶¹. Al mismo tiempo, añade que no basta que los estados se abstengan de violar los derechos, sino que *es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre*⁶².

60 Sobre éste y otros aspectos de la temática, ver Víctor Bazán por ejemplo en: “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en el libro de Víctor Bazán y Luis Jimena Quesada, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 1-167; “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Víctor Bazán (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, Lima, 2009, pp. 257-300; y “Vías de maximización protectiva de los derechos económicos, sociales y culturales”, *La Ley*, T° 2007-D, Buenos Aires, pp. 1135-1149.

61 Corte IDH, “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2006, Serie C, N° 149, párr. 103.

62 Ídem. En línea convergente a las últimas consideraciones volcadas en el aludido “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, la Corte IDH había señalado anteriormente que de las obligaciones generales de los arts. 1.1 y 2 de la CADH “derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto del derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre. En este sentido, el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida en todo su alcance a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo impone a los referidos Estados los deberes fundamentales de respeto y garantía de los derechos, de tal modo que *todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a*

7. Un punto de conexión entre sostenibilidad fiscal y la protección de los derechos sociales

7.1. Introducción

Colombia, desde luego, no es la única muestra que ofrece el derecho comparado por vía constitucional o legal del principio o criterio de la sostenibilidad fiscal⁶³. Solo lo tomamos aquí como caso testigo ante la relativamente reciente inclusión en su Constitución Política (CP) del llamado marco de sostenibilidad fiscal (SF) y la creación de un incidente de impacto fiscal (IIF), cuestiones respecto a las cuales nos detendremos para examinar cómo han funcionado hasta ahora y qué efectos producen o pueden producir en relación con la protección de los DESC.

Debe advertirse que la SF no es un tema nuevo en Colombia. Lo novedoso es su inclusión se expresa en la CP ya que, hasta el momento en que ocurrieron los hechos transcritos anteriormente (Acto Legislativo N° 3 de 2011), las normas referidas al tema se habían instrumentado por medio de leyes⁶⁴.

la acción u omisión de cualquier poder u órgano de éstos, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad internacional –cursivas añadidas– (Corte IDH, “Caso Baldeón García vs. Perú”, cit., párr. 81).

63 Se observan antecedentes al respecto, por ejemplo, en Alemania y Brasil.

64 En efecto, de acuerdo con lo reseñado por la Sala Plena de la C.C., en la Sentencia C-132/12, de 29 de febrero de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, la inclusión de la *sostenibilidad* en la Constitución configura un paso más en la evolución normativa del tema en Colombia, por lo que no se trataría en realidad de un aspecto novedoso.

Siguiendo el *racconto* secuencial de la C.C., el primer antecedente normativo de la sostenibilidad fiscal se encuentra en la *Ley 358 de 1997*, “Por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento”, conocida también como “ley de los semáforos”, texto normativo que establece límites al endeudamiento de las entidades territoriales, a efectos de que no excedan su capacidad de pago.

Un segundo antecedente es la *Ley 617 de 2000*, conocida como “Ley de responsabilidad fiscal territorial”, la cual se profirió con miras a la racionalización de los fiscos departamentales, municipales y distritales, mediante la clasificación de las entidades territoriales en categorías presupuestales y el establecimiento de topes máximos para sus gastos de funcionamiento.

Posteriormente, se expidió la *Ley 819 de 2003*, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”, la cual obliga al Gobierno Nacional a presentar ante el Congreso de la República un Marco Fiscal de Mediano Plazo el cual contendría, como mínimo: *i*) un Plan Financiero; *ii*) un programa macroeconómico plurianual; *iii*) las metas de superávit primario, así como el nivel de deuda pública y un análisis de su sostenibilidad; *iv*) un informe de resultados macroeconómicos y fiscales de la vigencia fiscal anterior; *v*) una evaluación de las principales

7.2. Modificación constitucional

En el contexto jurídico colombiano, por medio del Acto Legislativo N° 3 de 2011, se modificó el art. 334 de la CP. La nueva redacción de esta cláusula quedó configurada de la siguiente manera:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir *en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal*, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. *Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario:*

El Estado, siguiendo el planteamiento anterior, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, *de manera progresiva*, que todas las personas –en particular las de menores ingresos– tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad, competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

actividades cuasifiscales realizadas por el sector público; *vi*) una estimación del costo fiscal de las exenciones, deducciones o descuentos tributarios existentes; *vii*) el costo fiscal de las leyes sancionadas en la vigencia fiscal anterior; y *viii*) una relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la Nación.

En cuanto a normativa más reciente, pueden incluirse (siempre según la C.C.) a la “*Ley de víctimas*” (*Ley 1.448 de 2011*), en la que establece la sostenibilidad en su art. 19; la *Ley 1.454 de 2011*, “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”, se establece a la sostenibilidad fiscal en términos de “principio rector del ordenamiento territorial”; y la *Ley 1.473 de 2011*, que específicamente consagra y desarrolla una regla fiscal en su art. 1, que dice: “La presente ley tiene por objeto expedir normas que garanticen la sostenibilidad de largo plazo de las finanzas públicas y contribuyan a la estabilidad macroeconómica del país”.

Entre otros puntos, la sentencia aquí colacionada señala que, como puede apreciarse en el ámbito legal colombiano existen numerosas leyes, sean ordinarias u orgánicas, que estipulan reglas fiscales encaminadas a: *i*) sanear las finanzas públicas, en especial, aquellas de las entidades territoriales; *ii*) imponer obligaciones al Gobierno Nacional al momento de elaborar el presupuesto nacional; *iii*) racionalizar el gasto público; y, en definitiva, *iv*) lograr niveles de sostenibilidad fiscal.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales. [Cursivas agregadas en todos los fragmentos citados]

A continuación, la norma presenta el siguiente párrafo: “*Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva*”. Asimismo, se reformaron los respectivos incisos, iniciando con los art. 339 y art. 346 que introducen sendas alusiones al marco de sostenibilidad fiscal. En consecuencia, dicha innovación constitucional generó dos institutos: *i)* El *marco de sostenibilidad fiscal* y *ii)* el *incidente de impacto fiscal*.

La Ley 1.695 de 2013⁶⁵ desarrolló el procedimiento y los efectos de la resolución del IIF, determinando en su art. 3 –en relación con la competencia– que: conocerá del incidente la sala plena de la Corte Suprema de Justicia de lo contencioso administrativo del consejo de Estado de la Corte Constitucional [C.C.] o la sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la que haga parte el magistrado de la alta corporación –que presentó la ponencia de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma– sobre el cual se solicita el incidente.

A modo de aclaración, la expresión *altas cortes* hace referencia a los órganos aludidos en tal cláusula legal: Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.

65 Publicada en el *Diario Oficial de Colombia* el 17 de diciembre de 2013.

7.3. Jurisprudencia relevante de la corte constitucional sobre los institutos en cuestión

A) Cabe resaltar que, ya antes del dictado de tal ley, la C.C. se había pronunciado sobre el mencionado incidente –también respecto de la SF– en dos importantes decisorios: las sentencias C-288 de 2012⁶⁶ y C-1.052 de 2012⁶⁷, donde se identificaron varios elementos que permitieron evidenciar su contenido y alcances a partir del análisis sistemático del art. 334 del texto superior y teniendo presente las demás normas constitucionales.

En la sentencia C-288 de 2012, la C.C. sostuvo respecto de la SF que:

- Es una herramienta necesaria para que los Estados mantengan una disciplina económica que evite la configuración o extensión en el tiempo de hipótesis de déficit fiscal que pongan en riesgo la estabilidad de las finanzas públicas. Se trata de un instrumento que busca regularizar la brecha existente entre ingresos y gastos cuando la misma pueda afectar la salud financiera de un Estado y los compromisos que le asisten con miras a garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución.
- Es uno de los condicionamientos que rigen la intervención del Estado en la economía, tanto que su objetivo (mantener un equilibrio en la relación ingreso y gasto público) se adicionó a otros propósitos existentes y no reformados por el Acto Legislativo N° 3 de 2011, como son el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y la preservación de un ambiente sano.
- Su objetivo constitucional es fungir como *instrumento* para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho. No tiene el alcance de un derecho colectivo y menos aún de un principio constitucional que deba ponderarse y optimizarse en relación con los demás principios previstos en la carta.
- Se le otorgó la calidad de *criterio orientador*, motivo por el cual su exigibilidad debe guiar a todas las ramas y órganos del poder

66 Sala Plena de la C.C., 18 de abril de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

67 Sala Plena de la C.C., 5 de diciembre de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

público en el ejercicio de sus competencias y dentro de un marco de colaboración armónica, lo cual –según el criterio de la C.C.– descarta la existencia de un carácter *coactivo* en la aplicación de la SF.

- Se somete a una cláusula prohibitiva donde *en cualquier caso el gasto público social será prioritario*. Esto implica la existencia de una relación de dependencia jerárquica entre la consecución de los fines propios del citado componente del presupuesto nacional, el cual se concreta en la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, así como de la aplicación de la SF en la intervención del Estado en la economía.
- La SF también opera en el ámbito presupuestal y de planeación con miras a exigir que en la elaboración de los citados documentos, que delimitan el quehacer de la hacienda pública, se preserven los objetivos que lo identifican y se guarde coherencia en el manejo de la política fiscal del Estado.

Por su parte, a partir de la conjugación de las citadas sentencias –C-288 de 2012 y C-1.052 de 2012⁶⁸– pueden entresacarse algunos perfiles y aspectos del IIF, a saber:

- Que la regulación sobre el IIF le corresponde al congreso de la República en ejercicio de su amplia potestad de configuración normativa. No obstante, como consecuencia de las pautas previstas en la Constitución, a dicha Corporación le corresponde establecer un procedimiento judicial *sui generis*⁶⁹, es decir, no puede ser subsumido

68 Por supuesto, no son los únicos pronunciamientos en la materia. Así, y más allá del otro decisivo que analizaremos aquí (Sentencia C-870 de 2014), se contabilizan *inter alia* la Sentencia C-332/12, de 9 de mayo de 2012, Sala Plena de la C.C., M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por la que se declaró la exequibilidad [constitucionalidad] del Acto Legislativo N° 3 de 2011 por inexistencia de vicios de forma durante el trámite de la iniciativa.

69 Pese a aludir a un proceso *sui generis*, la C.C. explicó que en la propia Constitución se definieron los siguientes elementos esenciales: *i*) la legitimación exclusiva y sin previsión de delegación a otros servidores públicos no determinados en el art. 334 de la Constitución; *ii*) el espacio de interlocución entre funcionarios legitimados y las Altas Cortes; *iii*) la carga argumentativa sobre las implicaciones fiscales de los fallos radica en los funcionarios legitimados y no puede trasladarse a las Altas Cortes; *iv*) el campo de acción del IIF está restringido exclusivamente a los efectos de la sentencia que son diferentes de la sentencia en sí misma considerada; *v*) la decisión de modular, modificar o diferir los efectos de los fallos es potestativa de la Alta Corte; *vi*) el IIF es compatible con el principio de separación de poderes y la autonomía judicial; y *vii*) toda decisión que se deriva del IIF está subordinada al logro y goce efectivo de los derechos fundamentales.

por otro trámite judicial preexistente, fundando la posibilidad de que se prevean reglas particulares, específicas y concretas que determinen el alcance de sus diferentes etapas procesales.

- Que la legitimación para promover el incidente corresponde exclusivamente a los ministros del Gobierno y al procurador general de la nación sin que se encuentren previstas cláusulas de delegación a otros servidores públicos.
- En cuanto a su naturaleza jurídica, el IIF es consagrado como un *espacio de interlocución* entre los servidores públicos antes referidos y las altas cortes, donde se les concede a los primeros la facultad de expresar las razones por las cuales consideran que los efectos de una sentencia omiten tener en cuenta el criterio de SF, carga argumentativa que en ningún caso puede trasladarse a los funcionarios judiciales. En otras palabras, se otorga al IIF un carácter netamente instrumental por medio del cual se pretende que las Altas Corporaciones de Justicia, dentro de la órbita de sus competencias, puedan considerar, luego de adoptar su decisión, los efectos fiscales que pueda tener el cumplimiento de la misma y las invita a reflexionar sobre cómo lograr su observancia en un contexto acorde con el criterio de SF.
- En la medida en que el incidente corresponde a un trámite de contenido procesal y que se encuentra sometido a los deberes que son exigibles para este tipo de actuaciones judiciales, en particular la obligación de motivar las decisiones que se adopten, es necesario maximizar –si se opta por hacer uso de las opciones de modular–, diferir o modificar los efectos del fallo correspondiente.
- Bajo la regla de que la SF es un criterio orientador, las autoridades judiciales no están obligadas a realizar un estudio detallado sobre el impacto fiscal de sus decisiones, ya que este análisis le corresponde a los ministros del Gobierno o al procurador general de la nación cuando decidan promover el IIF.
- El alcance del incidente se encuentra restringido a los efectos de la sentencia y no al contenido de la providencia en sí misma considerada, determinando que la decisión adoptada esté protegida por la garantía

del elemento juzgado constitucional. Es en virtud de ello que el Acto Legislativo, N° 3 de 2011, realice una diferenciación entre la *decisión* adoptada en una sentencia y sus *efectos*.

- La posibilidad de modular, modificar o diferir en el tiempo los efectos de la sentencia tiene un carácter potestativo por cuanto: *i*) la obligatoriedad está circunscripta al trámite del incidente; *ii*) la alta corporación puede decidir autónomamente si selecciona cualquiera de las opciones establecidas en la norma constitucional, lo cual no implica adoptar una decisión particular en algún sentido y *iii*) se pueden mantener las órdenes emitidas desde el principio, cuya decisión es de cumplimiento obligatorio.
- El IIF no puede despojar a las altas cortes de su labor de adoptar las decisiones necesarias a la luz de la protección de los derechos de las personas.

B) Otro pronunciamiento que ofrece interés en relación con el tema que abordamos es la Sentencia C-870 de 2014⁷⁰, obviamente posterior a la nombrada Ley 1.695 de 2013 que desarrolló los aspectos procedimentales del IIF, es aquel que se relaciona con el análisis de algunas *etapas procesales del IIF*: arts. 5 al 12 de la nombrada Ley 1.695 de 2013, entre las que resaltaremos:

- *Etapa de presentación*: el incidente deberá formularse ante el magistrado de la alta corporación que actuó como ponente dentro del término de ejecutoria del fallo. Una vez verificada su presentación en el plazo señalado se concederá la apertura del IIF dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, mandato que pretende optimizar la regla constitucional conforme a la cual es obligatorio el trámite del IIF. Por ello, si el mismo se presenta de forma extemporánea se procederá a su rechazo, decisión que es susceptible del recurso de reposición.
- *Etapa de sustentación*: se prevé un plazo de treinta (30) días. Si no se cumple con esta obligación se declarará desierto. La sustentación del incidente debe dar cuenta de: *i*) las *posibles* consecuencias de la providencia en la sostenibilidad de las finanzas públicas; *ii*) las

70 Sala Plena de la C.C., 13 de noviembre de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

condiciones específicas que explican dichas consecuencias y *iii*) los planes concretos para el cumplimiento de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma y que aseguren sus derechos reconocidos en un marco de SF. Asimismo, se exige que el incidente se acompañe con un concepto del ministro de hacienda.

- *Etapa de admisibilidad*: se expresa en la posibilidad de adoptar las siguientes decisiones: admitir, inadmitir o rechazar el IIF. La *admisión* se decretará siempre que, una vez presentado y sustentado el citado instrumento, se reúnan los requisitos señalados para presentarlo y su auto se enfocará en la falta de recursos. La *inadmisión* se dispondrá cuando no se cumplan las exigencias previstas en la ley. En este caso se incluirá en el auto respectivo una relación de los elementos que requieran mayor detalles, mejor, aquellos que la corporación correspondiente considere ausentes o la información que estime relevante para aportarse en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación. Por último, el *rechazo* se ordenará cuando –habiéndose sido inadmitido el incidente– se omitiere cumplir con la obligación de corregirlo en la oportunidad señalada.
- *Etapa de la audiencia de impacto fiscal*: es obligatoria la asistencia de todas las partes, aunque solo se exige: *i*) la explicación del solicitante sobre “las consecuencias de la sentencia o del auto que se profiera con posterioridad a la misma, en las finanzas públicas y el plan concreto para su cumplimiento” y *ii*) la conceptualización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la materia.
- *Etapa de decisión*: dentro de los diez (10) días siguientes a la celebración de la audiencia se notificará la *decisión* sobre el incidente. Con plena autonomía, las altas cortes deberán decidir si procede o no la pretensión de modular, modificar o diferir los efectos del fallo sin que puedan cambiar su sentido. El objetivo es evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

De igual manera, pueden rescatarse otros elementos significativos del fallo. Por ejemplo:

- La intención del constituyente de que la SF y, por ende, el IIF deben ser siempre compatibles con la protección de los derechos fundamentales no solo a partir de la vigencia de su núcleo esencial, sino desde una perspectiva integral referente a todo su contenido normativo. Por lo que existe un expreso y manifiesto mandato de intangibilidad de las garantías constitucionales ante al alcance, en general, de la SF.
- El IIF es un procedimiento establecido para abrir un espacio de diálogo y deliberación entre el Gobierno nacional, el procurador general de la nación y las altas cortes. La finalidad es determinar el impacto de los efectos de sus sentencias en la SF.
- Por su propia naturaleza, el IIF debe someterse a un proceso *sui generis*. Es decir, el legislador puede establecer reglas particulares y concretas que determinen el alcance de sus diferentes etapas procesales. Con todo, en el desarrollo de dicha atribución se deben respetar los aspectos procedimentales expresamente definidos por el constituyente, destacándose entre ellos: *i*) la distinción existente entre decisión y efectos de una sentencia con miras a preservar la garantía de la cosa juzgada; *ii*) la carga de motivar toda decisión judicial, en especial cuando se hace uso de las alternativas de modular, modificar o diferir los efectos de un fallo y *iii*) la imposibilidad de que el trámite del IIF menoscabe los derechos fundamentales, restrinja su alcance o niegue su protección efectiva, lo que en el fondo es una proyección de la cláusula prohibitiva referente a la garantía de los citados derechos ante la SF.
- Las disposiciones acusadas de inconstitucionalidad, que se refieren a la *acción de tutela*, están sometidas a *reserva de ley estatutaria*, ya que los términos previstos en el literal 'a' del art. 152 de la CP responden a una naturaleza instrumental y se encuentran bajo la cláusula prohibitiva de no poder menoscabar los derechos o negar su protección efectiva (art. 334 de la C.P.). Esto es porque su alcance tiene la potencialidad de incidir en los efectos de las decisiones adoptadas, pudiendo afectar la operatividad de las órdenes de amparo en perjuicio de la realización pronta y expedita de los derechos constitucionales fundamentales.

- En definitiva, la C.C. decidió excluir la aplicación del procedimiento del IIF respecto de los juicios de amparo, motivo por el cual declaró su exequibilidad, pues dicho incidente *no aplica en relación con las providencias proferidas en el marco de la acción de tutela*.

El punto traído a colación en último término (*no aplicabilidad del procedimiento del IIF a las acciones de tutela*) aparece como uno de los más relevantes aspectos del decisorio en cuestión.

7.4. Algunas opiniones críticas. Prospectiva

Con respecto al funcionamiento de los marcos de SF e IIF y su relación con la protección de derechos sociales –tópico que se desarrollará en este apartado– se ha expuesto que se corre el riesgo de erosión de los derechos sociales ya que, nominal y normativamente, dicho incidente *sí es una figura potencialmente restrictiva de tales derechos*, tanto que impide el cumplimiento directo y efectivo de las sentencias judiciales, pero a su vez permite: *i)* modular el fallo atacado, *ii)* modificarlo o *iii)* diferirlo⁷¹.

Se ha sostenido que el IIF constituye una respuesta inadecuada para introducir la perspectiva económica en el razonamiento judicial porque implica un costo muy alto para la independencia y eficacia del sistema interno de protección de los derechos, causando una pérdida de oportunidad en el aporte del juez constitucional a la construcción de políticas públicas sostenibles y no representa ninguna ventaja para el desarrollo del Estado social de derecho. Además, su regulación en la Ley 1.695 de 2013 lo convierte en una herramienta idónea para la asunción de un modelo de dictadura fiscal, ya que conducirá a la infra-aplicación judicial de la Constitución o al aumento de los conflictos entre los tribunales y el ejecutivo⁷².

De esta manera, se torna conveniente añadir que el IIF es una herramienta que carece de carácter deliberativo, no se trata del único mecanismo para alcanzar la SF, fue aprobado sobre la base del mito del supuesto

71 Cfr. Manuel Quinche Ramírez, en una opinión que tuvo la gentileza de enviarnos a propósito del presente trabajo.

72 Jorge E. Roa Roa, “El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales”, *Serie Documentos de Trabajo*, N° 46, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Constitucional, Bogotá, 2015, p. 2; disponible en http://www.academia.edu/12250117/El_Incidente_de_Impacto_Fiscal_y_la_legitimidad_democr%C3%A1tica_de_los_tribunales_constitucionales.

activismo judicial de la C.C. y tiene aspectos negativos sobre el sistema de protección de los derechos fundamentales⁷³. En definitiva, el IIF en (dentro del marco de la SF) ofrece algunas dudas y aparece prospectivamente como una incógnita si el propósito de racionalizar el impacto fiscal de las decisiones judiciales terminará o no afectando negativamente a las magnitudes protectivas de los derechos sociales, muchos de los cuales se encuentran estrechamente ligados a la dignidad de los componentes de los grupos más excluidos de la sociedad.

Asimismo, quedan abiertos algunos interrogante, no menores, en torno a si la SF –en general– y el IIF –en particular– podrían menoscabar relevantes principios tuitivos de los DESC, tales como el de progresividad y el de no regresividad injustificada. También es un enigma predecir si el IIF no engendrará fricciones institucionales entre la rama judicial y la rama ejecutiva, ya que para algunos autores el incidente deteriora la autonomía del poder judicial.

Ojalá que prime la prudencia y la racionalidad para evitar que el IIF se convierta en un severo obstáculo que impida o mediatice la efectividad de las sentencias en materia de derechos humanos. Ello implicaría entronizar una visión pura, fríamente fiscal y económica que, con la excusa de asegurar la sanidad de las finanzas o de paliar las insuficiencias presupuestarias, tendría la última palabra para disponer a voluntad la apertura o el cierre de la válvula que conduzca, respectivamente, a la protección o la desprotección de los DESC.

Sin embargo, un elemento indudablemente positivo, perfilado por la C.C. en la Sentencia C-870 de 2014, consiste en la *inaplicabilidad del IIF a las acciones de tutela*. Estas se encuentran sometidas a reserva de ley estatutaria.

Asimismo, nos parece que en toda solución que hubiera de adoptarse en relación con los incidentes de impacto fiscal, las altas cortes que intervienen en ellos deberían hacer gala de una prudente compenetración con las premisas fundamentales e internacionales de los derechos humanos como, por ejemplo, el crucial principio *pro persona*.

73 *Ibid.*, p. 12.

No debe olvidarse que los derechos fundamentales, la dignidad humana y la sana pervivencia del Estado social de derecho (principio fundamental que se dispara desde el propio artículo inaugural de la CP) *están en juego y en serio riesgo*. Este punto nos abre el camino hacia la cuestión que abordaremos a continuación.

8. Tópicos vinculados a la dignidad humana, los contenidos esenciales de los derechos económicos, sociales y culturales y otros temas

8.1. Mínimo vital y dignidad humana

A) Es por medio de hechos y no de fraseología vana que debe garantizarse un *mínimo vital* intangible (*derecho a la supervivencia*⁷⁴, en la visión de Ferrajoli). Por eso debe existir un umbral básico que cobije la dignidad humana.

Ahora bien, refiriéndose a los límites y diferencias⁹⁶ de los poderes y derechos públicos, los siguientes autores nos otorgan algunos términos particulares: Ferrajoli acuña el concepto de *esfera de lo no decidible*; Bobbio el de *territorio inviolable*, mientras que Garzón Valdés indica el de *coto vedado*.

Entre otras características de esa construcción teórica de Ferrajoli, la esfera de lo no decidible demarca un terreno blindado ante ciertas intervenciones invasivas y un marco de deberes positivos. O sea, se trata de un territorio defendido por prohibiciones: límites de carácter negativo impuestos al legislador —*lo que no puede ser decidido por este*— en garantía de los derechos de libertad; pero también un espacio de obligaciones: vínculos positivos, igualmente, impuestos al legislador —*lo que debe ser decidido por este*— en garantía de los derechos sociales⁷⁵. A su tiempo, Bobbio precisa:

Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de ‘inviolables’. Ahora bien, *lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión*

74 Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 19, tal como anticipáramos en nota 15 a pie de página.

75 Ver Perfecto Andrés Ibáñez, “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Universidad de Alicante, Alicante, 2008, p. 209.

colectiva, aunque ésta sea mayoritaria. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contra la mayoría (...). La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una *especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario*.⁷⁶ [Énfasis agregado]

Continuando con el planteamiento anterior y según la interpretación de Bovero, entre otros derechos que integrarían ese territorio –o frontera– inviolable deben incluirse a ciertos derechos sociales como *precondiciones de la democracia*: el derecho a la instrucción (entendido como la educación del ciudadano) y *el derecho a la subsistencia*.⁷⁷

En cambio, Garzón Valdés se refiere en su escrito al coto vedado⁷⁸ o conjunto de valores últimos. En el fondo, este exige cierto grado de homogeneidad social, es decir, que los derechos y libertades deben concurrir en un determinado nivel de igualdad de bienes, recursos y servicios. Con respecto a esta afirmación, Cruz Parceró apunta que “ese *mínimo* de condiciones no es poco y lo que se consigue es una concepción de los derechos sociales, es decir, como un tipo especial de derechos de la más alta jerarquía que deben de garantizarse para *todos* sin importar el estatus de ciudadanía que se tenga”⁷⁹ [cursivas agregadas].

B) Sin duda, existe un ligamen sumamente estrecho entre el *mínimo vital*⁸⁰ o *mínimo existencial* y la *dignidad humana*. Sobre el punto y al solo efecto ilustrativo, vale citar algunas manifestaciones jurisprudenciales de ciertos órganos máximos de justicia constitucional (la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional Federal alemán o *Bun-*

76 Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, ed. de Antonio De Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2005, pp. 478-479.

77 Michelangelo Bovero, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, Universidad de Alicante, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Alicante, 2008, p. 222.

78 Como se sabe, Garzón Valdés toma la expresión “coto vedado” del título de un libro autobiográfico del escritor Juan Goytisolo, *Coto vedado*, 1ª ed., Seix Barral, Biblioteca Breve, Barcelona, 1985; publicado en inglés como *Forbidden Territory* y en francés como *Chasse gardée*.

79 Juan A. Cruz Parceró, “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones. Derechos Sociales*, N° 4, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca [Argentina], 2004, pp. 71-98, concretamente en p. 87.

80 Un acercamiento a la cuestión, puede verse en Encarna Carmona Cuenca, “El derecho a un mínimo vital”, en Guillermo Escobar Roca (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 1577-1616.

desverfassungsgericht –BVerfGE–) en torno a aquel intenso vínculo al que referíamos.

En ese sentido y en un lejano pronunciamiento, la C.C. señaló –teniendo en la Sentencia T-426 de 1992⁸¹–:

Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El *derecho a un mínimo vital* –derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario– *es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho* que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución. [Remarcado agregado]

El *mínimo vital* es, en puridad, un *derecho fundamental* diseñado pretorianamente por la C.C. que en el particular exhibe una línea jurisprudencial evolutiva muy reveladora.

Para dicho Tribunal, pues, el concepto de mínimo vital debe ser evaluado desde un punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto: *haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo* (v. gr., Sentencia T-338 de 2001⁸²), verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como *la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación*; también los mecanismos para hacer realidad su *derecho a la dignidad humana* (Sentencia T-581A de 2011⁸³).

En esa línea, el derecho al mínimo vital ha sido desarrollado jurisprudencialmente como un aspecto de naturaleza *relacionado con la dignidad humana*. Así la C.C. ha mantenido que justamente *el principio constitucional de dignidad humana sirve de fundamento al derecho mínimo vital*, cuyo objeto no es otro que garantizar las condiciones materiales más elementales sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en un

81 Sala Segunda de Revisión de la C.C., 24 de junio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

82 Sala Sexta de Revisión de la C.C., 29 de marzo de 2001, Marco Gerardo Monroy Cabra.

83 Sala Segunda de Revisión de la C.C., 25 de julio de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar, autónomamente, su propia subsistencia (Sentencia T-458 de 1997⁸⁴).

De su lado, en un pronunciamiento no muy lejano en el tiempo (9 de febrero de 2010), el *BVerfGE* resolvió el caso llamado *Hartz IV*⁸⁵. Esta denominación (que en menor medida es también conocida como *Arbeitslosengeld II*, asignación para desempleados) responde al nombre de su autor, el economista Peter Hartz, y hace referencia a una discutible normativa en materia de subsidios sociales materializada en 2005, que el *BVerfGE* entendió que no resultaba transparente ni garantizaba el derecho a un *mínimo de subsistencia digna*, vulnerando de tal modo el art. 1.1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) en relación con el art. 20.1, *ibid*. El Tribunal sostuvo que el derecho fundamental a la garantía de un *mínimo vital* avala a cada persona, en necesidad de asistencia, las condiciones materiales indispensables para su existencia y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. Se ha dicho que la sentencia puede ser leída como (posiblemente) la primera conceptualización por un Tribunal Constitucional de un derecho fundamental socioeconómico a obtener beneficios legales estatales⁸⁶.

Por último, debe subrayarse que los derechos sociales buscan garantizar unas *condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos*. Además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos sus titulares, paralelamente a que la *elevación del mínimo existencial* que suponen hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir⁸⁷.

84 Sala Tercera de Revisión de la C.C., 24 de septiembre de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

85 *BVerfGE* 125, (175), 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09 y 1 BvL 4/09.

El texto de la sentencia en alemán e inglés puede verse en el sitio oficial del *Bundesverfassungsgericht*: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/ls20100209_1bvl000109en.html.

86 Ver Claudia Bittner, "Casenote. Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010", en *German Law Journal*, vol. 12, N° 11, pp. 1941-1942; Fuente: https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf.

87 Néstor Osuna Patiño, "El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado Social de Derecho. Controversias sobre su aplicación judicial", *Revista Derecho del Estado*, N° 14,

8.2. Contenidos mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales; principio de proporcionalidad y otras cuestiones

A) En líneas generales y con los matices que indicaremos, cada DESC cuenta con un *contenido mínimo* que actúa *positivamente* ya que debe ser aplicado inmediata y directamente. Pero, también, opera *negativamente* como límite al legislador mientras no dicte medidas normativas que transgredan de modo irrazonable dicho umbral esencial.

Por consiguiente, cabe preguntarse si ese contenido mínimo es siempre fijo e inmutable. Pensamos en alguna visión que lo perciba como absolutamente rígido e inalterable no sería, precisamente, la más acertada⁸⁸. Al respecto, consideramos que el punto debe ser analizado según las particularidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo, lugar y las características contextuales. Luego, a partir de la aplicación de instrumentos como el principio de proporcionalidad, procurar en la medida de lo posible robustecerlo cualitativamente de manera progresiva o al menos intentar que no se diluya con retrogradaciones injustificadas.

Siguiendo el análisis que efectúa Pisarello:

los elementos que configuran el contenido mínimo o esencial de un derecho no son rígidos ni pueden plantearse en términos abstractos o simplemente teóricos: varían de derecho a derecho, están condicionados por el contexto en el que se aplican, y admiten una permanente actualización histórica. Así, lo que en un ordenamiento o en un contexto dado podría considerarse el núcleo mínimo o esencial de un derecho, en otros representaría su contenido máximo o simplemente adicional. La frontera, en consecuencia, entre lo que desde un punto de vista material pueda considerarse *básico o esencial* y lo que, por el contrario,

Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 95.

88 Se ha sostenido que la determinación del contenido esencial como expresión de un *núcleo sustancial, absoluto, estable e inalterable* de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la garantía institucional desarrollada en la República de Weimar. Paralelamente, se advirtió que la aplicación actual de los efectos de la garantía institucional al contenido esencial de los derechos fundamentales presenta varios inconvenientes, entre los que se cuenta el siguiente: considerar que un derecho fundamental está compuesto de un núcleo y una periferia, de tal modo que la infracción del núcleo produce la inconstitucionalidad de la medida legislativa, tiene como consecuencia excluir del control de constitucionalidad la parte periférica o accidental del derecho, con lo que el parámetro del control no es el precepto constitucional completo sino sólo una parte del mismo (*vid.* Juan C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 327-328).

pueda reputarse *adicional o accidental*, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta. Pero será también una barrera insoslayable y en ningún caso inexistente que obliga a un permanente trazado de límites entre justicia y política, entre jueces y legisladores. Esa tarea de delimitación supone una división de tareas conflictiva y nunca resuelta de antemano, en la que los primeros deben preservar el contenido mínimo de los diferentes derechos y los segundos mantenerlos o desarrollarlos, pero nunca aniquilarlos o desvirtuarlos, por acción u omisión.⁸⁹

Gavara de Cara ha puntualizado que, desde un punto de vista estrictamente conceptual, “la garantía del contenido esencial de los derechos, con independencia del sentido que se le atribuya, debe ser entendida como una regla de rechazo, es decir como un enunciado jurídico que califica como inválidos otros enunciados jurídicos”⁹⁰. Por tanto, podemos expresar que la tesis alemana del *límite a los límites* (*Schranken-Schranke*) se refiere (y valga la tautología) a las restricciones que debe observar una ley limitativa de un derecho fundamental, por ejemplo, la preservación del contenido esencial y el principio de proporcionalidad⁹¹.

Salvando las distancias, en cierto sentido dicha cuestión se asemeja a lo normatizado en el art. 28 de la Constitución argentina, que estatuye: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos *no*

89 Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 85-86.

90 Juan C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., p. 142.

91 Específicamente sobre este principio, ver Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2005, *passim*.

Sin perjuicio del reenvío a tal obra, nos permitimos mencionar que al referirse al método de ponderación de bienes, Gavara de Cara distingue entre *ponderación abstracta* y *ponderación concreta*. Esta última se conecta a la aplicación del principio de proporcionalidad, principio que en sentido *amplio* “consiste en la utilización de diversos controles con el fin de determinar si una medida de desarrollo o de aplicación de un derecho fundamental es contraria a la Constitución”. Tales controles son: de *idoneidad* (comprobar si la medida es adecuada a la finalidad perseguida); de *necesidad* (constatar que el perjuicio ocasionado en el derecho fundamental es el menor posible); y de *racionalidad* (justificar que el perjuicio que ocasiona la medida no guarda relación con la finalidad perseguida). Estos tres controles dan lugar a la formación de tres *subprincipios*: de *adecuación* (determinar si una medida estatal que interviene en los derechos fundamentales reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad que pretende); de *necesidad* (determinar, respecto de la medida legislativa de limitación, que no existe otra igualmente efectiva que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado); y de *proporcionalidad en sentido estricto* (presupone que la aplicación de una determinada medida legislativa para alcanzar una necesidad no debe ser irrazonable, o sea, que debe haber una conexión razonablemente proporcionada entre la medida adoptada y la finalidad que se pretende) [Juan C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, op. cit., pp. 332-334].

podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. En otras palabras, los principios, garantías y derechos pueden ser reglamentados (he aquí un límite que marca que *no son absolutos*: su reglamentación); pero, a su vez, tal regulación del ejercicio no puede alterarlos o desnaturalizarlos, con lo cual se entroniza allí *un límite a los límites*.

Sánchez Gil, a quien seguiremos en esta parte de la exposición, manifiesta que la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales se incluyó en el art. 19.2 de la Ley Fundamental alemana (y en el art. 53.1 de la Constitución española)⁹² para evitar la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen (*ausböhlen*) su contenido normativo⁹³. En una simplificación máxima del problema, *dos distintas teorías* tratan de explicar el contenido esencial de los derechos fundamentales: *absoluta y relativa*.

La primera (absoluta) imagina el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos. Considera a la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos y la sección circunferencial exterior como la parte accesoria o contingente de los mismos. Tal núcleo sería la parte intocable de estos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita, mientras que en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas⁹⁴.

La segunda (relativa) entiende que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es preestablecido y fijo, sino determinable solo casuísti-

92 Como puede suponerse no son los únicos casos en Europa. Así, por ejemplo, el art. 18.3 de la Constitución de Portugal establece: “Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deben revestir carácter general y abstracto y *no pueden tener efecto retroactivo ni disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales*”, y el art. 36.4 de la Constitución suiza dispone: “El *contenido esencial de los derechos fundamentales es inviolable*” –énfasis agregado en ambos casos-. Por su parte, en el marco comunitario europeo, el art. 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone: “*Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades*. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” –remarcado añadido-.

93 Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, D.F., 2007, p. 111.

94 *Ibid.*, pp. 111-112.

camente en atención a las circunstancias del caso y, luego, de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación⁹⁵.

El principio de proporcionalidad o razonabilidad se adscribe a esta última (teoría relativa) al establecer el *límite de los límites* de los derechos fundamentales en cada caso concreto y, de acuerdo con las circunstancias, que se relacionen con los bienes jurídicos *colidentes*, oponiéndose a la teoría absoluta que distingue un núcleo intangible e inmutable en toda situación⁹⁶.

Para que una medida legislativa intervenga en un derecho fundamental lícito el fin que se propone debe satisfacerse de manera equivalente o mayor al perjuicio que ocasiona aquel. Por lo demás, la literatura jurídica –no sin matices– sostiene que *el contenido esencial de los derechos fundamentales se define por el principio de proporcionalidad*: relación de la concordancia práctica entre bienes jurídicos diversos que debe orientar a la interpretación constitucional⁹⁷. En esa línea se pronuncian, por ejemplo, autores de la talla de Alexy⁹⁸ o Hesse⁹⁹.

B) En relación con otro aspecto, particularmente del art. 21.1 de la CADH, el cual dispone que *la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes al interés social*; pero en conexión con la dimensión comunal (o colectiva) indígena del derecho de propiedad, la Corte IDH ha especificado que:

la necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La *proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido*. Finalmente, para que sean compatibles con la convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por

95 *Ibid.*, p. 112.

96 Ídem.

97 *Ibid.*, p. 115.

98 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 288.

99 Konrad Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública - Marcial Pons, trad. al castellano de Antonio López Pina, Madrid, 1996, p. 110.

su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido.¹⁰⁰ [Remarcado agregado]

De hecho, el Tribunal Interamericano ha sostenido que, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia CADH y la jurisprudencia proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos: **a)** deben estar *establecidas por ley*, **b)** deben ser *necesarias*, **c)** deben ser *proporcionales* y **d)** deben hacerse con el fin de *lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática*¹⁰¹.

Es también útil evocar que el comité de DESC ha expresado:

Así como la comunidad internacional insiste en que todo Estado objeto de sanciones debe respetar los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos, así también ese *Estado y la propia comunidad internacional deben hacer todo lo posible por proteger como mínimo el contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas afectadas de dicho Estado*¹⁰² [Énfasis agregado]

El aludido comité ha expresado que *la dignidad inherente a la persona, de la que se dice derivan los derechos del PIDESC*, exige que el término *vivienda* se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones y, principalmente, se deba garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos¹⁰³. Asimismo, ha manifestado que los elementos del derecho al agua deben ser *adecuados* a la *dignidad*, la vida y la salud humana: de conformidad con el párr. 1 del art. 11 y el art. 12 del PIDESC¹⁰⁴.

100 Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125, párr. 145. También, *mutatis mutandis*, “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2004, Serie C, N° 111, párr. 96.

101 Corte IDH, “Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, cit. en nota anterior, párr. 144.

102 Comité de DESC, O.G. N° 8, ‘Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales’, 17° período de sesiones (1997), párr. 7, E/C.12/1997/8.

103 Comité de DESC, O.G. N° 4, ‘El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1, art. 11, PIDESC)’, 6° período de sesiones (1991), párr. 7, E/1991/23.

104 Comité de DESC, O.G. N° 15, ‘El derecho al agua (arts. 11 y 12, PIDESC)’, 29° período de sesiones (2002), párr. 11, E/C.12/2002/11.

En la misma línea se inscriben, por ejemplo, el protocolo adicional a la CADH en materia de DESC (Protocolo de San Salvador), cuyo art. 5 –que se titula *Alcance de las restricciones y limitaciones*– proclama: “Los Estados Partes *solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos*”. El art. 4 del PIDESC, en cambio, establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, *éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*”.

Específicamente en torno a tal cláusula del PIDESC, aunque se trate de manifestaciones de *soft law*, es significativo traer a colación los Principios de Limburgo relativos a la aplicación de tal pacto¹⁰⁵, que indican:

- En relación con *limitaciones* a los DESC, aquella disposición (art. 4, PIDESC) tenía como objetivo inicial la protección de los derechos de los individuos y no el de permitir la imposición de limitaciones por parte del Estado (Principio 46). Además de que el propósito de dicha norma no era introducir limitaciones a los derechos relativos a la supervivencia del individuo ni a la integridad de la persona (Principio 47).
- Con respecto a la expresión *determinadas por ley*, no se deberá limitar el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales a menos que

105 Los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC fueron aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional, reunidos del 2 al 6 de junio de 1986 en Maastricht, convocados al efecto por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburg (Maastricht) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio). El propósito de la reunión fue analizar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al PIDESC; la consideración por parte del –por entonces– recientemente constituido Comité de DESC, de los informes presentados por los Estados Partes, y la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto. Las alusiones que se realizan en el texto de nuestro trabajo fueron tomadas de *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Serie de Capacitación Profesional N° 12, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ONU, Nueva York y Ginebra, 2004, Anexo 6, pp. 131-141, en particular, pp. 135-136.

así lo disponga la legislación nacional de aplicación general consistente con los principios del pacto y en vigor al momento de la aplicación de la limitación (Principio 48). Las leyes que impongan limitaciones al ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales no deberán ser arbitrarias, insensatas ni discriminatorias (Principio 49). Todos los actos legales que limiten el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales deberán ser claros y accesibles para todos (Principio 50) y se deberá proporcionar todo tipo de salvaguardias adecuadas y recursos eficaces contra la imposición ilegal o abusiva de limitaciones a los DESC (Principio 51).

- En cuanto a *promover el bienestar general*, esta expresión supone que deberá reflejarse un incremento del bienestar del pueblo en su conjunto (Principio 52).
- La expresión “*en una sociedad democrática*” deberá interpretarse como una restricción adicional al establecimiento de limitaciones (Principio 53). El Estado que impone limitaciones debe demostrar que estas no perjudican el funcionamiento democrático de la sociedad (Principio 54) y al no existir un modelo único de sociedad democrática, se considerará como tal a la sociedad que reconoce y respeta los derechos humanos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Principio 55).
- La restricción debe ser *compatible con la naturaleza de esos derechos*, el Principio 56 estipula que ello no deberá interpretarse o aplicarse si, por este proceder, se amenaza la esencia misma del derecho en cuestión, es decir –agregamos por nuestra parte– que no puede vulnerar el *contenido esencial de tal derecho*.

Por su parte, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁶, también, aportan consideraciones de utilidad respecto del tópico que examinamos. En tal sentido, la

106 Adoptadas por un grupo de expertos cuyas discusiones se desarrollaron entre el 22 y el 26 de enero de 1997. Se trata de un documento interpretativo al que recurren frecuentemente los órganos de supervisión de tratados internacionales en el campo de los DESC (UN Document E/C.12/2000/13).

Las referencias efectuadas en el texto se extrajeron de *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, op. cit. en la parte final de la nota anterior, Anexo 5, pp. 123-130, en particular, p. 126.

parte introductoria del Principio 14 establece: “Pueden producirse violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales por una acción directa del Estado o de otras entidades insuficientemente administradas por el Estado. Como ejemplos de tales violaciones cabe citar las siguientes”:

1. La *derogación o suspensión* oficiales de las disposiciones legislativas necesarias para el goce permanente de un derecho económico, social y cultural ya reconocido.
2. La *denegación activa* de estos derechos a individuos o grupos concretos por una discriminación de carácter legislativo o por la fuerza.
3. El *apoyo activo* a medidas adoptadas por terceros que son incompatibles con los DESC.
4. La *adopción de disposiciones legislativas o de políticas que son manifestamente incompatibles con obligaciones jurídicas preexistentes relacionadas con estos derechos*, salvo si ello se hace con el firme objetivo de acrecentar la igualdad y aumentar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales para los grupos más desvalidos.
5. La adopción de cualquier *medida deliberadamente regresiva* que reduzca el alcance de la garantía de este derecho.
6. La *obstrucción deliberada o la interrupción del logro progresivo* de un derecho garantizado por el pacto, salvo en el caso de que el Estado actúe dentro de los límites autorizados por el pacto o de que su acción se deba a la falta de recursos disponibles u obedezca a fuerza mayor.
7. La *reducción o el mal uso de inversiones públicas concretas*, cuando la reducción o el mal uso tengan como consecuencia la anulación de los derechos y no vayan acompañados por medidas adecuadas para garantizar derechos mínimos de subsistencia para todos.

Comenzando a cerrar este tramo del trabajo, vale ensayar una aproximación descriptiva a la *dignidad humana* sirviéndonos de las enseñanzas de Garzón Valdés. Este autor fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución

de bienes en una sociedad¹⁰⁷. Semejante concepto tiene un carácter adscriptivo, el cual atribuye a todo ser humano una característica moralmente relevante: ser siempre portador de derechos y, cuando sus condiciones físicas y/o psíquicas se lo permitan, agente de deberes¹⁰⁸.

Pero, además, siempre en verba *garzoniana*. Para dar paso a las consideraciones de cierre de este ensayo, “el concepto de dignidad humana cumple una especie de función ‘trascendental’ en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar *el contenido y alcance no sólo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable*”¹⁰⁹ [remarcado agregado].

9. Cierre

9.1. A partir del carácter unitario de la dignidad humana puede afirmarse que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación. Nunca disociación antinómica. Ello deriva, por ejemplo, de la lectura de uno de los logros principales surgentes de la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993): la promoción y movilización de la doctrina de *la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos y su interrelación*. Es igualmente digno de destacar que dicha conferencia mundial fungió como instrumento axial para que se conociera y divulgara la legítima preocupación de toda la comunidad internacional por las condiciones de vida de la población y, en particular, de sus *segmentos más vulnerables*¹¹⁰.

9.2. No se justifica, razonablemente, una protección diferenciada que priorice los derechos civiles y políticos sobre los DESC o una jeraquización axiológica que coloque a aquellos por encima de estos.

107 Ernesto Garzón Valdés, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Trotta, Madrid, 2011, p. 100.

108 *Ibid.*, p. 101.

109 *Ibid.*, pp. 101-102.

110 Ver, en ese sentido, Antônio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª ed., S.A. Fabris Ed., Porto Alegre, 2003, *inter alia*, p. 39; cit. en voto separado de dicho autor, actuando como juez de la Corte IDH en el aludido caso “Ximenes Lopes vs. Brasil” (párr. 42).

En esa línea de pensamiento, los DESC *no padecen una minusvalía jurídica ni axiológica respecto de los derechos civiles y políticos, tampoco son meros derechos de papel*. Contrariamente, las características de interdependencia y de mutuo refuerzo de los derechos humanos llevan a que no exista jerarquía entre ellos y que todos sean exigibles, según sus peculiaridades, ante las correspondientes autoridades estatales que resulten competentes.

El *carácter integral de los derechos* lleva a asumir y garantizar *su protección*, independientemente de si se trata de DCP o de DESC. De esa manera, la garantía de los derechos legitima y justifica que el Estado constitucional y convencional tienen un rol tuitivo en el plano universal.

9.3. En el espacio jurídico latinoamericano no puede colocarse en duda la fundamentalidad de los derechos sociales. Es que varios de estos operan como *precondiciones* para el ejercicio de no pocos ni intrascendentes derechos civiles y políticos.

9.4. En torno al alcance y el grado de operatividad de los DESC, la búsqueda debe orientarse hacia un *concepto sustentable de progresividad* que no disuelva esta gradualidad en una latencia *sine die*, sino que refleje positivamente su ingrediente de *equidad social*¹¹¹. La *progresividad* debe ser *concreta y real*. En otras palabras, una *progresiva efectividad* de los derechos como producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos coherente con el eminente principio *pro persona*.

Tal mandato de *desarrollo progresivo* se debe conjugar con la *prohibición de retrogradación injustificada o de retroceso deliberado*. Sea como fuera, si se adoptaran medidas *a priori* incausadamente regresivas o si *prima facie* no se cumpliera con el deber de llevar adelante un nivel razonable de progresividad, aquellas serían *revisables judicialmente*, posándose la *carga de prueba* sobre el Estado que, como hipótesis, debería acreditar que ha logrado alcanzar magnitudes tuitivas sustentables.

111 Respecto de esta última afirmación en torno al ingrediente de “equidad social” que debe caracterizar a esa progresividad, ver el ap. 3 del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de fondo pronunciada por la Corte IDH en el “Caso Cinco Pensionistas vs. Perú”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, N° 98.

Otra senda fiscalizatoria del grado de cumplimentación de los DESC se emplaza en el *control social y democrático* sobre la base de los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, que permitiría mensurar el ritmo, el alcance y la matriz de prioridades que el Estado maneja en el marco de las políticas públicas encaminadas (al menos discursivamente) hacia la protección y la realización de tales derechos.

9.5. Existe un nexo muy intenso entre los DESC, sus contenidos esenciales y la dignidad inherente a la persona humana. Los elementos que integran los contenidos mínimos de cada derecho económico, social o cultural no son fijos, rígidos ni inmutables, sino que en el supuesto de existir leyes u otras medidas que busquen limitarlos, el asunto debe ser abordado tomando en consideración las especificidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo, lugar y las singularidades contextuales.

Ante tal paisaje, la labor jurisdiccional deberá orientarse hacia el empleo de mecanismos útiles como –solo por citar un ejemplo– el principio de proporcionalidad para examinar cada asunto específico. En general, tendrá que trazar una línea hermenéutica la cual lleve a fortalecerlos cualitativamente de modo progresivo o, como hipótesis básica e irreducible, cuidar que no se diluyan al calor de retracciones injustificadas.

9.6. Es justamente en momentos de crisis financieras y/o económicas cuando se torna más nítida e imperiosa la necesidad de acrecentar la *protección de los derechos de los grupos y personas más débiles y vulnerables*. En esa dirección, las medidas que se adopten para afrontar la situación crítica deberán tener siempre como límites infranqueables: 1. el *contenido esencial* de cada uno de los derechos sociales en juego (y en riesgo) y 2. la *dignidad de la persona*, eje alrededor del cual gira todo modelo tuitivo de derechos y garantías. No puede perderse de vista que los derechos son instrumentos para paliar la vulnerabilidad humana.

Como con acierto se ha puntualizado, las crisis económicas se producen, generalmente, debido a lo derechos sociales. En definitiva no es *anecdótico* ya que en democracia supone una crisis del sistema¹¹².

112 Francisco J. Ansuátegui Roig, “Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación”, en María José Bernuz Benítez y Manuel Calvo García (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*, Huri-Age, Consolider - Ingenio 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 39.

9.7. Es imprescindible insistir, para finalizar, que las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en el área de los DESC *no son derogables*. De hecho, su cumplimiento deviene aún más inexcusable y cardinal en tiempos de crisis y ajustes, escenarios que suelen testimoniar cómo los efectos de tales procesos, usualmente, golpean con fuerza a las comunidades más marginadas y desprotegidas, agravando las marcadas desigualdades que soportan, incluso, en épocas de pretendida *normalidad*.

Estudio sobre la sentencia de la sala constitucional 928/2015, de 21 de julio

Juan Alberto Berríos Ortigoza

1. Cuestión preliminar

En el número 39.808 de la Gaceta Oficial de la República, de 25 de noviembre de 2011, se publicó la *Ley para Sancionar los Crímenes, Desapariciones, Torturas y Otras Violaciones de los Derechos Humanos por Razones Políticas en el período 1958-1998* –en adelante, *Ley para sancionar los delitos por razones políticas*– que tiene por objeto:

establecer los mecanismos para garantizar el derecho a la verdad y sancionar a los responsables de los hechos de violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad, tales como homicidios, desapariciones forzadas, torturas, violaciones, lesiones físicas, psíquicas y morales, privaciones arbitrarias de libertad, desplazamientos forzados de personas, expulsiones, deportaciones o exilios arbitrarios, violaciones de domicilio, hostigamientos, incomunicaciones, aislamientos, difamaciones e injurias, perjuicio patrimonial, represiones masivas urbanas y rurales, simulación de hechos punibles o procedimientos administrativos fraudulentos, que como consecuencia de la aplicación de políticas de terrorismo de Estado, fueron ejecutados por motivos políticos contra militantes revolucionarios y revolucionarias, luchadores y luchadoras populares víctimas de la represión, quienes perseguían el rescate de la democracia plena, la justicia social y el socialismo, así como la memoria histórica de tales hechos y la reivindicación moral, social y política al honor y a la dignidad de las víctimas de la represión que se generó, por parte del Estado venezolano, durante el período transcurrido entre los años 1958 a 1998.

Como se observa la ley tiene una orientación ideológica, planteando el escenario para el desarrollo de la politización de la justicia y la judicializa-

ción de la política y, en concreto, la *judicialización de la megapolítica*: esto es el pronunciamiento judicial sobre cuestiones controversiales que sirven a la definición de un régimen político por tratarse de un asunto relacionado con la *justicia transicional* o la *justicia restauradora*, que es el tipo de judicialización de la política más difícil de conciliar con la clásica teoría constitucional sobre el rol de los tribunales en una democracia¹.

En este contexto, el artículo 19 de esta ley establece la posibilidad de demandar, ante la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la revisión de sentencias relativas a estos hechos en los siguientes términos:

Cuando de las investigaciones del Ministerio Público o de la Comisión por la Justicia y la Verdad, se evidencie la existencia de pruebas fehacientes que constaten plenamente la materialidad de violaciones graves a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, o la responsabilidad plena en la perpetración de los mismos, por las razones previstas en la presente Ley, las cuales sean pertinentes a causas judiciales o procedimientos administrativos que por cualquier razón procesal se encontrasen firmes, siendo dichas pruebas de tal naturaleza que de haber sido conocidas en su oportunidad la decisión definitiva hubiese sido distinta a la que constase en autos, **el Ministerio Público solicitará a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la revisión del expediente a los fines de su reapertura. La Sala Constitucional se pronunciará sobre la solicitud y, de considerarla pertinente, ordenará al Ministerio Público la reapertura del caso y su tramitación procesal por vía ordinaria.**

Atendiendo a este propósito, la sala constitucional, hasta ahora, ha proferido las decisiones 864/2012, de 21 de junio (caso *Fabricio Ojeda*)²;

1 Hirschl, R. (2008), «The judicialization of politics», en Whittington, K.E., Kelemen, R.D., y Caldeira, G.A. (editores), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, New York: Oxford University Press, p. 123.

2 TSJ-SC, sentencia 864/2012, de 21 de junio, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Junio/864-21612-2012-11-1151.html>; en este fallo, es evidente la intención de la Sala en reivindicar su versión de la historia, al exponer diversas consideraciones sobre la actividad política de Fabricio Ojeda: «[...] **la lucha del pueblo venezolano para la consecución de su independencia y autodeterminación ocurrida a finales de 1950 y de la década de 1960, es si se quiere, uno de los acontecimientos de mayor trascendencia en la segunda mitad del siglo XX venezolano, parte de la insurgencia en América Latina después del triunfo de la Revolución Cubana y estuvo inscrita en el contexto de lo que la historia denomina como Guerra Fría, la cual surge como consecuencia directa e inmediata de la Segunda Guerra Mundial.** / En el caso de Venezuela, la expresión concreta de la influencia que generaba en América Latina la pugna entre las llamadas primeras potencias mundiales, a saber: Estados Unidos y la Unión Soviética, en el marco de la Guerra

Fría, comienza a manifestarse en Puerto Rico desde el mismo momento en que Rómulo Betancourt, máximo jerarca del partido Acción Democrática, se asocia con el movimiento pro-norteamericano anti-comunista y de allí parte al encuentro con los máximos líderes de los partidos: COPEI y Unión Republicana Democrática (URD), con quienes firma a finales del año 1957, el acuerdo celebrado en la ciudad de New York, comúnmente conocido como: el acuerdo del Waldorf Astoria de New York, en el que estos dirigentes se alinearon con la Guerra Fría dentro de la estrategia internacional anticomunista norteamericana. / [...] el año de 1957, representaba el último año del período constitucional del gobierno de Marcos Pérez Jiménez. Como consecuencia de esto, en la resistencia popular, el tema de las elecciones era motivo de debate político, ya que la necesidad democrática nacional se orientaba en el sentido de que todas las organizaciones políticas y frentes sociales de la época acudieran unidas a las elecciones y, por ello, desde febrero de 1957, se suman esfuerzos para lograr un acuerdo entre las fuerzas de la oposición a Marcos Pérez Jiménez [...] / En junio de ese mismo año, Fabricio Ojeda, periodista, iniciado en esa profesión desde mediados de 1948, había comenzado su vida política como militante del partido Unión Republicana Democrática (URD), organización política dirigida por Jóvito Villalba, y, para ese entonces, reportero del diario *El Nacional*, diario que le asignó la fuente del Palacio de Miraflores. Dicho ciudadano es partidario de una acción común entre los partidos; para ello, procura los primeros contactos entre URD y el Partido Comunista de Venezuela (PCV), y de cuyas resultas nace el Frente de Unidad Nacional contra la Dictadura que se bautiza con el nombre de Junta Patriótica de Venezuela en homenaje a la Sociedad Patriótica de 1810, organización que funda junto con Guillermo García Ponce, José Vicente Rangel y Amílcar Gómez, quienes con intensa actividad política en la clandestinidad, a través de los conocidos boletines de la Junta Patriótica, denunciaban la corrupción que prevalecía en el gobierno de Marcos Pérez Jiménez, y hacían llamados a la Fuerza Armada. / Esta organización: la Junta Patriótica de Venezuela, a la que se incorporan luego Silvestre Ortiz Bucarán por el partido Acción Democrática (AD) y Enrique Aristiguieta Gramcko en sustitución de Pedro del Corral, por el partido COPEI, coordina las acciones contra la dictadura de Marcos Pérez Jiménez, cuyo desenlace final se produce el 23 de enero de 1958. Fabricio Ojeda, en ese momento Presidente de la Junta Patriótica, realizó la primera alocución pública tras producirse el vacío de poder, llamando a la tranquilidad patriótica: [...] *“Este no es el momento de la venganza”*. / No obstante, **en razón de la intensificación de la lucha social y política, este panorama de auge democrático cambió a partir de octubre de 1958**, fecha en la cual, concretamente, el 31 de octubre, tuvo lugar la suscripción, por parte de los tres representantes de los principales partidos políticos del momento: Rómulo Betancourt por AD, Rafael Caldera, por COPEI y Jóvito Villalba, por URD, con exclusión de los representantes del PCV, del llamado *“Pacto de Punto Fijo”*, **documento político que, producto de las reuniones preliminares celebradas en el extranjero y con injerencia directa del gobierno norteamericano, hace prescindencia de la vigencia de la Constitución de 1953, sustituyéndola, de hecho**, e imponiendo aseveraciones como la siguiente: [...] *“se declara el cumplimiento de un deber patriótico la resistencia permanente contra cualquier situación de fuerza que pudiese surgir de un hecho subversivo y su colaboración con ella también como delito de lesa patria”*. / Luego, en las elecciones de diciembre de 1958, resulta ganador Rómulo Betancourt y también es electo diputado al Congreso Nacional por el partido URD: Fabricio Ojeda. De esta forma, Rómulo Betancourt asumió la presidencia el 13 de febrero de 1959, formó gobierno con URD y COPEI, partidos estos que junto con AD e independientes, ocuparon diversos ministerios en el gabinete y cargos en los Poderes Legislativo y Judicial y en las gobernaciones de los estados, todo esto como consecuencia de lo acordado en el *“Pacto de Punto Fijo”*. Así, al momento de su juramentación como presidente de la República, expresamente señaló que: [...] *“En el transcurso de mi campaña fui muy explícito en el sentido de que no consultaría al Partido Comunista para la integración del gobierno [...] la filosofía política comunista no se compagina con la estructura democrática del Estado Venezolano”*, **lo cual refleja el sentido anticomunista del recién electo presidente**. / De la misma manera, cabe señalar que, **con posterioridad a la firma del Pacto**

1713/2012, de 14 de diciembre (caso *Jesús Márquez*)³, 186/2015, de 11 de marzo (caso *José Rafael Guerra y Alberto Millán*)⁴, 928/2015, de 21 de julio (caso *Santos Martiarena*)⁵ y 1185/2015, de 7 de octubre (caso *Jesús Tabare*)⁶. En todas se revisan sentencias dictadas con anterioridad a la promulgación de la vigente Constitución de la República (CRBV). Es preciso advertir que la postura general de la sala ha sido declarar la inadmisibilidad de este tipo de revisiones con fundamento en la seguridad jurídica, la cosa juzgada y la irretroactividad de las normas (44/2000, de 2 de marzo, caso *Francia Rondón*)⁷. Sin embargo, la sala ha estructurado un catálogo de excepciones que se puede constatar en los criterios interpretativos establecidos en las sentencias: 520/2000, de 7 de junio (caso *Mercantil Internacional*)⁸; 1695/2001, de 12 de septiembre (caso *Jesús Quintero*)⁹ y 1760/2001, de 25 de septiembre (caso *Antonio Volpe*)¹⁰, complementados

de Punto de Punto Fijo, se suscitaron ciertos hechos que gestaron las condiciones para el retiro de URD del gobierno, lo cual ocasionó: i) la ruptura de dicha unión; ii) la división de AD en una tendencia política de izquierda: el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), y una conservadora que mantuvo el nombre y los símbolos del partido originario; iii) el comienzo de la represión del gobierno de Rómulo Betancourt en 1960, con el asesinato de trabajadores, estudiantes y desempleados; iv) cierre de universidades y allanamientos y desapariciones forzadas de personas, y; v) la retirada del canciller Ignacio Luis Arcaya, de la VII Conferencia de la Organización de Estados Americanos (OEA), por no estar de acuerdo con las sanciones impuestas a Cuba por dicha organización. **En fin, tuvo lugar una continuidad de la represión representada en actuaciones propias de un terrorismo de Estado.** / En 1962, luego de las rebeliones cívico militares, tales como: el Carupanazo y el Porteñaazo, surgen las primeras guerrillas organizadas en Venezuela en el siglo XX, movimientos sociales y populares representados por partidos políticos y demás líderes de izquierda, a quienes les fue negada su participación política, **toda vez que el Pacto de Punto Fijo, firmado inicialmente en New York y luego en Caracas, fijó las pautas de la persecución contra los movimientos de izquierda.** [resaltado añadido].»

3 TSJ-SC, sentencia 1713/2012, de 14 de diciembre, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Diciembre/1713-141212-2012-12-0279.html>.

4 TSJ-SC, sentencia 186/2015, de 11 de marzo, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/175195-186-11315-2015-13-0458.HTML>.

5 TSJ-SC, sentencia 928/2015, de 21 de julio, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179810-928-21715-2015-14-0822.HTML>.

6 TSJ-SC, sentencia 1185/2015, de 7 de octubre, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/181614-1185-71015-2015-15-0737.HTML>.

7 TSJ-SC, sentencia 44/2000, de 2 de marzo, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/044,%2000-0097,%20020300.HTM>.

8 TSJ-SC, sentencia 520/2000, de 7 de junio, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/520-7-6-00-00-0380.HTM>.

9 TSJ-SC, sentencia 1695/2001, de 12 de septiembre, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/1695-120901-00-2548.HTM>.

10 TSJ-SC, sentencia 1760/2001, de 25 de septiembre, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Septiembre/1760-250901-00-2783.htm>; en esta decisión, la Sala estableció lo siguiente:

por la tesis normativa prevista en el artículo 19 de la ley ya citada. Los supuestos excepcionales se refieren a la posibilidad de revisar: (i) los fallos de carácter penal relacionados con la aplicación de normas que impongan menor pena (*ex* artículo 24 CRBV) y (ii) las decisiones que comporten una violación grave a los derechos humanos, a juicio de la sala, ello constituye una arbitrariedad que compromete el *orden público constitucional*.

«[...] la Sala, en reciente decisión [caso *Jesús Ramón Quintero*], dejó abierta la posibilidad de revisar sentencias proferidas con anterioridad a la vigencia de este medio. Sin embargo, debe acotarse que tal posibilidad es de aplicación restrictiva, y sólo procederá bajo aquellas circunstancias en que la propia Constitución permite la retroactividad de una norma jurídica, esto es, en el supuesto que contempla el artículo 24 constitucional, referido a la aplicación de normas que impongan menor pena (el cual ha sido extendido por la dogmática penal a circunstancias distintas mas no distantes de la reducción de la extensión de una sanción determinada). Así, dentro, de las normas que mejoran una condición o situación jurídica derivada de la actuación de los entes públicos en materia penal, esta Sala considera que se encuentra la solicitud de revisión tantas veces aludida. Por lo que la admisión de un medio tal, en los casos referidos a la excepción contenida en el artículo 24 (que imponga menor pena, entendido dicho enunciado en sentido amplio), no viola el principio de irretroactividad de la ley contenido en dicho precepto. De allí que la retroactividad de la revisión quede definitivamente asociada a la nulidad de decisiones relacionados con los bienes fundamentales tutelados por el derecho penal, caecidas con anterioridad a la Constitución de 1999, pero cuya irracionalidad o arbitrariedad, puestos en contraste con las normas constitucionales, exija su corrección, aparte, además, aquellas decisiones que evidencien de su contenido un error ominoso que afecte el orden público, es decir, que la sentencia a revisar contenga una grave inconsistencia en cuanto a la aplicación e interpretación del orden jurídico-constitucional. / [...] / 2.- Todo ello, por supuesto, sin perder de vista que “*el mecanismo extraordinario de revisión de sentencias definitivamente firmes de amparo (...) previsto en el artículo 336, numeral 10, de la Constitución, tiene como finalidad integrar el control concentrado de la constitucionalidad con (...) el amparo constitucional, con el objeto de garantizar la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución*” (José Vicente Haro, Rev. de Derecho Constitucional, n° 3, p. 265), por lo que su funcionalidad, en tanto que responde a la incolumidad de un orden constitucional, es objetiva. De tal manera que, si bien los derechos fundamentales forman parte de ese orden y la restitución de alguno que se vea conculcado puede en la práctica resultar restituido a través de una solicitud de revisión, tal reconocimiento no es el fin que se persigue al poner en marcha dicho trámite. Por ejemplo, si un tribunal desconoce el derecho al trabajo de un empleado sobre la base de una errada interpretación de la Constitución o de un precepto legal que le refleje, pero dicho yerro, contrastado con la cotidianidad judicial, resulta aislado, ya que existe una cultura judicial que en buen grado entiende el alcance de dicho derecho y lo hace valer cuando está presente; la restitución del derecho particularmente afectado a través de la solicitud de revisión (por muy plausible que parezca), no cumple con el objetivo de la misma, el cual, se insiste, persigue: a) uniformar la interpretación de la Constitución; b) dictar pautas de aplicación constitucional y c) **reconducir a prácticas legitimadas por la nueva Constitución, actitudes judiciales nacidas al amparo de preceptos legales o constitucionales derogados o de principios o valores superados**. Pero de ningún modo, su objetivo es corregir (aunque en la consecución de su fin propio lo haga) los desaciertos judiciales, esto es: no constituye una tercera instancia de conocimiento [resaltado añadido].»

2. La sentencia 928/2015, de 21 de julio

La sentencia 928/2015, de 21 de julio, destaca la tesis jurisprudencial sobre la interpretación y aplicación de la *Ley para sancionar los delitos por razones políticas*.

En el caso, el Ministerio Público solicitó la revisión de la sentencia dictada el 25 de mayo de 1971 por el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín, que declaró terminada la averiguación sumarial instruida con motivo de las lesiones y muerte de Santos Martiarena por considerar que los hechos no revestían carácter punible, de conformidad con lo previsto en el artículo 206.2 del Código de Enjuiciamiento Criminal –aplicable según el artículo 20 del Código de Justicia Militar– y que, con posterioridad, fue confirmada en consulta por el Consejo de Guerra Permanente de Maturín mediante la sentencia del 11 de junio de 1971.

2.1. Alegatos del Ministerio Público

En sus alegatos el Ministerio Público, en primer lugar, calificó como un *hecho notorio* que en la época en que ocurrió el homicidio de Martiarena los adversarios políticos eran considerados un peligro para la estabilidad política del país. A partir de esta premisa hace alusión al artículo 7.6 de la *Ley para sancionar los delitos por razones políticas*, que define el terrorismo de estado como:

la sucesión de actos de violencia planificados y ejecutados por el Estado, amparados en la llamada Doctrina de Seguridad Nacional diseñada por los Gobiernos de los Estados Unidos de América para los países latinoamericanos, dirigidos a causar pánico en la población o una parte de ella, mediante el abuso o la desviación de poder, usando un mecanismo de doble faz, bien sea la manipulación del sistema legal formal o prácticas ilegales, o mediante el uso de la represión masiva a los sectores estudiantiles, campesinos, obreros y populares con la finalidad de controlar mediante el miedo a la población.

Al explicar este delito, el Ministerio Público aseveró que esa doctrina de seguridad nacional:

se caracterizaba por el seguimiento de los objetivos para su eliminación, mediante la desaparición, el procesamiento por delitos muchas veces inexistentes y, en muchos casos, la perpetración del homicidio

bajo la apariencia de una causa de justificación y con la certeza del favorecimiento en una investigación disfrazada con visos de legalidad que, en definitiva, culminaba con una averiguación terminada, una absolutoria o con condenas con ínfimas penas por delitos no acordes con la realidad de lo acontecido.

En este sentido, el Ministerio Público afirmó que:

esos procesos eran fraudulentos e injustos, por lo que quedaron impunes delitos considerados violatorios contra los derechos humanos y de máxima gravedad, como son los delitos de lesa humanidad, toda vez que la razón de los homicidios perseguía la destrucción o eliminación del grupo por razones meramente políticas y de una forma sistematizada, organizada, que determina la corporeidad de los mismos, al ser perpetrados por funcionarios del Estado en ejercicio de sus funciones, quienes tenían la obligación irrestricta de velar por la seguridad de todos los habitantes del país, por su integridad física y por sobre todo la vida, independientemente de la inclinación política o razón social, o en algunos casos también fueron perpetrados por civiles con el apoyo o aquiescencia del Estado.

En este contexto discursivo, el Ministerio Público señaló que en el caso de Martiarena ocurrió su desaparición forzada el 28 de marzo de 1969. En ese momento, Martiarena era cooperador de la guerrilla y se encontraba en el sector El Limón, en las cabeceras del río Manzanares del estado Sucre, cuando fue capturado por funcionarios del ejército, quienes lo mantuvieron bajo custodia. Aunque logró escaparse, luego fue ubicado, herido en las piernas y detenido. Con posterioridad, el ejército lo trasladó hasta un caserío de la zona con la ayuda de cuatro campesinos del área que fueron obligados a realizar esa tarea. Ante la presunta comisión de un hecho punible de acción pública, el Ministerio Público inició la investigación conformando una comisión de funcionarios que se trasladaron al sector El Palmarito –donde habría ocurrido la desaparición forzada– desde el 13 hasta el 16 de junio de 2013. Esta investigación arrojó la ubicación de los restos óseos de Martiarena y otras evidencias de interés criminalístico que, a juicio del Ministerio Público, determinan que se trató de una ejecución.

De manera paralela, el Ministerio Público ubicó en el archivo judicial militar el expediente número 103 correspondiente al Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín relativo a un proceso penal que

se sustanció sobre la muerte de Martiarena. En el expediente consta la sentencia que se dictó el 25 de mayo de 1971, en la que se declaró terminada la investigación penal sin que los victimarios fueran sancionados por el delito cometido. Este fallo fue confirmado –en consulta– por el Consejo de Guerra Permanente con sede en Maturín mediante la decisión del 11 de junio del mismo año. En criterio del Ministerio Público, ambas sentencias evidencian la existencia de un *fraude procesal* y la *violación grotesca al proceso y a la Constitución de 1961, vigente para el momento de los hechos*.

Luego, en su exposición, el Ministerio Público planteó su argumento para defender la aplicabilidad del delito de desaparición forzada de personas debido a un hecho ocurrido con anterioridad a su tipicidad en el ordenamiento jurídico venezolano, que se previó en el artículo 45 CRBV y la reforma del Código Penal del 2000¹¹, manteniéndose incólume hasta la última modificación del Código Penal en 2005¹², en el artículo 180. En primer lugar, el Ministerio Público apuntó que “en las Constituciones políticas desde 1811 hasta 1961 se regulaba el derecho a la libertad personal, a la protección judicial, al debido proceso, a la interposición de garantías constitucionales, a la vida, a la prohibición de la tortura, entre otros derechos que son vulnerados o amenazados con la desaparición forzada de personas”. También, el Ministerio Público hizo alusión a los cuatro convenios de Ginebra de 1949, los cuales forman parte de la legislación venezolana mediante la ley aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial de la República número 481 extraordinario del 21 de febrero de 1956. En segundo lugar, el Ministerio Público consideró que “al tratarse de un delito instantáneo con efectos permanentes, que se mantienen en el tiempo hasta que se logra ubicar a la persona, se puede señalar que una vez que entró en vigencia en nuestra legislación como tipo penal, al perdurar en el tiempo el delito, se está cometiendo y, por ende, cesa la consumación con el hallazgo de la persona”. Según esta idea, “la agonía perduró para los familiares por muchos años, siendo en 2013 cuando fue hallado y posteriormente entregado a sus familiares, lo que permitió que descansara en paz ante las diversas experti-

11 Publicado en la Gaceta Oficial de la República número 5.494 extraordinario, de 20 de octubre de 2000.

12 Publicado en la Gaceta Oficial de la República número 5.768 extraordinario, de 13 de abril de 2005.

cias realizadas que determinaron que la osamenta corresponde a quien en vida respondiera al nombre de Santos Martiarena.”

Después de alegar el carácter definitivamente firme de la sentencia del 25 de mayo de 1971, el Ministerio Público denunció que el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín: “violentó la Constitución vigente para el momento de los hechos, específicamente, el orden público constitucional y la seguridad jurídica de los ciudadanos, además de que, con dicho pronunciamiento, manifiestamente inmotivado y contradictorio, se violentó el derecho a la tutela judicial efectiva, al silenciar por completo las razones de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento.”

A juicio del Ministerio Público la motivación del fallo del 25 de mayo de 1971 es contradictoria con su parte dispositiva y, además, evidencia que el hecho no fue investigado de forma transparente sino fraudulenta con el objetivo de acreditar legalidad al homicidio de Martiarena, aparte de “darle carácter de cosa juzgada a situaciones de hecho cometidas por el gobierno del momento en aras de su impunidad, pues se ejecutaban con el consentimiento del Estado”. Según el Ministerio Público se trató de una muerte:

perpetrada con alevosía de un ciudadano venezolano cuando éste se encontraba trabajando como agricultor en esa zona, luego de ser intimidado y aterrorizado por razones políticas al considerarlo un colaborador de la guerrilla y quien, supuestamente, tenía la obligación de indicar dónde se encontraban enterradas unas armas de fuego, lo que evidentemente no otorgaba derecho alguno a los funcionarios para golpearlo, vejarlo, detenerlo, matarlo, enterrarlo a espaldas de sus seres queridos y luego considerar que ese hecho no revestía carácter penal, como fue decidido en la sentencia objeto de revisión.

En concreto, el Ministerio Público, a los fines de justificar la revisión de la sentencia del 25 de mayo de 1971, según lo previsto en el artículo 25.10-11 LOTSJ, afirmó que el juzgado militar que la dictó incurrió en un “error grotesco en la correcta interpretación de la Constitución de 1961” –vigente para la fecha de los hechos–, cuyo artículo 58 garantizaba la inviolabilidad del derecho a la vida y, en consecuencia, la prohibición a toda autoridad de aplicar la pena de muerte. El Ministerio Público, también se refiere al artí-

culo 50 de la Constitución de 1961, el cual la enunciación de los derechos y garantías en ella contenidos no debía entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuraran de forma expresa en su texto. Atendiendo a estas consideraciones, el Ministerio Público aseveró que el homicidio de Martiarena es un delito de lesa humanidad y, por lo tanto, imprescriptible: “tanto en el ámbito nacional como en el internacional, cuya protección es ratificada en diversos Tratados, Pactos y Principios Internacionales que son de interés para el *Ius Cogens*.”

2.2. Consideraciones para decidir expuestas por la sala constitucional

En primer lugar, la sala constitucional afirmó su competencia para conocer el asunto con fundamento en los numerales 10 y 11 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y, también, en el artículo 19 de la *Ley para sancionar los delitos por razones políticas*. Luego explicó las razones que, en su criterio, justificarían la revisión de sentencias dictadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1999. Según la sala, esta revisión procede de forma restrictiva y excepcional:

como en este caso, cuando evidencien la existencia de gravísimas violaciones a los derechos fundamentales, que amerite la intervención de esta Sala Constitucional con el propósito de cumplir con la garantía universal de los derechos humanos en atención al valor superior de justicia, principio rector e inspirador de la Carta Magna de 1961, así como de la actual y a lo previsto también en los diferentes tratados internacionales suscritos por Venezuela.

Asimismo, la sala aclaró que según lo establecido en el artículo 19 de la *Ley para sancionar los delitos por razones políticas*:

le corresponde analizar la sentencia cuestionada en atención a las denuncias formuladas por el Ministerio Público, a la Constitución y leyes vigentes para la fecha en la cual fue dictada y a los elementos probatorios que consten en autos, pero en ningún caso esta instancia constitucional se pronunciaría sobre la determinación de los hechos ni a la responsabilidad penal pues ello corresponde al juez natural de la materia penal, como expresamente lo señala dicha norma.

En este sentido se reiteró lo señalado en la sentencia 1713/2007 recaída en un caso similar¹³, destacando que su tarea “consistirá en advertir elementos que den lugar a la reapertura de una investigación, mas no de determinar que efectivamente ocurrieron unos hechos de un modo tal o cual, o que quienes actuaron lo hicieron con una intención determinada”, pues, de lo contrario, «no tendría sentido la reapertura del expediente permitida [el artículo 19 de la *Ley para sancionar los delitos por razones políticas*], ni tampoco tendría sentido la posibilidad consentida por dicha norma de que se tramite nuevamente el caso ante la jurisdicción ordinaria.”

Atendiendo a estos presupuestos, la Sala Constitucional analizó la solicitud de revisión, la sentencia cuestionada y las actas procesales que constan en el expediente, para determinar:

si, en este caso, existen suficientes elementos que autoricen abrir nuevamente la causa y sustanciar un proceso penal para que se determine si hubo la comisión de un hecho punible y la responsabilidad penal, conforme a las garantías previstas en la Constitución y en el Código de Justicia Militar vigentes para la fecha en la cual fue dictado el fallo objeto de revisión, esto es, el 25 de mayo de 1971, en cuanto a lo sustantivo en atención al principio *ratione temporis*, exceptuando las normas procesales actuales que resulten aplicables o las sustantivas que beneficien a los responsables en virtud del principio *in dubio pro reo*.

Primero, la Sala hizo referencia a los alegatos del Ministerio Público, destacando la versión de este órgano sobre los hechos relativos al homicidio de Martiarena. Tanto en los resultados de la investigación desarrollada en 2013 como en los argumentos jurídicos, que sirvieron de base a la solicitud de revisión de la sentencia del juzgado militar del 25 de mayo de 1971 —confirmada por su alzada, el Consejo de Guerra Permanente—, se declaró:

plenamente ajustado a derecho el comportamiento del Sub-Teniente Nelson José Noriega y de los efectivos militares de su pelotón, por lo que fueron eximidos de responsabilidad penal por la muerte [de] Martiarena y estimó que había quedado demostrado que los hechos que motivaban la averiguación sumarial no revestían carácter punible, con fundamento en que luego de varios intentos de fuga el prisionero resultó herido y luego ultimado como consecuencia de los disparos

13 Ver nota 3.

que le hicieron los individuos de tropa Armas Guevara y José Teodoro Gudiño y el Sub-Teniente Noriega y que, ante la imposibilidad de la pronta evacuación del occiso, se procedió a inhumarlo en la zona, por lo que probadas todas esas circunstancias resultaba plenamente justificada la conducta de los militares señalados de haber empleado sus armas reglamentarias disparando contra el fugado, pues si bien ese era un medio extremo, era el único racionalmente viable y eficaz para lograr la captura de aquél y cumplir así estricta y cabalmente con las funciones inherentes a la autoridad militar de las cuales estaban investidos y al cargo que desempeñaban.

Luego la Sala Constitucional procedió a valorar la investigación realizada en 2013 por el Ministerio Público, que contradice la versión de los hechos establecida en la sentencia del juzgado militar. Del examen de la Sala es preciso destacar lo siguiente:

del análisis de la información extraída de los informes periciales practicados a los restos óseos del occiso Santos Martiarena y de las declaraciones rendidas ante el Tribunal que dictó el fallo cuestionado, resulta evidente que, en efecto, su muerte ocurrió por causa de dos disparos de arma de fuego en el cráneo durante el procedimiento militar que se llevaba a cabo por funcionarios castrenses con ocasión de la situación expuesta, tal como lo reseña la sentencia cuestionada, pero llama la atención de esta Sala que, durante las averiguaciones desarrolladas durante el sumario en el momento de los hechos, no se hubiesen obtenido testimoniales de otros funcionarios militares que, según el testimonio del Distinguido José Teodoro Gudiño, actuaron en dicho procedimiento, como es el caso del Sargento Segundo Armas Guevara y del Soldado José López González, así como de otras personas habitantes de las zonas aledañas al lugar donde ocurrió lo relatado o bien del entorno, incluso familiar, del occiso y haber ordenado la exhumación del cadáver para contrastar los testimonios del personal militar sobre los cuales se basó el fallo objeto de revisión.

Esto resultaba necesario para determinar con certeza los hechos y verificar o descartar vulneraciones de derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la libertad, a la presunción de inocencia y demás garantías previstas y reconocidas por la Constitución vigente en aquel momento y por los Convenios Internacionales suscritos por Venezuela en materia de derechos humanos, incluso de aquellas violaciones que constituyeran delitos graves o crímenes contra la humanidad, que tienen su antecedente en los Preámbulos de la Primera Convención de La

Haya de 1899 relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra y de la Cuarta Convención de La Haya de 1907 sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, a partir de los cuales se consideraba que esos crímenes constituían grandes violaciones a las “leyes de la humanidad”, y que ahora se denominan crímenes de lesa humanidad ejecutados en el marco de una política del Estado, según el artículo 7 del Estatuto de Roma de 2002, pero que fueron tipificados por primera vez en el Acuerdo de Londres de 1945, posteriormente suscrito por Venezuela.

Ahora bien, con relación al alegato del Ministerio Público sobre la inmotivación del fallo del 25 de mayo de 1971, la sala constitucional afirmó que en este se aplicó pero no se hizo mención al artículo 397.8 del Código de Justicia Militar de 1967 –vigente para la época–, que preveía como causal de exención de pena a quien utilizaba un arma cuando no existía otro medio racional para cumplir una orden recibida, además:

no contiene la argumentación lógica y precisa de las razones por las cuales, en esecaso, el uso del arma era el único medio racional para impedir la fuga del detenido, lograr su captura y cumplir la orden dada, ni sobre los hechos y la conducta de cada uno de los funcionarios castrenses que actuaron en el procedimiento que se llevó a cabo en aquel momento, es decir, no se individualizaron los hechos respecto de cada uno de los funcionarios militares que estuvieron presentes durante lo ocurrido respecto de las lesiones y muerte a las que refieren los declarantes.

Sobre la base de este razonamiento, la sala hizo un extenso relato acerca de la motivación, como parte fundamental de las decisiones judiciales, estableciendo un repaso histórico de este requerimiento en la legislación y la jurisprudencia –así como en la doctrina del derecho penal–, para precisar que “la motivación siempre ha sido uno de los requisitos esenciales de la sentencia y su ausencia constituye un vicio de orden público que acarrea su nulidad, en tanto impide conocer las razones de hecho y de derecho en las cuales se sustenta el fallo.”

Atendiendo a estas consideraciones, la sala constitucional estableció que:

luego de analizar la sentencia cuestionada resulta evidente (...) que dicho fallo incurrió en el vicio de inmotivación por quebrantamiento de formas sustanciales de la sentencia, por la ausencia de los funda-

mentos de hecho y de derecho que sustentaran la determinación de que lo ocurrido no revestía carácter punible, que el comportamiento de los efectivos militares estaba ajustado a derecho, y que, por cuanto estaban eximidos de responsabilidad penal, en consecuencia, se declaraba terminada la averiguación en aplicación del artículo 206.2 del Código de Enjuiciamiento Criminal (1962), ya que de esta manera se impidió conocer las razones por las cuales la muerte de un ciudadano causada por dos disparos de arma de fuego no constituía un hecho punible, a pesar de la legislación penal militar y procesal existente, así como de la jurisprudencia imperante; en consecuencia, vulneró el artículo 142 del Código de Justicia Militar (1967) que exigía el cumplimiento del requisito de motivar el fallo, el cual es de estricto orden público; así como el derecho a la defensa, previsto en el artículo 68 de la Constitución de 1961, vigentes en el momento en el cual fue dictada la sentencia objeto de revisión.

Una vez declarada la in-motivación del fallo, en criterio de la sala “surgen suficientes elementos que justifican la necesidad de abrir nuevamente la investigación para determinar cómo ocurrieron los hechos, así como la responsabilidad penal de las personas involucradas y si hubo una violación de un derecho humano cometido por funcionarios castrenses que respondiera a una política del Estado o bien a una conducta volitiva individual, lo que debe ser verificado o desvirtuado mediante el proceso penal en vía ordinaria, con estricto apego a las garantías procesales y leyes sustantivas aplicables al caso, en atención al principio *ratione temporis* y a la especialidad de la materia.” Al respecto, además, citó la sentencia 864/2012 del 21 de junio donde se ratifica que “la investigación apropiada de graves violaciones de derechos humanos resulta un componente clave para la obtención de justicia, y con ello, el fortalecimiento y consolidación de un verdadero Estado de Derecho, entendido como aquel que, de manera efectiva e incondicionada, salvaguarda los derechos fundamentales de la persona humana.”

En definitiva, al declarar a lugar la revisión del fallo del 25 de mayo de 1971 dictado por el Juzgado Militar de Primera Instancia Permanente de Maturín y, a su vez, la sentencia del 11 de junio de 1971 que lo confirmó, dictada por el Consejo de Guerra Permanente de Maturín, la sala constitucional ordenó al Ministerio Público “reabrir la investigación penal (...) y,

en consecuencia, tramitar la causa penal por la vía ordinaria, desde la fase preparatoria del proceso penal, si están dadas las condiciones y requisitos legales correspondientes, en aplicación de las normas vigentes para la fecha de los hechos en atención del principio *ratione temporis*, quedando vigentes aquellas pruebas irrepetibles evacuadas durante la vigencia del Código de Justicia Militar (1967).”

3. Comentario final

La sentencia comentada, al igual que otras que resolvieron casos similares, evidencia la forma en que se desarrollan los procesos de politización de la justicia y judicialización de la política en Venezuela. En este caso, a partir de la reivindicación política de ciertos símbolos de la izquierda venezolana fomentada por el ejecutivo nacional y concretada a través de la *Ley para sancionar los delitos por razones políticas*, que ha sido dictada por la Asamblea Nacional. El Ministerio Público investigó sucesos del pasado reciente, como la muerte de Martiarena. Luego de esta investigación preliminar, el Ministerio Público solicitó la intervención de la sala constitucional de conformidad con la ley que creó una excepción para revisar sentencias anteriores a la vigencia de la Constitución de 1999. Por su parte, la sala constitucional, que ya había expuesto con anterioridad su tesis histórica sobre el contexto en el que ocurrieron acontecimientos como la muerte de Martiarena, procedió a fundamentar con un discurso jurídico la resolución de un caso que forma parte de la reivindicación política ya señalada. La inquietud es si en estas circunstancias hay lugar para la justicia.

Justicia y política: el Tribunal Supremo de Justicia y el cerco a la Asamblea Nacional

Jesús M Casal

1. Las vinculaciones, naturales o patológicas, entre la justicia y la política

Resulta evidente que hay relaciones estrechas y multidimensionales entre la administración de la justicia y la política. Estas son especialmente visibles en el campo de la jurisdicción constitucional. El clásico debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen en torno a la defensa o salvaguarda de la Constitución se sitúa en buena medida en medio de esa tensión entre los dos conceptos. La justicia constitucional ha sido tildada frecuentemente de política y el propio derecho constitucional ha sido denominado en determinados periodos y latitudes como derecho político.

La conocida discusión sobre el carácter contramayoritario del control judicial de constitucionalidad de las leyes y sobre su legitimidad está conectada íntimamente con esa temática, pues adquiere mayor justificación y dramatismo si se estima que dicho control es una simple prolongación de la política, pero por otros medios colocados en manos distintas a las de los representantes electos directamente por el pueblo.

Dejando de lado los detalles de una controversia que entronca con cuestiones fundamentales de la filosofía del derecho, la evolución de la jurisdicción constitucional comparada demuestra que el derecho y la justicia constitucional están ampliamente influenciados por la política, pero también enseña que esta se ve orientada o acotada por aquellos. Muchas de las teorías destinadas a explicar el comportamiento judicial coinciden en que

el derecho juega un papel en la determinación de la decisión de controversias constitucionales o, al menos, en la construcción de los márgenes dentro de los cuales ella puede ser tomada. En el fondo lo que ocurre es que existe una dialéctica entre el derecho y política que aflora singularmente en la justicia constitucional y en la cual los polos en tensión reclaman una solución ajustada a sus exigencias más depuradas o radicales, pero al mismo tiempo admiten modulaciones ante la necesidad de considerar la significación del concepto contrapuesto.

Hay, pues, vinculaciones naturales entre la justicia constitucional y la política que están presentes en el mismo procedimiento de designación de los magistrados de las altas cortes, los cuales, normalmente, no son seleccionados mediante concursos basados tan solo en los conocimientos demostrados en una prueba técnica, sino en procesos en los que se ponderan factores ligados a la visión filosófico-política y a la manera de entender y afrontar asuntos controversiales en una sociedad. La necesaria conexión democrática de la jurisdicción constitucional pasa por el procedimiento de designación de los magistrados y por aspectos referidos al periodo de ejercicio del cargo y otros similares. Esta conexión democrática evita que los tribunales o salas constitucionales sean un cuerpo extraño a las corrientes de pensamiento y a las preocupaciones presentes en una sociedad determinada, sin que esto implique sacrificar la independencia que distingue el trabajo judicial ni la idea del control jurídico del poder político.

Los verdaderos problemas comienzan cuando la relación entre justicia y política se hace patológica y la primera resulta asfixiada por la segunda, o la primera intenta desconocer el campo específico de la segunda. Es lo que sucede cuando no hay independencia judicial y los jueces constitucionales asumen el papel de garantes de una dominación ideológica, haciéndolo de forma militante. En un extremo –o en el otro– ocurre cuando los jueces se inhiben de intervenir en controversias con significación política y renuncian al despliegue de mecanismos de control judicial sobre la actuación del legislador y, en su caso, del Gobierno. También se pervierte la relación entre la justicia constitucional y la política cuando los tribunales o salas constitucionales invocan la Constitución como pretexto para hacer valer su propia concepción sobre los temas morales, económicos o sociales que subyacen en una controversia jurídico-constitucional. Es decir, cuan-

do el activismo judicial no está referido a la Constitución sino, más bien, al pensamiento de sus custodios quienes la usan para desarrollar una postura política o económico-social tan válida y a la vez opinable, en términos constitucionales, como las demás que compiten democráticamente en el espacio de la deliberación pública. Aquí la política es sacada de su esfera propia y es entronizada en los estrados judiciales debido al perjuicio del principio democrático.

En este contexto de la vinculación patológica entre la justicia y la política es preciso ubicar el caso venezolano, como lo explicaremos en el siguiente apartado.

2. El Tribunal Supremo de Justicia y la política

El Tribunal Supremo de Justicia se encuentra notablemente politizado, en el sentido más negativo del término, a causa de su subordinación activa al gobierno y de su explícita adhesión a la ideología que profesa. Ello se ha puesto de manifiesto principalmente a través de su sala constitucional, que sobresale entre las demás salas por la extensión de sus atribuciones y por haberse superpuesto a ellas por medio de mecanismos procesales como la revisión de sentencias por motivos constitucionales, el avocamiento y la facultad de resolver conflictos de competencia entre las mismas. En particular, la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ejemplifica de modo palmario la situación en la cual la jurisdicción constitucional asume funciones de afianzamiento de la dominación autoritaria. Antes de las elecciones parlamentarias del 6 de diciembre de 2015, la sala constitucional se distinguió por avalar la actuación del Poder Ejecutivo y de la Asamblea Nacional, mayoritariamente oficialista, al declarar sin lugar los recursos interpuestos contra sus actos. Más aún, su papel ha sido no solo de pasividad ante acciones inconstitucionales de los poderes públicos sino, incluso, se ha caracterizado por anticiparse a las iniciativas gubernamentales colocando, argumentativamente, bases para una *huida hacia adelante*. Es decir, para una intensificación o profundización de medidas ya adoptadas o de aspiraciones programáticas o intereses no satisfechos. En tal sentido, la sala constitucional ha establecido interpretativamente los fundamentos para la reelección indefinida del presidente de la república; para la censura judicial de informaciones y de la programación de los me-

dios de comunicación; para la ampliación del ámbito del reglamento en el campo de la actividad económica en detrimento de la reserva de ley; para la denuncia por Venezuela de la Convención Americana de Derechos Humanos; para la centralización de competencias constitucionalmente atribuidas a los estados con el carácter de exclusivas; para la intervención estatal en la economía con mínimos límites sustantivos, entre otros vectores jurisprudenciales favorecedores de la expansión del poder gubernamental.

Después de las elecciones del 6 de diciembre de 2015, que dieron la victoria a la oposición, no ha cambiado la naturaleza de la sala constitucional como instancia política de dominación autoritaria; pero ahora su militancia, a favor del gobierno, se traduce en el socavamiento de las posibilidades de actuación de la Asamblea Nacional. Sus sentencias, junto a algunas de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, dictadas desde finales del 2015 hasta el momento de escribir estas líneas, a comienzos del 2017, han conducido al completo bloqueo del Parlamento y de las atribuciones que le son propias en una democracia. Esta agresión ejecutivo-judicial contra el Parlamento es demostrativa de la falta de independencia del Tribunal Supremo de Justicia y del servicio que activamente presta al gobierno y a su política, así que nos centraremos en esta vertiente de la labor jurisdiccional de este tribunal.

A. La indebida afectación de la integración de la Asamblea Nacional

La sala electoral del Tribunal Supremo de Justicia afectó, arbitrariamente, la integración de la Asamblea Nacional al conocer un recurso contencioso electoral referido a las elecciones celebradas en los circuitos del estado Amazonas y de la región sur indígena en el cual se solicitaba la nulidad de estos comicios, así como el otorgamiento de un amparo cautelar dirigido a suspender los resultados de la elección durante la tramitación del proceso. La medida de amparo cautelar, adoptada el 30 de diciembre de 2015 y que aún está en vigor, suspendió los efectos de la proclamación de tales diputados y se tradujo en la prohibición de que los ciudadanos que habían sido proclamados con tal condición se incorporaran a la Asamblea Nacional. De esta forma la sala electoral se apartó de los principios del derecho electoral recogidos en sentencias de esta sala que, reiteradamente,

han hecho valer una presunción favorable a la voluntad expresada por los electores, contrariando la jurisprudencia de la sala constitucional en materia de amparo, la cual no permite emplear este instrumento procesal para dejar sin efecto o suspender la proclamación de una persona como titular del cargo para el que fue electa. Además, la sentencia del 30 de diciembre de 2015 fue emitida en periodo de vacaciones judiciales, quebrantando la transparencia y confiabilidad en la administración de justicia. A su vez, el agravante consistió en que esa sala laboró con la única finalidad de recibir el correspondiente recurso contencioso electoral y de otorgar el amparo cautelar sin dar la oportunidad para la revisión de los expedientes de los afectados y para la eventual presentación de oposiciones contra la medida. Todo quedó diferido hasta la reanudación del despacho judicial, en fecha posterior al 5 de enero de 2016, en la cual debía celebrarse la instalación de la Asamblea Nacional y la elección de su junta directiva. Con esta sentencia se vulneró, severamente, el derecho a la participación y a la representación política de los electores de las respectivas circunscripciones, que quedaron sin representación política propia ante la Asamblea Nacional.

Esta fue una decisión judicial tomada para despojar a la oposición democrática de la mayoría de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional que obtuvo en las elecciones de diciembre de 2015. Este hecho ha marcado las relaciones entre el Tribunal Supremo de Justicia y la Asamblea Nacional. Ha sido, a fin de cuentas, el ariete con el cual el oficialismo, aliado con el Tribunal Supremo de Justicia, suprimió esa mayoría calificada y terminaría liquidando funcionalmente a la Asamblea Nacional por medio de la inédita figura jurisprudencial referida a la supuesta situación de desacato en que se hallaría el Parlamento al haber incumplido la prohibición judicial de incorporación de los ciudadanos que fueron proclamados como diputados en los circuitos correspondientes. La Asamblea Nacional los incorporó y juramentó el 6 de enero de 2016 en uso de la facultad constitucional de calificar a sus miembros (art. 187, numeral 20); pero, luego, dejó sin efecto su decisión ante la adopción de la sentencia que aludió al mencionado desacato y a sus consecuencias. No obstante, volvió a incorporarlos el 28 de julio de 2016, dando lugar a sentencias de la sala electoral y de la sala constitucional, las cuales invalidaron de antemano toda actuación de la Asamblea Nacional que se realizara

mientras tales ciudadanos fueran considerados miembros del Parlamento. Esta descabellada tesis de la situación de desacato como causa general invalidante ha sido aprovechada por el Gobierno para desmontar la institucionalidad parlamentaria.

B. El cercenamiento de las funciones de legislación y de control de la Asamblea Nacional

En este ámbito debe hacerse una mención especial a los pronunciamientos de la sala constitucional, pues este órgano, que debería ejercer un control judicial de constitucionalidad de las leyes, se ha convertido, desde comienzos del 2016, en un filtro político de la actividad de la Asamblea Nacional que bloquea, sistemáticamente, sus actos sin fundamento jurídico-constitucional e, incluso, contrariando la interpretación de la Constitución que es cónsona con su normatividad y que ha prevalecido más de diecisiete años, destacándose en materias como la iniciativa legislativa, el alcance de los poderes parlamentarios de control e investigación y la representación en juicio de la Asamblea Nacional.

La sala constitucional, confabulada con el presidente de la república, ha llevado a cabo su propósito de impedir que la Asamblea Nacional pueda controlar al Gobierno y legislar en beneficio de la comunidad.

La Asamblea Nacional no puede controlar de manera efectiva al Gobierno y la administración pública como se prescribe en la Constitución (artículo 187, numeral 3) y es propio de toda democracia porque la sala constitucional, en sentencia dictada el 1 de marzo de 2016 (Sentencia N° 09/2016), redujo al mínimo la significación y operatividad de las interpe-laciones o requerimientos de comparecencia de funcionarios ante la Asamblea Nacional o sus comisiones, suspendiendo el régimen sancionatorio previsto en la ley en caso de inobservancia de las citaciones correspondientes y emanadas del Parlamento, lo cual se ha traducido en la práctica, con la aquiescencia del presidente de la república, como un absoluto desconocimiento de las solicitudes de comparecencia o de información que la Asamblea Nacional ha dirigido a ministros u otros funcionarios del Poder Ejecutivo. Conviene poner de relieve que, en virtud de esa decisión, la fuerza armada fue excluida del ámbito de estos poderes de control e inves-

tigación de la Asamblea Nacional siendo, incluso, invocado por oficiales que desempeñan funciones civiles en la administración pública.

Recientemente, el presidente de la república –mediante la prórroga de un estado de excepción de emergencia económica que ya se ha prolongado por más de un año y excede con creces, desde el punto de vista temporal y sustantivo, lo permitido por la Constitución– insiste en facultarse para dejar sin efecto los votos de censura que, de acuerdo con la Constitución, la Asamblea Nacional puede emitir contra ministros o el vicepresidente ejecutivo en el marco de su competencia de control político sobre el Gobierno y que acarrearán la remoción inmediata del funcionario cuando se alcanza la mayoría calificada constitucionalmente establecida (artículo 246). Un decreto similar llevó a ignorar el voto de censura formulado por la Asamblea Nacional contra el Ministro del Poder Popular para la Alimentación, pese a que dicho voto obtuvo la mayoría necesaria para la automática remoción del ministro a quien la cámara consideró responsable político de la situación de desabastecimiento que sufre el país en el rubro de los alimentos.

Se ha suprimido también, durante el denominado estado de emergencia económica, la facultad de aprobación de la Asamblea Nacional en materia de contratos de interés público, competencia indelegable de este órgano parlamentario. El presidente de la república se ha arrogado por decreto la facultad de *aprobar* tales contratos que el propio Poder Ejecutivo nacional o los órganos que de él dependen suscriban. Igualmente, el estado de excepción ha permitido, ilegítimamente, al Poder Ejecutivo efectuar gastos no previstos en la Ley de Presupuesto sancionada por la Asamblea Nacional en el período anterior sin contar con la autorización del Parlamento, como ordena la Constitución (artículo 187, numeral 7). Lo más grave es que mediante uno de los decretos de emergencia económica del 2016, el presidente de la república se facultó para dictar regulaciones presupuestarias para el año 2017, desconociendo, así, una atribución histórica de los parlamentos en las democracias que la Constitución claramente reserva a la Asamblea Nacional (artículo 187, numeral 6). De esta manera, la declaración del estado de excepción ha permitido al presidente gobernar sin Parlamento desde enero de 2016.

Todo esto ha ocurrido merced a sentencias de la sala constitucional que han suprimido interpretativamente el control de la Asamblea Nacional sobre los decretos de estado de excepción y que han confirmado la vigencia y validez de los decretos o prórrogas correspondientes, pese a la desaprobación del Parlamento. Una de las reinterpretaciones más perversas de la Constitución, entre las elaboradas por la sala constitucional, ha sido precisamente la que reduce el control de la Asamblea Nacional sobre la declaración de los estados de excepción –por el presidente de la república– a una simple oportunidad para debatir y pronunciarse acerca de su contenido carente de consecuencias jurídicas, es decir, de implicaciones sobre la vigencia o mantenimiento del estado de excepción. Últimamente, el presidente ni siquiera se molesta en remitir a la Asamblea Nacional los decretos en los que declara o proroga un estado de excepción, los cuales la califican como un órgano *inhabilitado* para ejercer sus funciones constitucionales y ahora se intensifica con el argumento del desacato constatado por el Tribunal Supremo de Justicia.

Los últimos decretos de estado de excepción han afectado, además, garantías de derechos humanos sin que la declaración correspondiente haya sido notificada a la Organización de las Naciones Unidas y a la Organización de Estados Americanos como ordenan los instrumentos internacionales y la Constitución, lo que ha obstaculizado el control internacional.

En sentencias ulteriores se ha recortado aún más el ámbito del control parlamentario (sentencias de la Sala Constitucional N° 948/2016, del 15 de noviembre de 2016 y 12/2017, del 31 de enero de 2017), pues se ha prohibido mediante decisión cautelar que la Asamblea Nacional pueda adelantar procedimientos que conduzcan a declarar la responsabilidad política del presidente de la república, pese a ser esta una atribución comprendida en el artículo 222 de la Constitución –incluso según interpretación previa emanada de la misma sala– que faculta a la Asamblea Nacional para declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos.

En el ámbito de la legislación, la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, contrariando su jurisprudencia anterior y la praxis institucional democrática venezolana, mutiló el alcance de la iniciativa legislativa que puede originarse en el Parlamento y ha censurado perma-

nentemente, por razones políticas, las leyes sancionadas por la Asamblea Nacional a instancias del presidente de la república, quien en lugar de promulgarlas las envía a la sala constitucional para que esta, con criterios de la misma naturaleza, impida su entrada en vigor. Una estocada decisiva contra la autonomía parlamentaria en el campo legislativo se produjo en virtud de un nuevo criterio jurisprudencial: la Asamblea Nacional no puede sancionar leyes de manera independiente, a partir de sus propias apreciaciones técnicas, en consulta con todos los órganos del Poder Público y con la sociedad, sino que las leyes tienen que ser *concertadas* con el Poder Ejecutivo en todo lo que concierne a su contenido, siempre que este tenga implicaciones económico-financieras, y con el *Poder Popular*. En la sentencia respectiva, nuevamente, es invocado el estado de excepción como pretexto para este inadmisibles cercenamiento de la división de los poderes (Sentencia N° 269/2016, del 21 de abril de 2016). La Asamblea Nacional ha perdido entonces, de cierta manera, su autonomía.

A lo anterior se suma una sentencia de la sala constitucional que agudiza el cerco ejecutivo-judicial contra la Asamblea Nacional (Sentencia N° 808/2016, del 2 de septiembre de 2016). Se trata del pronunciamiento según el cual son nulos todos los actos que emanen de la Asamblea Nacional mientras se mantengan incorporados los diputados del estado Amazonas y de la región sur indígena, que debieron solicitar su reingreso al órgano institucional ante la seria demora de la sala electoral del Tribunal Supremo de Justicia en resolver la oposición que interpusieron contra la medida cautelar acordada por dicha sala, la cual suspendió la proclamación de estos diputados. Esta insólita medida cautelar dejó a los electores del estado Amazonas y de la región sur indígena sin representación parlamentaria, vulnerando sus derechos de participación política, tal como lo advirtió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través de su Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (comunicado del 29 de julio de 2016: “CIDH expresa preocupación ante falta de representación de pueblos indígenas en Asamblea Nacional de Venezuela”). La necesidad de mantener a estos electores con representación parlamentaria mientras se ventila el proceso judicial relativo a la impugnación de los resultados electorales correspondientes, así como la irracionalidad y violación al debido proceso en que incurrió la sala electoral al oír tardíamente esa oposición y

al considerar como no presentada la de la Asamblea Nacional llevó a tales diputados a solicitar su reincorporación y a asumir el ejercicio de la representación parlamentaria el 28 de julio de 2016. Pero la citada sentencia N° 808/2016 y las que la han secundado han dejado a la Asamblea Nacional sin capacidad de acción a causa de dicha reincorporación y en virtud de la insólita tesis creada jurisprudencialmente, según la cual el incumplimiento de alguna sentencia del Tribunal Supremo de Justicia por un órgano del Estado, la Asamblea Nacional en este caso, acarrea la invalidez de todos los actos que dicte mientras el desacato persista. No es aceptable que un órgano fundamental del Estado y del sistema democrático, como la Asamblea Nacional, vea cercenadas judicialmente todas sus atribuciones constitucionales ante el supuesto incumplimiento de una sentencia al no poder emitir actos válidos. A lo sumo podría discutirse sobre la validez de los actos para cuya adopción el voto de los diputados en cuestión hubiera sido determinante.

El balance del control político de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la Asamblea Nacional es elocuente: del total de quince leyes sancionadas por la Asamblea Nacional en el año 2016 solo una fue promulgada, relativa a la interrupción de las comunicaciones telefónicas en establecimientos carcelarios, pues el presidente de la república no la envió a dicha sala solicitando su inconstitucionalidad, sino que ordenó su publicación. Otro aspecto que se debe destacar es el referido al bono de alimentación y medicinas para pensionados y jubilados, el cual fue declarado *conceptualmente constitucional* por la sala que lleva el mismo nombre, pero se prohibió su entrada en vigor hasta que se determinara su viabilidad económica por el ejecutivo nacional ejecutivo nacional, atendiendo a los criterios fijados en la sentencia N° 269/2016. Desde ese momento reposa en un limbo del cual aún no ha salido, pese a la insistencia de la Asamblea Nacional en su promulgación. La Ley para la Activación y Fortalecimiento de la Producción Nacional fue sancionada, pero no remitida al presidente de la república a fin de evitar la declaratoria de su inconstitucionalidad y a la espera de cambios institucionales que hagan previsible un control constitucional no meramente político. Las demás leyes sancionadas fueron declaradas inconstitucionales por la sala constitucional mediante control previo por consideraciones jurídicamente objetables que encubren criterios

políticos y, después del 28 de julio de 2016, también por el manido argumento de la situación de desacato de la Asamblea Nacional.

Las sentencias señaladas por las salas constitucional y electoral se han dictado, no obstante, mientras la Asamblea Nacional se encuentra en estado de indefensión jurídica y por determinación de las mismas, ya que desde el año 2016 estas han conferido a la Procuraduría General de la República, órgano vinculado al Poder Ejecutivo, un monopolio de la representación judicial de los órganos del poder público que constitucionalmente no le corresponde y que nunca ha sido admitido, pues solo lo ostenta en relación con las controversias o intereses patrimoniales (art. 247 de la Constitución) y no respecto de la defensa judicial de actos dictados por órganos constitucionales autónomos, los cuales se encuentran facultados para tener su propia representación judicial. De allí que no se reconozca la atribución del Presidente de la Asamblea Nacional, que ha sido ejercida pacíficamente desde la instalación de la misma en el año 2000, según lo dispuesto en el Reglamento Interior y de Debates, de actuar en juicio en representación de este órgano legislativo y de sus actos y de otorgar poderes judiciales a esos efectos sin depender de la Procuraduría General de la República, cuya intervención solo es requerida –en relación con órganos constitucionales externos al Poder Ejecutivo nacional– cuando se trate de demandas o litigios patrimoniales.

El cerco ejecutivo-judicial contra la Asamblea Nacional ha llegado a su máxima expresión con la sentencia de la sala constitucional dictada el 11 de octubre de 2016 (N° 814/2016), que abre una nueva etapa de la agresión al Parlamento: la de la sustitución de la Asamblea Nacional por la sala constitucional u otras instancias que esta determine. En esta decisión la sala constitucional facultó al presidente de la república para dictar, mediante decreto ley, el Presupuesto Nacional del año 2017. Además, se autorizó a sí misma para ejercer el control sobre el presupuesto adoptado por el presidente. En tal sentido dispuso que, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, el presidente debería presentar ante la sala constitucional el decreto ley correspondiente. Se estableció, adicionalmente, que “aún cuando la Asamblea Nacional regresare al cauce constitucional” se mantendrá el presupuesto adoptado por el presidente de la república durante todo el 2017 sin que la Asamblea Nacional pueda

introducir modificaciones. Por tanto, en esta nueva fase de socavamiento de la institucionalidad democrática, la Asamblea Nacional es reemplazada por la sala constitucional y el procedimiento parlamentario por otros que la misma sala diseñe, lo cual es francamente antidemocrático porque el Parlamento es insustituible como instancia representativa y plural, legitimada directamente por el voto popular para tomar las decisiones fundamentales para la comunidad mediante una deliberación política pública.

Ya el presidente de la república presentó ante la sala constitucional dicho decreto ley, declarándolo constitucional. Sin embargo, el mismo no ha sido publicado aún en la Gaceta Oficial por lo que no ha entrado en vigor. Es importante subrayar que de acuerdo con la Constitución, el Poder Ejecutivo solo puede elaborar el proyecto de ley de presupuesto para su consideración por la Asamblea Nacional, ente que lo aprueba mediante otra ley (arts. 187, numeral 6, y 313). Esta regla no conoce excepción alguna. La falta de presentación oportuna del proyecto de ley de presupuesto por el Poder Ejecutivo ante la Asamblea Nacional, *por cualquier causa*, produce la reconducción, para el año siguiente, del presupuesto del año fiscal en curso (art. 313 de la Constitución). La sentencia de la sala constitucional ha suscitado una situación insólita donde no se produjo la reconducción ni ha sido publicada aún oficialmente la normativa presupuestaria del actual ejercicio fiscal.

C. El desconocimiento de la facultad de la Asamblea Nacional de designar a los Rectores del Consejo Nacional Electoral

La pretensión de sustituir a la Asamblea Nacional por medio de una sala constitucional supeditada a los intereses gubernamentales, ya que la última ha puesto de manifiesto una sentencia que designa unilateral e írritamente: la incorporación de nuevos rectores con sus suplentes en el Consejo Nacional Electoral (sentencia N° 1086 del 13 de diciembre de 2016). En diciembre del 2016 debían ser designados dos Rectores del Consejo Nacional Electoral con sus suplentes ante el vencimiento del periodo correspondiente, competencia constitucionalmente reservada a la Asamblea Nacional que ya había adelantado el proceso de selección. Es conveniente mencionar que hubo una amplia participación ciudadana mediante la presentación de postulaciones. Sin embargo, poco antes de que la Asamblea

Nacional procediera a efectuar la respectiva elección, la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, invocando una omisión legislativa que en realidad no ha existido, designó a los titulares de estos cargos para un nuevo periodo de siete años y, con ello, vulneró nuevamente las atribuciones constitucionales del Parlamento, así como el derecho a la participación ciudadana, pues impuso unas designaciones que estaban (están) completamente al margen del procedimiento de consulta y postulación.

Por otro lado y al actuar así, la sala constitucional contradijo su jurisprudencia anterior referida a la omisión legislativa ya que a lo sumo podría justificar designaciones provisionales, cuya validez expiraría tan pronto la Asamblea Nacional completara el trámite para la designación de las autoridades respectivas y alcanzara el acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes. La sentencia de la sala constitucional fue emitida quebrantando el debido proceso, pues esta no dio oportunidad para que la Asamblea Nacional, que ni siquiera fue citada, expresara su posición sobre una acción judicial que afectaba sensiblemente sus funciones constitucionales. Adicionalmente, la sentencia de la sala constitucional invocó como fundamento no solo el supuesto incumplimiento de los lapsos legalmente establecidos para efectuar tales designaciones, sino la situación de desacato en que se encontraría la Asamblea Nacional, impidiéndole dictar actos que fuesen considerados válidos. Esto confirma que esta tesis del desacato, como causa de inhabilitación global de la Asamblea Nacional, fue ideada para avanzar en el desarrollo incontrolado de la gestión gubernamental y en el dominio político de la institucionalidad.

D. Vulneración de la autonomía política de la Asamblea Nacional

Otro grave atropello judicial contra las atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional se ha cometido mediante la sentencia N° 2/2017 en la cual se declara la nulidad de la decisión de dicho órgano institucional de elegir su junta directiva cuando, según la Constitución, puede elegirla al inicio de cada periodo legislativo anual, voto que se realiza con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento Interior y de Debates de este cuerpo legislativo, anunciado el 5 de enero de 2017. Pero la sala constitucional anuló este acto aduciendo que la Asamblea Nacional se encuentra en desacato

y, mientras no salga de esa situación, no podría instalarse el periodo de sesiones del 2017 ni elegirse la nueva junta directiva.

Esta sentencia ha ocasionado enormes problemas en el funcionamiento del Parlamento en materia no solo política sino, también, administrativa y financiera, ya que representa una grave afrenta a la significación constitucional de la Asamblea Nacional como órgano democrático.

3. Reflexión final

La experiencia sucintamente narrada demuestra los daños institucionales que puede ocasionar la instrumentalización de la justicia por la política o, en otras palabras, la falta de independencia judicial y la colonización de la jurisdicción constitucional por una hegemonía ideológica o de partido. Esto conduce a una reflexión sobre la importancia de diseñar mecanismos institucionales, barreras sociales y culturales ante las amenazas de ocupación de la institucionalidad por liderazgos o proyectos políticos que estén cerrados a la alternancia, es decir, a la aceptación y conservación del marco constitucional dentro del cual se produce un pendulamiento de ofertas electorales y programas de gobierno que, por su sujeción al pluralismo, preservan el espacio común para la lucha democrática. Más allá de la apelación genérica a la separación de poderes y a la significación de los controles interorgánicos e intraorgánicos, es necesario levantar un inventario de instrumentos específicos probados en sistemas democráticos que hayan funcionado como factores efectivos de contención de procesos tendencialmente autoritarios, así como sembrar o fortalecer iniciativas sociales (y económicas) que favorezcan la capacidad de respuesta de las organizaciones benéficas e individuos ante tales peligros.

Por tanto, esto debe ir acompañado de programas destinados a consolidar una cultura de la democracia y del Estado de derecho. Es preciso superar la idea, muy extendida en países latinoamericanos, de que quienes ganan las elecciones pasan a ser dueños de todos los asuntos políticamente relevantes y, en tal condición, colocan acólitos en las instituciones llamadas constitucionalmente a cumplir funciones de control. Los pesos o contrapesos requeridos por el Estado de derecho solo son posibles si se acepta una base legítima de poder en los cuerpos judiciales, lo cual –manteniendo

su vinculación con la dinámica democrática— posee una fundamentación y una fuente distintas a las elecciones de gobernantes o representantes populares. Estos cimientos del trabajo judicial en la democracia están enraizados en el valor del derecho y la argumentación jurídica como vías con identidad propia, aunque no exentas de influencias, para la construcción de soluciones. Todo ello asumido, en la independencia judicial y en las virtudes del oficio del juez, con múltiples aperturas a la corriente democrática que subyace y soporta el andamiaje institucional del Estado de derecho.

El Estado de derecho en la Constitución de 1999

Margarita Escudero León

1. Estado de derecho

Entre el siglo XV y el siglo XVIII se consolida en Europa el llamado Estado absoluto caracterizado por la concentración de todos los poderes en la figura del monarca, los cuales no estaban sometidos a la ley. Es con ocasión de la Revolución Francesa que se crea un nuevo tipo de Estado que queda sometido a la ley como manifestación de la voluntad popular y al cual la doctrina alemana pasa a denominar Estado de derecho.

El sometimiento del poder al derecho tiene sus antecedentes en Inglaterra bajo la denominación de *rule of law*, ya que a partir de la Gloriosa Revolución de 1688 es cuando se impone la separación de poderes entre el Parlamento y el monarca, sometiendo al Estado a la autoridad de la ley. Como consecuencia de esa concepción, la independencia estadounidense acoge en su marco constitucional el concepto de Estado de derecho.¹

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (en adelante la Constitución de 1999) establece en su Artículo 2 que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y justicia. Esta definición constitucional de Estado abarca cuatro elementos del Estado venezolano, como son: Estado democrático, Estado social, Estado de derecho y Estado de justicia. Cada una de dichas caracterizaciones, también llamadas cláusulas, tiene sus alcances y contenidos que se integran y complementan para dibujar las características del Estado previsto

¹ J. Peña Solís, *Lecciones de Derecho Constitucional General*, Volumen I, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, págs. 283-285.

constitucionalmente. Estas reflexiones abarcarán solo una de esas cláusulas como es la del Estado de derecho.

Ahora bien, la primera comprensión del Estado de derecho deriva en su sometimiento a unas normas jurídicas. La evolución de este concepto ha exigido el respeto del Estado a valores: principios y derechos fundamentales en lo que se llama un Estado de derecho material en oposición a un Estado de derecho formal. Así, la doctrina constitucional moderna reconoce que el Estado de derecho –entendido como el sometimiento pleno de este a la ley– se estructura con base en cinco principios fundamentales, como son: i) el principio de legalidad, ii) el principio de separación de poderes, iii) el principio de respeto a los derechos fundamentales, iv) el principio de tutela judicial y el v) principio de garantía patrimonial. Analicemos cada uno de ellos desde el punto de vista teórico para, finalmente, evaluar cuántos de dichos principios consiguen vigencia en la realidad actual venezolana.

2. Elementos que integran el Estado de derecho

2.1. Principio de legalidad

El primer principio de la cláusula del Estado de derecho, sobre el cual se constituyó originariamente su concepto, es el de legalidad. Sus orígenes doctrinales más claros se remontan a los siglos XVII y XVIII. Así, John Locke –primer teórico de la separación de poderes– califica al Poder Legislativo como un poder supremo por ser la ley el instrumento para lograr el “fin sumo de los hombres, al entrar en sociedad [como] es el goce de sus propiedades en seguridad y paz.”²

Para comprender la existencia del principio de legalidad como reacción a los Estados absolutos es importante comentar la concepción de Jean-Jacques Rousseau –escritor y filósofo suizo, nacido en Ginebra en 1712– contenida en su famosa obra *Du Contrat Social*, cuya publicación apareció en el año 1762.

Rousseau postula la subordinación del Estado a la ley, manifestación de la voluntad soberana. Para ello parte de la idea de un pacto o contrato

2 J. Locke, *Ensayo sobre el Gobierno Civil* (Primera edición inglesa, 1690), Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 79.

social en el cual se llegue a una forma de asociación que permita que los individuos se mantengan tan libres como antes de la creación del Estado, lográndolo mediante la autoregulación de sus conductas, es decir, a través de su sometimiento a la ley como expresión de la voluntad general. En palabras de Rousseau:

Lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que le tienta y está a su alcance; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. Para no engañarse en estas compensaciones, hay que distinguir bien la libertad natural, que no tiene otros límites que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general. . .

[E]l impulso del simple apetito es esclavitud, y la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad.³

Concluye Rousseau señalando: “La primera y más importante consecuencia de los principios que acabamos de exponer es que la voluntad general es la única que puede dirigir las fuerzas del Estado según el fin de su institución, que es el bien común”.⁴ En cambio, sobre la ley expone:

Con el pacto social hemos dado existencia y vida al cuerpo político; ahora se trata de darle, con la legislación, movimiento y voluntad...

(...) [N]o hay que preguntar a quién corresponde hacer leyes, puesto que éstas son actos de la voluntad general; ni si el príncipe está por encima de las leyes, puesto que es miembro del Estado;...

(...) Llamo, pues, república a todo Estado regido por leyes, cualquiera que sea su firma de administración; pues sólo entonces gobierna el interés público y la cosa pública representa algo...

El pueblo sometido a las leyes debe ser el autor de las mismas; sólo a los que se asocian corresponde reglamentar las condiciones de la sociedad.⁵

Vemos pues la preponderancia que Rousseau da a la ley y a la función de legislar como expresión soberana de la voluntad general, así como a la unidad del poder. Esta concepción tendría especial repercusión en Euro-

3 *Ibid.*, pág. 169.

4 *Ibid.*, pág. 173.

5 *Ibid.*, págs. 181, 183.

pa, donde la preeminencia de la ley y del Parlamento serían esenciales para la existencia de un Estado de derecho.

De esta manera, el principio de legalidad –acogido por el Estado moderno y entendido como el sometimiento del poder público a la ley– se ha formulado de distintas maneras, razón por lo que se *habla* de la tesis de la vinculación positiva, la tesis de la vinculación negativa y la tesis ecléctica. La primera es formulada por los franceses y comprende el principio de legalidad como el sometimiento pleno de la administración pública a la ley: la administración pública no puede actuar si no ha sido autorizada de manera previa por alguna norma. La segunda tiene su origen en Alemania y comprende el sometimiento de la administración pública a la ley: la administración pública puede hacer todo lo que no esté expresamente prohibido por un precepto. Doctrinariamente se ha planteado que, también, la tesis ecléctica pretende armonizar ambas posturas a través de dos alternativas: una es la *vinculación positiva* que se refiere a aquellos actos que generan cargas o gravámenes a los administrados, en cambio, la *vinculación negativa* consiste en los actos o actuaciones que beneficien o generen derechos a los particulares. La tesis de la vinculación negativa fue fuertemente cuestionada y abandonada después de la Segunda Guerra Mundial, siendo la tesis de la vinculación positiva⁶ la más valorada en la actualidad.

El Artículo 7 de la Constitución venezolana, al establecer la soberanía constitucional, señala que “[l]a Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.” Por su parte, el Artículo 137 constitucional, que se reconoce como el principal consagrador del principio de legalidad, plantea: “Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.” Asimismo, el Artículo 141 indica que la administración pública se encuentra “en sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”

Los citados Artículos constitucionales evidencian con claridad el mandato del constituyente a que el ejercicio del poder público se haga en estricta sujeción a la norma jurídica y al derecho. En primer lugar, la norma

6 J. Peña Solís, *ob cit*, págs. 306 y ss.

jurídica atiende a cualquier producción normativa, indistintamente de su emisor o del grado en que se encuentre dentro de la jerarquía normativa. Por ello, el ejercicio del poder público se encuentra tan sometido a la Constitución como a normas de inferior jerarquía. Entendiendo que, ante eventuales contradicciones normativas, la ley superior vinculará con mayor fuerza al poder público que la regla de inferior jerarquía. Así lo estableció el Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Político-Administrativa, sentencia del 4 de febrero de 2009:

Con relación al principio de legalidad esta Sala indicó en sentencia N° 01441 del 6 de junio de 2006, lo siguiente:

Así, doctrinariamente se ha venido admitiendo que el referido principio comporta un doble significado, a saber: la sumisión de los actos estatales a las disposiciones emanadas de los cuerpos legislativos en forma de ley; además, el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una autoridad pública, a las normas generales y abstractas, previamente establecidas, sean o no de origen legislativo, e inclusive provenientes de esa misma autoridad.

De acuerdo a lo indicado, la legalidad representa la conformidad con el derecho, en otros términos, la regularidad jurídica de las actuaciones de todos los órganos del Estado.⁷

En segundo lugar, es importante comentar el hecho de que nuestra Constitución somete el ejercicio del Poder Público tanto a la ley como al *derecho*. Dicha precisión es fundamental para comprender que el Estado no solo debe actuar apegado a la norma jurídica, sino a los valores constitucionales y principios generales del derecho que –aunque no estén positivizados– se constituyen en fundamentos inspiradores de la valoración del ordenamiento jurídico. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo de Justicia (en sentencia del 15 de mayo de 2008), el cual expresamente ha incorporado al *bloque de legalidad* (en denominación de Hauriou) los principios y valores del sistema jurídico venezolano, así como principios de validez universal:

El poder estatal no solo ha de ejercerse con respeto de la legalidad formal, sino también de la legalidad material, esto es, de los valores contenidos en las normas, principios y valores superiores del sistema, los

⁷ Sentencia del 4 de febrero de 2009, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso Transeguro, C.A. de Seguros, consultada en www.tsj.gov.ve; Internet.

cuales está obligado a desarrollar como uno de sus objetivos esenciales. Contrario sensu, no se habría superado el estado formal de derecho y por tanto, tampoco el positivismo ideológico.

(...)

Pero si la Constitución es norma de normas no solo en sentido formal positivista, sino también en el sentido material de sus contenidos de valor, no hay ni puede haber en su seno norma alguna que valga contra los preceptos, principios y valores constitucionales, aunque también estos deban acoger los valores de ciertos principios mínimos de validez universal (Principios Generales del Derecho, Derechos Humanos Internacionales, Derecho Internacional Humanitario).⁸

En lo que respecta al grado de sujeción o vinculación del poder público al derecho, la Ley Orgánica de la Administración Pública⁹ reitera en su Artículo 4 que:

La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico.

Dicho Artículo confirma no solo la sujeción del poder público venezolano al *bloque de legalidad* sino, también, la *vinculación positiva* que caracteriza el principio de legalidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Otro elemento importante a valorar en el alcance y contenido del principio de legalidad es la posibilidad de que el poder público actúe con cierto margen de libertad o discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, siendo posible que varias actuaciones sean legales y legítimas de acuerdo con el *bloque de legalidad* que las rige. Sobre este tema El Tribunal Supremo de Justicia manifiesta:

Al analizarse detenidamente el contenido del principio tratado, se evidencia la existencia de dos intereses considerados como contrapuestos

8 Sentencia del 15 de mayo de 2008, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso Rafael Vásquez, consultada en www.tsj.gov.ve; Internet.

9 Decreto No. 1.424 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en Gaceta Oficial No. 6.147 Extraordinario de fecha 17 de noviembre de 2014.

en el desarrollo de la actividad administrativa: por una parte, la necesidad de salvaguardar los derechos de los administrados contra los eventuales abusos de la Administración; y por la otra, la exigencia de dotar a ésta de un margen de libertad de acción.

En este sentido, si bien es cierto que se debe evitar la posibilidad que se produzcan actuaciones arbitrarias por parte de la autoridad administrativa, siendo para ello preciso que ésta se encuentre supeditada a una serie de reglas jurídicas, no es menos cierto que tal sujeción no debe ser excesiva, al punto que se impida un normal desenvolvimiento de la actividad administrativa, lo que de igual forma causaría graves perjuicios a los administrados. Así las cosas, es entendido que la oportunidad de adoptar determinadas medidas, por parte de la Administración, no siempre puede precisarse por vía general anticipadamente, sino en el momento específico en que cada caso concreto se presente.¹⁰

De la anterior cita jurisprudencial se evidencia la necesidad de dotar al poder público de un margen de libertad en el ejercicio de determinadas competencias, lo que se lleva a cabo mientras el órgano o ente institucional esté actuando según lo planteado por el texto constitucional. Es por ello que la función normativa del Poder Legislativo, en ejecución directa e inmediata del texto constitucional, goza del mayor margen de discrecionalidad ya que su actuación se encuentra supeditada solo a los lineamientos establecidos por las normas y principios constitucionales e internacionales vigentes en el país. En el caso de la administración pública su rol está supeditado a un bloque normativo más detallado que, consecuentemente, determina con más precisión su forma de actuación. Sin embargo, ni la discrecionalidad legislativa ni el otorgamiento de la ley de potestades con elementos discrecionales –que le permiten escoger su conducta entre distintas opciones válidas– a la administración pública constituye una violación o excepción al principio de legalidad. Por el contrario, las potestades que se ejercen con elementos de discrecionalidad lo hacen gracias a la norma que faculta dicho margen de libertad, siendo otorgado por el propio legislador. Libertad que, además, no es absoluta ni puede ser ejercida de forma arbitraria porque está sometida a los principios generales del derecho, siendo muy importantes en este punto los principios de proporcionalidad y racionalidad en la actuación pública.

10 Sentencia de fecha 4 de febrero de 2009, antes citada.

2.2. Principio de separación de poderes

Hubo un reconocimiento de la existencia de distintas funciones públicas desde la antigüedad. Sin embargo, el principio de separación de poderes atiende a una idea nueva en el mundo filosófico, político y jurídico como es la de dividir el poder público entre diversos órganos para evitar los abusos y excesos por parte de los detentadores de dicho poder.

Recordemos que desde finales del siglo XVI hasta el siglo XVIII se desarrolla, principalmente en Europa, un fenómeno general denominado absolutismo. La noción de absolutismo atiende primordialmente a que el rey, como jefe máximo del poder público, solo rinde cuentas ante Dios, no está sometido a ninguna autoridad exterior, detenta un poder supremo y en él se concentran todos los atributos de la potestad estatal. Del rey, pues, emanaban todos los poderes. Así, al rey pertenece el poder de hacer la ley, gobierna y administra personalmente por medio de agentes dependientes, asimismo, ejerce la función jurisdiccional a través de jueces que haya asignado. Es precisamente como reacción a ese Estado absoluto que el principio de separación de poderes se convierte en un dogma del Estado de derecho.

John Locke –filósofo inglés nacido en 1632, cuyas concepciones resultaron en la Gloriosa Revolución inglesa de 1688, donde manifestó que el Parlamento se convierte en supremo y el rey en subordinado– constituye en el primer doctrinario que se pronuncia a favor de la limitación del poder del monarca y la declaratoria de la supremacía del Parlamento. En *The Second Treatise of Civil Government* de sus *Two Treatises of Government*, publicado en 1690, señala la necesaria limitación del poder ya que los hombres no abandonarían el estado de la naturaleza para someterse a gobiernos arbitrarios. Locke desarrolla la idea de la distribución de funciones, entre las cuales menciona la función de legislar, la función de juzgar, la función de ejecutar las leyes en el orden interno y la función de usar la fuerza en el exterior para amparar a la comunidad frente a agresiones externas.¹¹

Asimismo, es importante destacar que en Inglaterra –país de donde Locke es originario– la separación de poderes había empezado a practicar-

11 J. Locke, *ob cit*, pág. 76

se en cierta medida por razones propiamente históricas. De esta manera lo expone Carré de Malberg:

[La separación de poderes] [f]ue el producto de la lucha secular sostenida por el Parlamento inglés contra la potestad real, con objeto de limitar los derechos de la Corona mediante esas dos asambleas, consideradas como representantes del pueblo inglés. El resultado de esta lucha fue, especialmente después de la revolución de 1688, el establecimiento de cierto equilibrio de potestad entre la realeza y las Cámaras, que se obtuvo, especialmente, por medio de una distribución entre dichos órganos de los poderes legislativo y gubernamental.¹²

No obstante, es Charles-Louis de Secondat –barón de La Brède y de Montesquieu. Escritor francés nacido en 1689– quien formula la teoría de la separación de poderes. En su conocida obra *L'Esprit des Loix*, publicada en 1748, señala que la libertad solo puede conseguirse a través de la limitación del poder por el propio poder, razón por el que este no podía estar en manos de la misma persona o grupo de personas. En este sentido, el autor escribió:

La libertad política no se encuentra más que en los Estados moderados; ahora bien, no siempre aparece en ellos, sino sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites.

Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder.¹³

Con relación a lo expuesto anteriormente acerca del análisis que se hace del funcionamiento del gobierno en Inglaterra,¹⁴ Montesquieu señala como clave para el equilibrio político la división de poderes. Del siguiente modo lo expresa:

Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil.

12 Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, págs. 743-744.

13 Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, Volumen I, Ediciones Orbis, S.A., España, 1984, pág. 142.

14 El sistema inglés, más que un sistema de separación de poderes en el sentido tradicional, es un sistema de reparto de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo, en que sus titulares están unidos a través de estrechos vínculos, conocido hoy como régimen parlamentario.

Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a éste poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado.

(. . .)

Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares.¹⁵

Así, Montesquieu considera fundamental para asegurar la libertad política la existencia de tres tipos de poderes, los cuales habían sido ya delineados por Locke. Sin embargo y a diferencia del segundo autor aludido, el Poder Ejecutivo, según Montesquieu, incluye a los poderes ejecutivo y federativo mencionados por Locke y le da rango de poder a la función judicial. Lo innovador en la teoría de Montesquieu consiste en la necesaria separación en diferentes manos de los tres poderes que identifica el Estado, así como la igualdad e independencia entre ellos y las necesidades de control de una rama del poder sobre la otra.

Las concepciones de Locke, Montesquieu y Rousseau fueron piedras angulares de las revoluciones americana y francesa, pues influyeron en ellas de distintas maneras y conllevaron a la creación de un tipo de Estado caracterizado por la separación de poderes en distintas manos, que se controlaban y colaboraban entre sí y cuyo ejercicio debía sujetarse a los designios de la ley. De esta manera se percibe en la Constitución estadounidense de 1787: la primera que se fundamenta en el principio de separación de poderes. Señala que el Poder Legislativo estará en cabeza del Congreso, el Poder Ejecutivo en cabeza del presidente de la república y el Poder Judicial en una Corte Suprema y en cortes inferiores.

James Madison –político norteamericano nacido en 1751–, en el escrito 47 de las páginas de “El Federalista” (artículos de prensa que fueron publicados por Alexander Hamilton, John Jay y James Madison, integran-

15 Montesquieu, *op. cit.*, págs. 143-147.

tes de la Convención Constituyente buscando apoyo para la ratificación de la Constitución estadounidense), reitera la importancia de la separación de poderes en el Estado que nacía. Plantea, en este sentido, que “[t]he accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, selfappointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny.”¹⁶ Sin embargo, consideró que Montesquieu –al establecer su teoría de separación de poderes– “did not mean that these departments ought to have no PARTIAL AGENCY in, or no CONTROL over, the acts of each other.”¹⁷ En consecuencia, justifica los controles que las ramas del nuevo gobierno estadounidense van a ejercer una sobre otra, fundamentado además en las realidades constitucionales de diversos estados de la unión.¹⁸

En efecto, después de la lectura de la Constitución estadounidense, así como de las Constituciones estatales previas a esta, se evidencia la implementación de un principio de separación de poderes que pasa, necesariamente, por la distribución del poder entre diferentes órganos y del ejercicio de controles entre una u otra rama del poder público.

Por su parte, en Francia el principio de separación de poderes fue implementado en una forma más rígida que como fue concebido en la Constitución americana. En el Artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, publicado en 1789, se señaló que: “[t]oute société dans laquelle... la séparation des pouvoirs [n’est pas] déterminée n’a point de constitution”.¹⁹ La forma en que fue concebido este principio de separación de poderes impedía la interferencia de uno sobre el ejercicio del otro, privando de toda comunicación a las diversas ramas, tal como se evidencia de la Constitución de 1791 y la del año III.

16 J. Madison, *The Federalist* No. 47, disponible en página web de la Biblioteca del Congreso estadounidense, www.loc.gov; Internet: “[l]a acumulación de todos los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, en las mismas manos, bien sea de uno, de algunos, o de muchos, y bien sea hereditario, nombrado por sí mismo, o elegible, puede con justicia ser declarado la propia definición de tiranía.” Traducción nuestra.

17 *Idem*: “no significó que estos departamentos no deben tener ACCIÓN PARCIAL en, o ningún CONTROL sobre, los actos de cada uno.” Traducción nuestra.

18 *Idem*.

19 “[t]oda sociedad en la cual... la separación de los poderes [no esté] determinada, no tiene Constitución”. Traducción nuestra.

América Latina estuvo muy influida por el principio de separación de poderes en su concepción estadounidense. En Venezuela, desde la Constitución de 1811, se previó tanto la distribución vertical como horizontal entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.²⁰ Dicho principio ha sido mantenido en todas nuestras Constituciones, incluyéndose dos nuevos poderes en la de 1999: el Ciudadano y el Electoral. En el Artículo 136 del texto constitucional se proclama:

El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.²¹

Nuestra norma constitucional, entonces, evidencia: (i) unidad del Poder Público; (ii) división de órganos con funciones propias: legislativa, de gobierno, administrativa, judicial, electoral y ciudadana;²² (iii) división territorial del poder público y (iv) colaboración entre órganos para el cumplimiento de los fines del Estado. Además, se desprende que esas funciones propias no son ejercidas con exclusividad por cada una de las ramas, pues existe tanto ejercicio de función en una como por parte de las otras, mientras que el poder público interviene en el rol que ellas ejercen.²³ Esta realidad se repite en la gran mayoría de Constituciones del mundo, que

20 Constitución de 1811, en Allan Brewer-Carías (Compilador), *Las Constituciones de Venezuela*, Segunda edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Anauco Ediciones, C.A., Caracas, 1997, pág. 285.

21 Artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.908 Extraordinario, de fecha 19 de febrero de 2009.

22 Consideramos que las funciones ejercidas por las ramas Electoral y Ciudadana son materialmente un tipo de funciones administrativas.

23 Baste pensar en las funciones normativas que se le asignan al Poder Ejecutivo (dictar reglamentos), o las administrativas que se le asignan al Poder Legislativo (ejecutar su presupuesto de gastos) o al Poder Judicial (dirección y administración del Poder Judicial). Por su parte, y en lo que respecta a la intervención en las funciones propias de otra rama, podemos citar como ejemplo interferencias en la función normativa del Poder Legislativo (veto presidencial de leyes) o en la función administrativa del Poder Ejecutivo (autorización de la Asamblea Nacional para celebrar contratos de interés nacional). Ver un desarrollo detallado de esta realidad en Allan Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Tomo III, Tercera edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, págs. 20 y ss.

prevén separaciones de poderes flexibles en las cuales hay una constante colaboración y control entre las diversas ramas y funciones.

De este modo no solo la concepción original del principio de separación de poderes ha sido objeto de importantes transformaciones, sino que el propio concepto –entendido como división de funciones con aplicación de cada una de ellas a órganos determinados– ha sido criticado por doctrina constitucional comparada y por considerarse irrealizable. En la práctica constitucional de los Estados se ha evidenciado la mezcla y acumulación de funciones en los diferentes órganos, es decir, lo que se ha denominado una desunión institucional pero no funcional de poderes.

Así pues, la separación de funciones –en el estricto sentido de la teoría de Montesquieu– no se evidencia en ningún Estado. Las funciones en la actualidad, por la propia exigencia de los fines impuestos a los órganos públicos, están distribuidas entre estos sin que se pueda hablar de una exacta correspondencia entre órgano y función. Si bien, los órganos públicos tienen una función principal asignada –por ejemplo función normativa al Poder Legislativo– no significa que en la misma no haya la intervención de otra rama –promulgación de la ley por el Poder Ejecutivo– o que dicha tarea no pueda ser realizada independientemente por otra rama –función normativa reglamentaria del Poder Ejecutivo–.

En el caso venezolano, la jurisprudencia del máximo tribunal ha reiterado el sistema imperante de separación de poderes que se materializa en: i) ejercicio no excluyente de funciones e ii) interferencia de una rama del poder público en el ejercicio de las funciones de otra de sus ramas. Así se muestra en el siguiente fragmento:

Al respecto, observa la Sala que en su sentencia n° 3098 de 14-12-04, que antes se citó, se analizaron los términos y alcance con los cuales nuestra Constitución de 1999 recoge el principio de separación de poderes como pilar fundamental de nuestro Estado de Derecho. En esa oportunidad, y se reitera en ésta, se estableció que no se trata, en modo alguno, de una división rígida de poderes, sino, por el contrario, de una colaboración y control mutuo entre las distintas ramas del Poder Público, lo que implica que, en circunstancias excepcionales, siempre que lo establezca la Ley y que no colida con alguna norma constitucional, cada una de las ramas puede ejercer funciones de las otras: “el principio de separación de poderes que recoge el artículo 136 de

nuestro Texto Fundamental, de idéntica manera a como lo establecía el artículo 118 de la Constitución de 1961, no implica, ni mucho menos, una división rígida de órganos y funciones, sino que, como la misma norma predica, cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

Principio de colaboración de los Poderes Públicos que lleva a un control mutuo entre poderes y, en definitiva, admite, hasta cierto punto, un confusión funcional entre ellos, es decir, que cada una de las ramas del Poder Público puede ejercer excepcionalmente competencias que, por su naturaleza, corresponderían, en principio, a las otras y de allí que la Administración Pública cuente con potestades normativas (Vgr. la potestad reglamentaria) y jurisdiccionales (Vgr. resolución de conflictos entre particulares) y los órganos deliberantes y judiciales cumplan ciertas funciones típicamente administrativas (Vgr. la organización interna de sus dependencias y la potestad disciplinaria respecto de sus funcionarios, entre otras).

Es en este sentido que la doctrina constitucionalista venezolana ha entendido la esencia del principio de separación y de colaboración de poderes. Entre otros, Humberto J. La Roche sostuvo que la colaboración de poderes significa “una pequeña invasión de un poder cualquiera en las actividades del otro” (“Derecho Constitucional”, Tomo I, vigésima edición, Caracas, 1991, p. 421); “invasión” que tiene dos finalidades: una, de control mutuo o contrapeso de poderes y otra, de agilización en el ejercicio del Poder Público cuando, por razones instrumentales u operativas, sea conveniente que una de la ramas ejerza concretas competencias que, por naturaleza, corresponden a las otras, ejercicio que, ha de destacarse, requiere de previa, expresa y suficiente habilitación legal, tal como se exige para el ejercicio de cualquier potestad pública.²⁴

Esta posición ha sido recalcada recientemente por la sala constitucional en la sentencia del 23 de julio de 2009:

El Constituyente, y ello es evidente de una lectura de su obra, ha ensayado una distribución del Poder Público en niveles político-territoriales, así como una división en cada nivel.

(...)

²⁴ Sentencia del 9 de mayo de 2006, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso Fiscal General de la República, consultada en www.tsj.gov.ve; Internet

Pero de lo que no caben dudas es que todos los Poderes, según el caso, comparten mecanismos, instrumentos, métodos y fines. El Poder Legislativo nacional no sólo legisla, sino que también controla, con lo cual se acerca a la función contralora y a la judicial al mismo tiempo (art. 187.3); interviene en la discusión y aprobación del presupuesto, lo que ha sido catalogado como una tarea propia de la Administración (187.6), e interviene en el proceso judicial de destitución del Presidente de la República (art. 266.2). El Presidente de la República debe regular el ejercicio del derecho que se restrinja mediante decretos de estado de excepción (236.7 y 339), con lo cual ejerce una potestad normativa; concede indultos, incidiendo así directamente en la función judicial (236.19). El Poder Ciudadano puede investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa, para lo cual tendrá que valerse de técnicas que se asemejan a las que utiliza el Poder Judicial (274). El Poder Electoral dicta Reglamentos, los cuales contienen normas, es decir, es una técnica similar a la que usualmente ejerce el Poder Legislativo (293.1). Por último, el Poder Judicial se subroga a la Administración Pública en los casos que resuelve la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Estos son algunos ejemplos del uso común de ciertos mecanismos por parte de algunos o de todos los Poderes Públicos. No se han referido los medios en que los Poderes injieren en las tareas de los otros, que son abundantísimos. Basta con los mencionados para probar que nuestro orden jurídico constitucional no se caracteriza por asignar de forma exclusiva, excluyente u homogénea los métodos, técnicas o procedimientos que en general son los usuales de ciertos poderes públicos en el cumplimiento de sus fines.²⁵

Vemos, así, cómo el principio de separación de poderes en Venezuela se fundamenta en una separación orgánica mas no funcional, fundamentada principalmente en el control y colaboración entre ellos.

2.3. Principio de respeto a los derechos fundamentales

La sujeción del poder público al derecho tiene entre sus principales fines el respeto y garantía a los derechos fundamentales. Desde su origen la limitación del poder a la ley tenía como objetivo principal el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Dicho propósito queda plas-

25 Sentencia del 23 de julio de 2009, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso Rafael Badell y otros, consultada en www.tsj.gov.ve; Internet

mado en las primeras declaraciones de derechos de los Estados modernos (Declaración del Estado de Virginia de 1776, Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Históricamente el objetivo era la protección de los llamados derechos individuales, pero con el tiempo –y en el marco de la cláusula del Estado social– se incorporaron para su protección los llamados derechos sociales, económicos y culturales.

Efectivamente, a finales del siglo XIX se suscitó un cambio en el entendimiento de lo que significaba un gobierno justo que ya no se centraba en cómo establecer la voluntad de la mayoría, sino cómo proteger los derechos de los grupos minoritarios frente a la intolerancia de las mayorías. Ante esta evolución en la concepción de un gobierno justo, los jueces evidentemente pasan a tener un rol preponderante como protectores de los derechos de las minorías frente a las mayorías. Este desarrollo jurisprudencial se cristaliza de forma espectacular en 1954 con el famoso caso *Brown v. Board of Education*, donde la Corte Suprema de Estados Unidos de América declara inconstitucionales las leyes de los estados del sur que ordenaban la segregación racial en las escuelas públicas.

Cualquier declaración de derechos que pretenda ser efectiva tiene que estar garantizada por un mecanismo que haga realidad la voluntad constituyente en esta materia y esto es precisamente la justicia constitucional. Los derechos de las minorías no se ven representados ni protegidos en la ejecución diaria del poder público, pues son las mayorías las que dominan la composición de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, estructuras estas que gobiernan el día a día de los ciudadanos. En consecuencia, es evidente la necesidad de proteger los derechos fundamentales de los grupos minoritarios a través de la rama del Estado que no responde a representatividad alguna de mayorías: como es el Poder Judicial.

A nivel internacional los tratados de derechos humanos, al establecer la obligación de los Estados de tomar todas las prevenciones necesarias para garantizar su vigencia, exigen el necesario diseño y ejecución de medidas legislativas y administrativas que aseguren su protección, así como la obligación de los jueces de proteger los derechos humanos a través de sus sentencias.

Continuando con lo expuesto antes, en el Artículo 19 de la Constitución venezolana se plantea que “[e]l 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...” En el marco de este respeto a los derechos fundamentales, la Constitución contiene un amplísimo catálogo de derechos y de mecanismos judiciales para la protección de los mismos.

En efecto, nuestra Constitución no solo consagra expresamente más de cien derechos humanos, sino que su Artículo 22 establece que serán reconocidos los derechos que –aunque no estén expresamente contenidos en el texto constitucional– sean inherentes a las personas. Por su parte, la protección judicial de derechos fundamentales cuenta con un extraordinario abanico de posibilidades. Recordemos que en nuestro país existen diversos mecanismos de justicia constitucional a través de los cuales se puede garantizar la efectiva vigencia de estos derechos, tales como: (i) la declaratoria judicial de inconstitucionalidad de leyes y actos parlamentarios sin forma de ley en sus modalidades de control concentrado y control difuso; (ii) la declaratoria judicial de inconstitucionalidad de actos de gobierno y actos administrativos; (iii) la declaratoria judicial de inconstitucionalidad de omisiones, tanto legislativas como ejecutivas; (iv) las acciones de amparo como principal mecanismo de protección de derechos humanos: mecanismo breve, sencillo y efectivo de protección; (v) diversas acciones relacionadas con el control judicial de constitucionalidad: las acciones por conflictos entre autoridades, los recursos de interpretación (de la Constitución y de la ley), los recursos de revisión de sentencias, los recursos por colisión de leyes y las demandas contra los entes públicos.

Asimismo, los jueces tienen la posibilidad de proteger los derechos fundamentales de la población venezolana –indistintamente del tipo de acción judicial que estén conociendo– a través de diversos mecanismos relacionados con el control de constitucionalidad, entre ellos: (i) la jurisdicción normativa, entendida como la facultad que tiene la sala constitucional de dictar normas jurídicas transitorias ante la omisión del Poder Legislativo en proclamar leyes que son necesarias para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales y, por último, (ii) la interpretación de nor-

mas constitucionales o legales en la cual se les da un sentido y alcance distinto al literal contenido en ellas. Es de recordar, además, que nuestra Constitución en su Artículo 31 permite a los ciudadanos dirigir peticiones ante los organismos internacionales con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos cuando la justicia constitucional del país ha sido insuficiente, constituyendo un mecanismo de justicia internacional.²⁶

De lo anterior se desprende que el juez constitucional venezolano cuenta con uno de los más importantes repertorios que, en cuanto a derecho comparado, existen en materia de justicia constitucional y, en consecuencia, de protección de los derechos fundamentales de la población venezolana.

Es de especial interés la operatividad que, a través de la justicia constitucional, se le ha dado a algunos de los derechos tradicionalmente denominados prestacionales. La Constitución establece ciertos derechos que exigen principalmente prestaciones efectivas: actuaciones concretas por parte del Estado para su efectivo goce y disfrute. Ha existido, en el caso de derechos tales como la salud, la educación o la vivienda, un importantísimo debate sobre su verdadera naturaleza de derechos subjetivos que permita su exigencia por parte de los particulares y mediante acciones judiciales. Recordemos que comúnmente se ha diferenciado entre los derechos civiles y políticos como elementos susceptibles de aplicación inmediata –por requerir, principalmente, obligaciones de abstención por parte del Estado–. Así son los casos, por ejemplo, del derecho a la vida (no matar) y del derecho a no ser objeto de tortura (no torturar), entre otros. También se encuentran los derechos económicos, sociales y culturales –implementables progresivamente–, los cuales no están sujetos a un resultado sino a la obligación del Estado de poner los medios (económicos, técnicos) que se hallen a su alcance para lograr su pleno goce con el transcurso del tiempo –pues implican obligaciones positivas–. Sin embargo, esto coloca en duda la posibilidad de ser garantizados por medio de un control judicial.

En este sentido, creemos necesario recordar que tanto nuestra Constitución en su Artículo 19 como a nivel internacional se ha reiterado que, en

26 Este derecho se ha visto claramente mermado con la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hecha por el Gobierno venezolano.

materia de derechos humanos, no es posible hacer distinciones entre los tipos de derechos, pues existe entre ellos una interrelación o indivisibilidad: una violación de los derechos económicos, sociales y culturales implica, necesariamente, una afectación en el ámbito de los derechos civiles o políticos de las personas. Es necesario pensar hasta qué punto puede verse afectado el pleno ejercicio de derechos como los de participación política, de libertad de expresión si, a su vez, se encuentran violentados los de la alimentación, educación o habitar una vivienda adecuada.

Es más, las obligaciones que se le imponen a los Estados con ocasión del reconocimiento de derechos fundamentales son idénticas. No obstante, su peso recae en la labor que tenga uno u otro sea de mayor o menor dificultad. Así, los derechos fundamentales en general requieren de acciones de respeto por parte del Estado (abstención de obstaculizar disfrute del derecho),²⁷ acciones de realización (actuaciones que aseguren disfrute del derecho)²⁸ y acciones de protección (actuaciones que eviten y castiguen violación del derecho). En este sentido, consideramos que el grado de justiciabilidad de las obligaciones relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales depende del tipo y naturaleza de la obligación del Estado que estemos analizando.

Las acciones de realización —que son aquellas actuaciones que el Estado debe realizar para asegurar el disfrute del derecho y que implican utilización de recursos por parte de este— son, precisamente, las que su justiciabilidad es objeto de debate. Sin embargo, la antigua Corte Suprema de Justicia y el actual Tribunal Supremo de Justicia han decidido entender

27 Esta obligación, que típicamente se identifica con los derechos civiles y políticos, también puede estar presente en los derechos económicos, sociales y culturales, como puede ser la obligación del Estado de abstenerse de interferir en la escogencia que hagan los padres sobre la educación de sus hijos.

28 La siguiente cita es ilustrativa de la equivocación que se incurre al intentar diferenciar tajantemente los tipos de derechos, de acuerdo con las actuaciones esperadas por parte del Estado en relación con ellos. “[E]l ejercicio de los derechos políticos requiere del Estado una acción que supone, entre otras cosas, el desarrollo de mecanismos y la asignación de recursos suficientes a los cuerpos electorales para garantizar la universalidad y libertad del derecho al sufragio. De esta misma forma, observamos que el disfrute de ciertos derechos económicos, sociales y culturales no está condicionada a la progresividad y su satisfacción puede ser inmediata, como es el caso de la libertad sindical o la libertad de los padres para escoger la educación de sus hijos, sin que pueda alegarse la inexistencia de recursos estatales necesarios para dar cumplimiento a estas obligaciones”. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Derribar Mitos, Enfrentar Retos, Tender Puentes*, Serie Aportes, Provea, 1996, pág. 10.

que las obligaciones de actuar –que la Constitución impone en resguardo de un mínimo de bienestar para la colectividad– se constituyen en verdaderos derechos subjetivos que son amparables judicialmente. Así los derechos sociales se han considerado como plenamente operativos y exigibles por la vía judicial, ya que el juez constitucional se encuentra facultado para tomar las medidas necesarias que aseguren la satisfacción de los mencionados derechos. Vale la pena destacar que la operatividad de los derechos prestacionales ha recibido un apoyo contundente en la sentencia del caso Asociación Civil de Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal de fecha 24 de enero de 2002.

De esta manera comprendemos que los derechos fundamentales son superiores al poder público y, por esta razón, debe someterse un Estado de derecho. Nuestra sala constitucional, en sentencia del 27 de junio de 2008, ha reiterado que no puede existir el estado de derecho sin garantía de ejercicio de los derechos fundamentales:

Asimismo, la Constitución Nacional dispone en el artículo 2, que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia y ello, armonizado con el referido valor normativo de la Constitución, evidencia la formulación constitucional del Estado de derecho venezolano, de acuerdo a la cual, se reconoce una orientación filosófico-política que incluye una finalidad humanista, y ello supone, que el Estado debe propender al goce y salvaguarda de los derechos fundamentales, pues tal como afirmó Hauriou (1971. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona. Editorial Ariel. Pág. 54), en el Estado constitucional una declaración de derechos, no basta, sino que es necesario el cumplimiento exigible y de vinculatoriedad directa e inmediata de los mismos.

Por ello, Molas (1998, *Derecho Constitucional*. España: Editorial Tecnos Pág. 47) señala que denominamos Estado constitucional solamente a aquél que garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales, y es precisamente ésta, la ratio del dispositivo constitucional establecido en el artículo 19 del Texto Fundamental, según el cual, el Estado debe garantizar los derechos humanos, conforme a los principios de progresividad y no discriminación. Tal imperativo garantista tiene su fundamento en que los derechos humanos se presentan como superiores al poder del Estado (Nieto. 1993. *Introducción al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*. Bogotá: Editorial

Temis) y fungen de guías fundamentales a la Constitución y al sistema garantista que su carácter normativo plantea.

Entonces, los derechos fundamentales se presentan como una situación jurídica de poder, en la cual, los particulares están facultados para reclamar al Estado su goce y salvaguarda y, de allí, que Bronfman (1998, Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Universidad Europea de Madrid-Cees. Pág. 17) los defina en un sentido amplio, principista o pro libertate, como aquellos derechos necesarios para el desarrollo de una vida constitucional.²⁹

La anterior cita evidencia la necesaria sujeción del Estado a los derechos de los ciudadanos. Sujeción que se logra a través de distintas garantías constitucionales y de mecanismos de protección internacional de derechos humanos. Recordemos que los Artículos 23 y 31 establecen el reconocimiento de los derechos recogidos en tratados y ratificados por Venezuela, los cuales gozan de jerarquía constitucional.

2.4. Principio de tutela judicial

El Estado de derecho solo tiene consistencia en la medida que haya una garantía judicial que asegure su sometimiento. El derecho a la tutela judicial efectiva es previsto por primera vez en la Constitución italiana de 1947 y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.³⁰

El derecho a la tutela judicial efectiva es reconocido por nuestra Constitución en los Artículos 26 y 49. En estos se garantizan el acceso de los particulares a los órganos judiciales para la resolución de sus controversias, así como el debido proceso en la sustanciación del proceso judicial. Este derecho consiste precisamente en la posibilidad de obtener tutela o protección de los intereses particulares a través de un proceso judicial que se sustancia acatando diversas garantías.

La importancia del derecho a la tutela judicial efectiva no solo deviene de su propia naturaleza, sino por constituirse como una de las más importantes garantías constitucionales de protección de los derechos humanos y

29 Sentencia del 27 de junio de 2008, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso Abraham Espina, consultada en www.tsj.gov.ve; Internet.

30 J. Barnés Vázquez (Coordinador), *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1993, págs. 44, 217.

del sometimiento del Estado al derecho. No significaría nada declarar que un Estado está sometido al bloque de legalidad si no existen mecanismos judiciales que aseguren dicho sometimiento.

El derecho y la garantía a la tutela judicial efectiva exigen que los jueces puedan proteger los intereses de los ciudadanos ante al ejercicio del poder público. De no existir el control judicial de los poderes públicos, tampoco existiría la posibilidad de tutelar los derechos de los ciudadanos ante las actuaciones y omisiones de aquellos. Semejante inmunidad haría nugatoria la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva, más si consideramos la intensa intervención que los poderes públicos –principalmente la administración pública– tienen en la vida cotidiana de los individuos.

Siguiendo este aspecto, las viejas tesis, *juzgar a la administración también es administrar* o de la supremacía inviolable del Parlamento, han perdido sustento. A la vez dan paso a una exigencia arrolladora: la consagración de un verdadero Estado constitucional de derecho, el cual asegure que los poderes públicos cumplan con la voluntad constituyente del pueblo soberano.

En el Artículo 26 de la Constitución se señala:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, inclusive los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Por su parte, el Tribunal reiteró el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual abarca: i) el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, ii) el derecho a obtener una sentencia y iii) el derecho a que esa sentencia se cumpla:

Máxime, cuando el derecho a la tutela judicial efectiva es de amplísimo contenido que comprende no sólo el derecho de acceso y de ser oído por los Órganos de Administración de Justicia establecidos por el Estado, sino el derecho a que previo cumplimiento de los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el

fondo de las pretensiones de los particulares y mediante una decisión dictada en derecho, determine el contenido, alcance y extensión del derecho deducido, de allí que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257).³¹

En cuanto al derecho a la ejecución, la Sala Constitucional manifestó: Aún cuando el derecho de los accionantes a que le sea ejecutado el derecho que le ha asistido en un proceso judicial, proviene de la interpretación conjunta de una serie de artículos constitucionales y legales, no hay lugar a dudas de que podríamos considerar que el punto de partida del referido derecho, deviene de la consagración constitucional del Estado venezolano, como un Estado de derecho y de Justicia (Vgr. Artículo 2 de la Carta Magna) y de la constitucionalización que asimismo le atribuye el artículo 26 de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al derecho a la tutela judicial efectiva, en la cual se halla implícita la obligación de los jueces de ejecutar las sentencias, como consecuencia directa del derecho que tienen los ciudadanos de acceder a la justicia y poner en movimiento el aparato judicial del Estado, en cualquier tipo de proceso.

(...)

Tal sometimiento al ordenamiento jurídico constitucional y legal, ha sido definido por la doctrina como el principio de la legalidad o sometimiento del Poder Público al bloque que conforma el ordenamiento jurídico, de donde resulta que la ejecución de sentencias es una de las vertientes de dicho sometimiento, puesto que en la sentencia se contiene la interpretación definitiva de la ley y por tanto también la resolución irrevocable del conflicto planteado, siendo que, por medio de la sentencia, se garantiza la aplicación de la ley o del principio de la legalidad de la administración.³²

Consideramos de extrema importancia, para la conquista de un buen Estado de derecho y el bienestar de sus ciudadanos, que la ejecución de las referidas sentencias sea adecuada y oportuna. Lamentablemente, estos

31 Sentencia del 15 de mayo de 2008, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, antes citada.

32 Sentencia del 28 de noviembre de 2002, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso Yasmín Veján, consultada en www.tsj.gov.ve.

juicios condenatorios –en contra de los entes político-territoriales– han presentado importantes inconvenientes que debilitan el sistema de control judicial del poder público y, principalmente, de la administración pública.

Si bien, el Estado debe responder por sus actos, actuaciones y omisiones. Para ello, los particulares afectados tienen como garantía el acceso a los órganos judiciales y, de esa manera, hacer efectiva su responsabilidad. En la práctica y de forma bastante frecuente, las sentencias contra el Estado son inejecutadas por la persona jurídica estatal demandada. Dicha inejecución, generalmente, es producto de la clásica inercia de los entes públicos. El problema radica en el hecho de que si el Estado no cumple voluntariamente con lo ordenado en la sentencia, entonces es necesario determinar la forma en que la ejecución pueda materializarse.

Se han presentado, a lo largo de la historia, diversos inconvenientes para lograr la ejecución de las sentencias contra el Estado y de modo especial contra la administración pública, que es la que tiene mayor y más frecuente relación con los particulares. Ante la clásica inercia administrativa en ejecutar voluntariamente las sentencias dictadas en su contra, las reglas procesales exigen al Poder Judicial que las cumpla de manera forzada.

En los casos de condenas, algunas veces, se opta por dar grandes cantidades de dinero. Este ha sido uno de los pretextos para impedir la ejecución forzosa de las sentencias por parte del Poder Judicial, órgano que debería proteger el ejercicio de la función pública. Para evitar estos sucesos es necesario verificar la disponibilidad de los bienes y rentas del Estado para, más tarde, llevar a cabo la inembargabilidad y suspensión de la ejecución de las sentencias, realizando los acomodos presupuestarios requeridos. Ahora es preciso destacar que los principios de inembargabilidad de los bienes del Estado y el de legalidad presupuestaria exigen que no se realicen pagos sin estar previstos en la ley de presupuesto. Si se producen dichos inconvenientes, constituirían un obstáculo a la hora de ejecutar el fallo condenatorio, también generaría el embargo de bienes y, posteriormente, su remate.

Por último, es importante destacar el elemento de la universalidad del control judicial de las actuaciones y omisiones del Poder Público. Para que la tutela judicial se convierta en un verdadero pilar del estado de derecho,

pues es fundamental que toda manifestación del Poder Público –que pase por encima del bloque de legalidad y del respeto a los derechos fundamentales– pueda ser controlada por el Poder Judicial, restableciendo la situación jurídica infringida. En este sentido, la Sala Constitucional –en sentencia del 22 de noviembre de 2007– plantea:

De ello resulta pues, que el modelo constitucional vigente acoge como uno de sus paradigmas fundamentales para la materialización de un “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia” -Artículo 2 de la Constitución-, el principio de la universalidad del control jurisdiccional de la “actividad” del Estado -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.815/2004-

En términos generales, el principio de la universalidad del control jurisdiccional de la actividad del Estado, puede resumirse en palabras de ANDREAS AUER, refiriéndose a los fines de la jurisdicción constitucional, que “(.) no hay ningún acto estatal que pueda escapar por definición, a la jurisdicción constitucional. Corresponde, sin embargo, a cada orden jurídico definir los actos sometidos a ella (.);” así, en el caso venezolano los actos dictados en ejecución directa de la Constitución son parte fundamental de las competencias de la jurisdicción constitucional, que se complementan -desde una perspectiva de tutela judicial efectiva de los particulares- con las atribuciones de la jurisdicción contencioso administrativa -Cfr. ACOSTA SÁNCHEZ, JOSÉ. Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Fundamentos de la Democracia Constitucional, Tecnos, Madrid, 1998, p. 347-

Por ello, el sometimiento pleno y efectivo de los diversos actos que emanan de los órganos del Poder Público al control jurisdiccional, ha sido un logro en el desarrollo del Estado, como “(.) máxima expresión de sujeción colectiva a una autoridad, con miras a la consecución última del interés general, y en definitiva como una garantía del Estado de Derecho (.). Luego de siglos en los que el control estaba ausente –de la clase que fuese–, los Estados política y jurídicamente más avanzados reconocieron la posibilidad de la revisión judicial de los actos públicos. Sin embargo, se trató de un proceso lento y paulatino, no ajeno a los retrocesos, en el que lo más difícil fue la admisión del control sobre una categoría de actos: los identificados como actos de gobierno (.)” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 1.815/2004-. (...)

La anterior concepción del principio de la universalidad del control jurisdiccional de la actividad del Estado con relevancia jurídica, res-

ponde igualmente a la visión contemporánea del principio de separación de poderes, el cual comporta la noción de control del ejercicio del Poder Público entre sus órganos, para asegurar la sujeción del obrar público a reglas y principios del derecho y, evidencia que el referido principio tiene carácter instrumental, en tanto está destinado a hacer efectiva la sujeción de los órganos del poder público al bloque de la constitucionalidad.³³

Corolario de todo lo anterior, la garantía de la autonomía judicial solo se podrá realizar si los jueces actúan de forma independiente de los poderes públicos que pretenden controlar. Los artículos 255 y 256 constitucionales certifican la independencia funcional en el cargo y la inamovilidad de los jueces.

2.5. Principio de garantía patrimonial

La garantía patrimonial ha sido entendida como “el derecho de las personas a mantener la integridad del valor económico de su patrimonio frente a inmisiones singulares de que éste pueda ser objeto por parte de los poderes públicos.”³⁴ La primera comprensión de esta idea en el Estado moderno fue la figura de la expropiación forzosa que, en protección del derecho de propiedad, exige que cualquier privación de este sea por la existencia de un real interés público y previa justa indemnización. Sin embargo, dicha figura se torna insuficiente ante la realidad de que la afectación patrimonial de los ciudadanos puede realizarla el Estado a través de distintos actos, actuaciones y omisiones distintos a la privación de propiedad. Es por ello que la garantía patrimonial se amplía, abarcando la noción de responsabilidad patrimonial del Estado.

33 Sentencia del 22 de noviembre de 2007, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso Hermann Escarrá, consultada en www.tsj.gov.ve; Internet. En este caso, la Sala Constitucional, a pesar del desarrollo que hace sobre el control universal de los actos del Poder Público, rechaza la acción de nulidad interpuesta en contra del Proyecto de Reforma Constitucional propuesto por el Presidente de la República Hugo Rafael Chávez Frías el 15 de agosto de 2007, por considerar que no se trata de un acto definitivo por lo que no es un acto impugnabile. El Magistrado Rondón Haaz en un voto salvado a la sentencia señala: “En criterio de quien discrepa, esta decisión de la Sala viola el principio de universalidad del control de todos los actos del Poder Público, pues implica concluir que hay actos -como los de este caso- que no están sujetos al control jurisdiccional, supuesto que ha sido rechazado desde siempre por nuestra jurisprudencia, tal como fue expresado por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, entre otros, en su conocido fallo de principios, caso Anselmo Natale, de 08.11.90.”

34 Juan Santamaría Pastor, citado por José Peña Solís, *ob cit.*, pág. 325.

La institución de responsabilidad patrimonial responde a la obligación de reparación de una persona ante otra: la consecuencia puede ser el daño ocasionado por el incumplimiento de una obligación legal o convencionalmente constituida. Su fundamentación está precisamente en la idea de que en la interacción de los sujetos de derecho debe existir una reciprocidad en los intercambios, de manera que si esta se encuentra alterada nace la necesidad de su reparación. Se ve, pues, que la responsabilidad se alimenta de la propia idea de justicia e igualdad entre los diversos sujetos de derecho, siendo una base fundamental para cualquier sociedad organizada.

El Estado, como sujeto de derecho, está en la obligación de responder por sus actuaciones u omisiones, tanto a nivel interno como internacional. Queremos recordar que la responsabilidad patrimonial del Estado puede ser contractual o extracontractual, dependiendo de si se deriva de un acuerdo previo o del principio general de no hacer daño al otro.

La evolución de la responsabilidad del Estado puede dividirse en tres etapas claramente diferenciables. En la primera fase, que concluye en el tercer cuarto del siglo XIX, rige el principio de la irresponsabilidad del Estado, admitiéndose su responsabilidad solo en las contadas excepciones previstas en los textos legales (en materia de obras públicas, disturbios y daños causados por las colectividades locales) y en los supuestos en que la administración pública actuara como persona privada. En esta etapa solo se aceptaba la responsabilidad personal del funcionario, lo cual comportaba el inconveniente de la muy común insolvencia de este. Así el Estado, como representación del pueblo, mantiene los privilegios que en un principio estaban en cabeza del rey. Sin embargo, en Venezuela la Constitución de 1830 ya establecía que el Gobierno es responsable y, además, asomaba un principio de compromiso contractual del Estado en cuanto atribuía a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de las controversias que resultasen de los contratos y negociaciones que celebrase el Poder Ejecutivo.

La intervención cada vez mayor del Estado en los diversos asuntos de los ciudadanos, particularmente en sectores de la actividad económica, obligó al replanteamiento de dicha posición. Así, la segunda etapa en la evolución de la responsabilidad del Estado comienza con la famosa sentencia del caso Blanco dictada por el Tribunal de Conflictos francés en

1873. En esta sentencia, el Tribunal admite la responsabilidad directa del Estado por el ejercicio de las potestades públicas y como consecuencia del hecho de personas empleadas por ella. En esta fase se abre la posibilidad de hacer responsable al Estado, en el ejercicio específico de su actividad, como órgano de administración pública. La irresponsabilidad sigue siendo la regla y la responsabilidad, la excepción.

La tercera etapa de esta evolución se rige por el principio de la responsabilidad del Estado, siendo la excepción la irresponsabilidad. La responsabilidad del Estado es consagrada en algunos casos por la vía legislativa (en Alemania por la Constitución de Weimar, de 1919; en Estados Unidos de América por el Federal Torts Claims, Act de 1946; en el Reino Unido por el Crown Proceedings, Act de 1947; en Italia por su Constitución de 1948; en España por la Ley de Expropiación Forzosa, de 1954) y en otros es consagrada por la vía jurisprudencial (caso francés).

En Venezuela la Ley del 17 de mayo de 1877 ya permitía reclamar a la nación la indemnización por expropiación y perjuicios. La Constitución de 1901 incluye la norma que sirve de sólido fundamento a la responsabilidad del Estado, el cual señala que la república, los estados y los municipios estarán obligados a indemnizar a los ciudadanos por los daños, perjuicios o expropiaciones que hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública.

Por su parte, la Constitución venezolana recoge un sistema de responsabilidad amplio a través de las siguientes normas:

1. El Artículo 115 garantiza el derecho de propiedad y establece que “[s]ólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.”
2. El Artículo 140 señala que el “Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los o las particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.”
3. El numeral 8 del Artículo 49 al desarrollar el debido proceso consagra que “[t]oda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento

o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.”

4. El Artículo 259 de la Constitución de la República vigente permite a la jurisdicción contencioso-administrativa “condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”.

La doctrina y jurisprudencia comparadas han distinguido dos regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado: un régimen de responsabilidad por falta o funcionamiento anormal y un régimen de responsabilidad sin falta, también identificado como *sacrificio particular*.

El régimen de responsabilidad por falta del Estado se presenta ante la falla anormal del servicio, independientemente de la existencia de culpa del funcionario que ejecuta el servicio. Su fundamento se encuentra precisamente en la violación del derecho que tenemos todos los ciudadanos al funcionamiento adecuado del servicio sin que este sea defectuoso, tardío o no realizado.

Por su parte, el régimen de responsabilidad sin falta, conocido como compromiso objetivo del Estado, es el más reciente progreso en teoría, aceptada por países tales como Alemania, Italia, Francia, España, Colombia, Inglaterra, entre otros. Los doctrinarios alemanes fueron los primeros en abandonar la fundamentación de la indemnización del Estado en la idea de culpa y hecho ilícito para fundamentarla en el hecho injusto y contrario a la equidad.³⁵ La responsabilidad sin falta fue admitida desde 1918 por el consejo de Estado francés. Nace cuando se le producen daños o perjuicios a los administrados en la realización por parte del Estado de una actividad autorizada por una norma jurídica y cuyo ejercicio está

35 H. Turuhpial Cariello, *La responsabilidad extracontractual del Estado por actuaciones conforme a la ley*, Caracas, 1995, pág. 106.

exento de falta (culpa o dolo). La doctrina ha basado el fundamento de esta responsabilidad en diversos principios como el riesgo administrativo o social, en la equidad, en la igualdad ante la ley y en el más aceptado en la actualidad: el principio de la igualdad ante las cargas públicas.

El principio de la igualdad ante las cargas públicas, como fundamento de la responsabilidad del Estado, lo inicia Jorge Teissier en Francia en el año 1906. El mismo se basa en que “la acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos. Pero si bien la igualdad de todos ante las cargas públicas es ciertamente la justificación teórica de la responsabilidad, de ello no resulta de ninguna manera que todo atentado a esta igualdad debe ser reparado”.³⁶ En consecuencia, los principios de igualdad e igualdad ante la ley obligan a que los ciudadanos no sufran unos más que otros las cargas impuestas en el interés de todos, obligando al Estado a indemnizar a los ciudadanos que sufren daños anormales (por su gravedad) y especiales (individualizados) con ocasión de la satisfacción de intereses colectivos.³⁷

La doctrina moderna intenta establecer un único fundamento para todo el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado (responsabilidad por falta y responsabilidad sin falta), centrándolo en la garantía o integridad patrimonial de los ciudadanos, la cual no puede ser afectada injustificadamente.³⁸

Paralelamente, asegurar la responsabilidad de los funcionarios públicos que incurran en irregularidades en la realización de su función, tanto por acción como por omisión en las cuales medie dolo o culpa del autor, es muy importante a los fines de ir asegurando un mejor desempeño por parte de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y castigar al verdadero responsable del daño con el objetivo de que no quede impune.

36 J. Rivero, *Derecho Administrativo*, Caracas, 1984, pág. 293.

37 J. Félix Díaz Bermúdez, *Aspectos teóricos y constitucionales de la responsabilidad extracontractual del Estado*, en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, No. 101, pág. 21.

38 L. Ortiz Alvarez, *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Caracas, 1995, pág. 36.

Sin embargo, la responsabilidad personal del funcionario no significa *per se* que no exista, también, una responsabilidad solidaria del Estado.

Por otra parte, los antecedentes de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador se encuentran en la sentencia del consejo de Estado francés dictada en el año 1938, correspondiente al caso La Fleurette. En ese caso, para favorecer el mercado de productos lácteos, una ley prohibió la fabricación de algunos productos alimenticios derivados de la leche que tenían un contenido lácteo muy escaso y que parecían perjudicar la comercialización de estos. Esta medida legislativa afectó exclusivamente a la sociedad La Fleurette, ordenando el consejo de Estado la indemnización correspondiente y con base en las siguientes consideraciones: “la actividad prohibida por la ley no tenía ningún carácter nocivo; el perjuicio sufrido era específico de la empresa requirente; el legislador había considerado la protección de otros intereses profesionales, los de los productores de leche; nada, ni en el propio texto de la ley, o de sus trabajos preparatorios, ni en el conjunto de circunstancias del asunto, permite pensar que el legislador haya querido hacer pesar sobre el interesado una carga que no le incumbe normalmente”.³⁹

Esta responsabilidad ha tenido un importante desarrollo en derecho comparado.⁴⁰ La doctrina ha admitido la responsabilidad del Estado legislador, tanto bajo el régimen de responsabilidad sin falta que se fundamenta “en la producción de un perjuicio anormal o especial en la esfera jurídica de alguno o algunos administrados, perjuicio que supera entonces el nivel de tolerabilidad de las cargas comunes que implica la convivencia social y que todos debemos soportar”⁴¹; como por el régimen de responsabilidad por falta. En consecuencia, la indemnización puede ocasionarse ante daños producidos por actos legislativos constitucionales o inconstitucionales. Dichos actos legislativos pueden constituirse en leyes que emanan del Parlamento o en los decretos-leyes que emanan del ejecutivo.

39 George Vedel, citado por Gustavo Penagos, *El daño antijurídico*, Santafé de Bogotá, 1997, pág. 236-237.

40 Ver Laura M. Monti de Hitzfelder, *La responsabilidad del Estado por actividad normativa a la luz de la jurisprudencia* en Revista de Derecho Administrativo Nos. 18 a 20, Buenos Aires, 1995, pág. 480.

41 Fernando Garrido Falla, citado por Gustavo Penagos, *op cit*, pág. 245.

Por su parte, la responsabilidad del Estado en su actividad judicial ha sido aceptada en diversos ordenamientos jurídicos, aun con ciertos matices distintos entre ellos. El error judicial existirá solo en resoluciones judiciales, mientras que el funcionamiento anormal abarca el conjunto de las actuaciones propias de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. El error judicial puede consistir en uno de hecho o de derecho y el mismo debe ser irreparable, habiendo utilizado el perjudicado todos los medios de defensa. La existencia del error debe ser determinada por una sentencia posterior.⁴²

La determinación de un funcionamiento anormal dependerá de las circunstancias y de lo que se vaya considerando aceptable dentro del funcionamiento de la administración de justicia.⁴³ ¿Puede entenderse, por ejemplo, el retraso en las actuaciones jurisdiccionales, tan propio de nuestra realidad, como funcionamiento anormal? El Tribunal Constitucional español, ya en sentencia de 1984, señalaba que el retraso en las actuaciones jurisdiccionales es la especie más indiscutida de funcionamiento anormal. Sin embargo, cualquier incumplimiento de los plazos procesales no se constituye en funcionamiento anormal, dependerá –según jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– de la complejidad del asunto, de la conducta seguida tanto por el litigante como por el órgano judicial afectado y de las consecuencias del proceso concreto.⁴⁴

Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha reiterado el carácter integral y amplio del principio de responsabilidad patrimonial del Estado, expresa:

La nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, acorde con el modelo de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia proclamado en su artículo 2, y en correlación con el carácter de gobierno responsable que los artículos 6 y 141 ejusdem atribuyen al Estado administrador, consagra un sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado, y así se recoge en la Exposición de Motivos cuando se señala expresamente que: “se establece bajo

42 José Bermejo Vera (Director), *Derecho Administrativo (Parte especial)*, Tercera edición, págs. 1202-1203.

43 E. Cobreros Mendazona, *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Madrid, 1998, págs. 19-28.

44 *Ibid.*, págs. 36-37.

una perspectiva de derecho público moderna la obligación directa del Estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones”. Es así, como los artículos 25,29, 30,140, 259, 46 numeral 4, 49 numeral 8, 115,139, 141,199, 216, 222, 232, 244, 255, 281, y 285 de la novísima Constitución de la República Bolivariana de Venezuela permiten configurar el régimen básico de responsabilidad integral del Estado venezolano, el cual abarca todos los daños ocasionados por cualesquiera sea la actividad derivada del ejercicio del Poder Público.

(...)

En efecto, los hechos culposos de los funcionarios policiales no pueden considerarse como desprovistos de cualquier vínculo con el servicio especial de policía que usualmente prestaban dichos agentes para eximir de responsabilidad a la República, ya que no se puede descartar que el servicio especial de policía haya creado las condiciones para la realización del hecho ilícito, y la producción de sus consecuencias perjudiciales. Claro está, que un régimen de responsabilidad objetiva del Estado no puede ser apriorístico y tener los efectos de una presunción *iure et de iure* a favor de los particulares, ya que pudiera ocurrir que la acción ilícita o delictual del funcionario público no gravara la responsabilidad del Estado pero solo y siempre cuando quedare evidenciado que el móvil y circunstancias del delito quedaron limitadas al ámbito íntimo y personalísimo del funcionario; o también, cuando existieren causas de inimputabilidad penal como son el estado de necesidad y la legítima defensa.

De otra parte, es menester señalar que el reconocimiento constitucional de la responsabilidad objetiva del Estado según se deriva de los artículos 30 y 140 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, no sustituye la responsabilidad subjetiva o personal del funcionario culpable, la cual se encuentra prevista en forma independiente y específica en los artículos 25 y 139 *ejusdem*; razón por la cual, podría el juzgador admitir la acumulación de responsabilidades resultante de un cúmulo de culpas; y hasta de una separación y repartición de las cargas reparatorias entre la entidad pública y los funcionarios culpables, con la consecuente subrogación de derechos de repetición a favor del Estado o del funcionario culpable según sea el que haya sido condenado a

indemnizar efectivamente a la víctima o sus derechohabientes; y aún, podría el juzgador regular la existencia y la proporción del derecho de repetición.

(...)

La consagración con rango constitucional de un régimen amplio, integral y objetivo de responsabilidad patrimonial del Estado constituye, en opinión de esta Sala Accidental Constitucional, una manifestación indudable de que dicho régimen se erige como uno de los principios y garantías inherentes a todo Estado de Derecho y de Justicia, en el que la Administración, a pesar de sus prerrogativas, puede ser condenada a resarcir por vía indemnizatoria los daños causados a los administrados por cualquiera de sus actividades.

(...)

Antes bien, considera esta Sala Constitucional que tratándose la responsabilidad patrimonial del Estado de una garantía constitucional inherente a todo Estado de Derecho, consagrada a favor del particular afectado por la conducta administrativa dañosa, la misma debe ser interpretada por los jueces en forma progresiva y amplia, a favor del administrado. Del análisis de la normativa constitucional vigente, infiere esta Sala que la responsabilidad patrimonial del Estado no debe ser considerada como una garantía en favor de los entes públicos; por el contrario, su consagración constitucional exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido amplio y progresista como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño.

(...) [o]bserva esta Sala que la existencia de una falta personal del funcionario no excluye directamente la responsabilidad del Estado, pues cuando esa falta concurra con el servicio o no esté totalmente desligada del mismo compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración.⁴⁵

La anterior cita evidencia la amplitud de la garantía patrimonial en Venezuela, la cual responde por cualquier actuación u omisión de cualquiera de los órganos del poder público, bien sea por funcionamiento normal o anormal y sin exclusión de la eventual responsabilidad individual de los funcionarios públicos.

⁴⁵ Sentencia del 19 de noviembre de 2002, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso Gladys Josefina Jorge Saad, consultada en www.tsj.gov.ve; Internet.

3. El Estado de derecho en la Venezuela actual

De la revisión que hemos hecho de la consagración del Estado de derecho en Venezuela y de la presencia de sus cinco principios o elementos fundamentales en nuestra Constitución, se puede apreciar que gozamos formalmente de un sistema completo e integral de sujeción del poder público al derecho. Sin embargo, la realidad se distancia de la consagración constitucional antes analizada.

Efectivamente, Venezuela vive en la actualidad un grave, profundo y creciente deterioro de su Estado de derecho. La Constitución no es respetada en el ejercicio del poder público, la separación de poderes no existe materialmente, el respeto a los derechos fundamentales recibe agresiones cotidianas de los distintos actores públicos, la tutela judicial no protege de los abusos y contrariedades en que incurre el Estado y la garantía patrimonial se ha visto profundamente atacada en los últimos años.

Estamos en presencia de una constante agresión al texto constitucional por las distintas ramas del poder público. Con asombrosa frecuencia presenciamos actuaciones de las distintas ramas del poder público que son, abiertamente, contrarias a las normas y principios constitucionales, las cuales –en virtud del principio de legalidad– deberían servir como único cauce para su actuación. Cada vez se imponen más decisiones de naturaleza política por encima de la exigencia del sometimiento del poder público al derecho.

Así vemos, por ejemplo, cómo se desconoce la consagración constitucional de un Estado democrático social de derecho y de justicia para imponer, principalmente desde las ramas ejecutiva y legislativa, la concepción de un Estado socialista que no tiene cabida al amparo de nuestra Constitución. Vemos cómo el principio constitucional de un gobierno alternativo ha sido desconocido a través de una reelección indefinida de cargos públicos; se ha creado un poder comunal no consagrado constitucionalmente, no electo y controlado por el Poder Ejecutivo; se impone la exclusión de la participación ciudadana en la formación de normas del Poder Legislativo y principalmente del Poder Ejecutivo; se consagran mecanismos inconstitucionales de inhabilitación política por parte de la

Contraloría General de la República y con la aprobación del Tribunal Supremo de Justicia, entre otros.

En lo que respecta al principio de separación de poderes, Venezuela transita uno de los momentos de mayor concentración. No existe una real separación de poderes ya que los cinco actúan, claramente, bajo la orientación política impuesta desde el ejecutivo nacional. Se presenta un Poder Judicial que no controla con seriedad la actuación de las otras ramas del poder público y, en las elecciones que tienen una incidencia en temas de especial interés político, las decisiones favorecen constantemente a una parcialidad política. Se presenta un Poder Legislativo que no toma en consideración a las minorías y que en varias oportunidades ha decidido entregar la función normativa completa al Poder Ejecutivo, habiendo, además, renunciado a sus funciones de control sobre la administración pública. Estamos ante una Contraloría General de la República que tampoco fiscaliza ni controla la administración ni pone coto a la gran epidemia de corrupción que empaña toda la estructura de poder. Contamos con una Defensoría del Pueblo que centra su actuación, principalmente, en la defensa del poder público y no de los derechos de los ciudadanos, como constitucionalmente se le impone. También tenemos una Fiscalía General de la República que utiliza la persecución penal como mecanismo para eliminar la disidencia y las conductas que no son del agrado del Poder Ejecutivo.

Asimismo, se desmonta día a día el proceso de descentralización territorial: hay una clara búsqueda de un Estado centralizado y de asfixia a las entidades regionales y locales que, cada vez, ven más mermadas sus competencias y recursos. Dramática situación afrontan los gobiernos regionales y locales que no son del partido de Gobierno, los cuales se les trata de asfixiar desde todos los puntos de vista, limitar sus competencias y restringir sus recursos. En general, pues, estamos en presencia de una absoluta concentración de poder en el órgano ejecutivo nacional, ente que determina la línea de actuación de los demás poderes en sintonía con los intereses de la parcialidad política que gobierna actualmente.

En materia de respeto a los derechos fundamentales la situación es también muy preocupante. Los derechos constitucionales relacionados

con la oposición y la disidencia son cada vez más asfixiados, restringidos y limitados. Especial mención merecen los derechos de manifestación: libertad personal y de libertad de expresión, que son de esencial persecución por parte de las distintas ramas del poder público. Es preocupante cómo el Poder Judicial, en los casos que tienen especial interés político, ha usado los mecanismos de justicia constitucional para afectar importantes derechos, imponiendo valores personales de los jueces y en desapego del tejido constitucional.

Finalizando con esta angustiante situación, ha sido la posición que ha asumido el Estado venezolano en los últimos años ante las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo rol es proteger a/de los ciudadanos. Ahora bien, estas sentencias generalmente no son ejecutadas por el Estado, sino que la sala constitucional se ha puesto de espaldas a todo el sistema de protección internacional de derechos humanos previsto en la Constitución y lo ha hecho operativo a través de los distintos tratados suscritos por Venezuela. La sala constitucional, mediante varias sentencias, ha i) pretendido establecer mecanismos de control interno de constitucionalidad sobre las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ii) ordenado el desacato de sentencias de dicho Tribunal hemisférico por considerarlas intromisiones en la soberanía del país y llegó a iv) recomendar al Poder Ejecutivo nacional la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo ejecutada por el ejecutivo nacional. Es decir, se ha dejado a los venezolanos sin la garantía de protección internacional de los derechos fundamentales. Asimismo, los venezolanos –en aquellos casos que tienen relevancia política– no cuentan con la Defensoría del Pueblo como garantía para su protección, por el contrario y en absoluta confusión de lo que consiste su rol constitucional, esta institución lo que hace es defender las actuaciones del poder público en desmedro de los derechos fundamentales de los individuos.

En lo que respecta al principio y garantía de la tutela judicial el panorama es más desalentador. De forma sistemática el Tribunal Supremo de Justicia decide los casos sometidos a su consideración y con ocasión de los mecanismos de control judicial de las actuaciones y omisiones del poder público. Basta ver las estadísticas en la materia para darse cuenta que,

aproximadamente, el 95% de las sentencias de control de actuaciones y omisiones del poder son decididas a favor de este.⁴⁶

Asimismo, vivimos una falta de independencia e idoneidad de nuestros jueces. Si analizamos la realidad del juez constitucional venezolano pareciera que existen adecuados mecanismos de selección y remoción. Sin embargo, la independencia y objetividad del juez constitucional está claramente en entredicho. La causa pareciera estar más relacionada con las características propias de nuestra realidad venezolana que con el proceso de selección previsto en la Constitución. Se podría pensar, por ejemplo, en un insuficiente nivel en la formación jurídica de los aspirantes, en una crisis de valores morales y éticos de nuestro ciudadano medio o en una incorrecta comprensión del rol del juez en una sociedad, el cual debe ser imparcial y no actuar a favor de una parcialidad política, despegado así del derecho.

Este problema, además, se ve agravado por la inclusión legislativa (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela y Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana) de distintas causales de destitución de jueces y magistrados, que por su contenido amplio, ambiguo e indeterminado generan un efecto inhibitorio en el desempeño imparcial de sus labores. Ello aunado al grave problema de la provisoriedad de jueces en Venezuela, el cual afecta a más de la mitad de los candidatos, impidiendo una verdadera independencia judicial. Es más, dicha provisoriedad ha sido entendida como posibilidad para destituir jueces sin causal ni apertura de procedimiento previo, esto ha sido condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por último, la garantía patrimonial ha sufrido fuertes embates en los últimos años. La figura de la expropiación ha sido utilizada sin cumplir con las garantías mínimas constitucionales. Cada vez más se presentan casos de expropiaciones sin que medie verdadera causa de utilidad pública e interés general, pretendiéndose ejecutar mecanismos *ad hoc* que no cumplen con las precauciones constitucionales mínimas de protección del derecho de propiedad. La figura de la expropiación, con todas estas carencias, ha sido usada masivamente en los últimos años sobre tierras,

46 Ver A. Canova y otros, *El TSJ al Servicio de la Revolución*, Editorial Galipán, Caracas, 2014.

empresas y bienes. Es más, se han establecido medios de intervención de empresas y rescate de tierras que violentan los derechos de propiedad, libertad económica y el debido proceso de los ciudadanos.

En materia de responsabilidad patrimonial, como ha sido tradicionalmente, los tribunales no desarrollan en toda su amplitud nuestros postulados constitucionales, rechazando muchas veces indemnizaciones justas y otorgando algunas pírricas después de demasiados años de debate judicial. Aunado a ello, nos encontramos con las mismas trabas de siempre para la ejecución forzosa de sentencias contra el Estado –principalmente la República– que convierten en, verdaderamente, nugatoria la garantía patrimonial de los ciudadanos ante los daños que causa el ejercicio de la actividad estatal.

En general, estamos en un momento difícil para el Estado de derecho en Venezuela. No existen mecanismos reales para vigilar, controlar, debatir y evaluar las actuaciones del poder público nacional, en consecuencia, los derechos de los individuos se encuentran debilitados ante un poder concentrado y todopoderoso. Ojalá sepamos los venezolanos conectarnos con nuestras reservas morales y democráticas para poder retroceder en este acelerado deterioro del Estado de derecho venezolano.

La constitución económica del Petro-Estado

José Ignacio Hernández G.

Introducción

El presente ensayo no está dedicado al estudio del marco constitucional aplicable a la relación entre *Estado y petróleo*, de acuerdo con el Texto de 1999. Aun cuando este será un tema a tratar, este ensayo quiere más bien abordar, en sus aspectos generales e introductorios, la influencia del *Petro-Estado* sobre la Constitución económica.

En tal sentido, este artículo parte de dos premisas básicas y una propuesta. La *primera* premisa es que el Petro-Estado es incompatible con las bases constitucionales del Estado de derecho. Tales bases se diseñaron para un Estado cuyos ingresos dependen del poder tributario, pero no así para el Petro-Estado que es autónomo económicamente. La *segunda* premisa es que el Petro-Estado es incompatible con el sistema constitucional de economía social de mercado. Dejando de lado las serias deficiencias de la Constitución de 1999, lo cierto es que el Petro-Estado propende a un modelo centralizado de planificación, basado en la hegemónica participación del Estado, muy especialmente, luego de los cambios introducidos en el inconstitucional modelo de transición al socialismo. La *propuesta* consiste en la necesidad de desmontar el Petro-Estado como condición necesaria para asegurar el correcto funcionamiento del Estado de derecho y de la economía social de mercado.

Para este fin, en *primer* lugar, analizaremos las implicaciones constitucionales de la configuración de Venezuela como Petro-Estado. Luego, en *segundo* lugar, estudiaremos cómo incide la configuración del Petro-Estado sobre la Constitución económica.

1. La configuración de Venezuela como petro-estado y su impacto sobre el derecho constitucional

1.1. Hacia un concepto de Petro-Estado

El Petro-Estado puede ser definido, desde una primera aproximación, como el Estado en el cual la principal fuente de ingresos públicos deviene de *las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos*¹. Desde esta perspectiva, el Petro-Estado se contraponen al Estado ya que la principal fuente de ingresos públicos proviene del *poder tributario*².

De cara a la configuración de Venezuela como Petro-Estado, habría que precisar este concepto a fin de señalar que el Petro-Estado es propietario de los yacimientos de hidrocarburos y de las actividades de exploración y explotación con lo cual el Estado percibe todos los ingresos derivados de esas actividades. A estos efectos, se sostiene que el ingreso del Estado derivado de las actividades de exploración y explotación es una *renta*, tomando en cuenta que ese ingreso, en países como Venezuela, tiene su causa en la *propiedad pública sobre los yacimientos de hidrocarburos*, que es un medio de producción no producido³. Esa renta, además, es internacional en tanto el petróleo —principalmente— se transa en divisas en el mercado. Pese a ser una renta internacional, sin embargo, tiene efectos en la economía doméstica, pues esa renta constituye la parte fundamental de los ingresos públicos⁴.

Además, la actividad de hidrocarburos es de *capital intensivo*, esto es, es una actividad con bajos requerimientos de mano de obra en proporción al producto final obtenido. Adicionalmente, la tecnología requerida para la realización de

1 Este ensayo no pretende desarrollar una teoría abstracta de la Constitución económica del Petro-estado, sino más bien analizar este tema desde la específica realidad venezolana.

2 Para este concepto, por todos, vid. Karl, Terry Lynn, *The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States*, University of California Press, 1997, versión electrónica, pp. 44 y ss.

3 En cuanto a los orígenes de la propiedad pública sobre los yacimientos de hidrocarburos, véase lo que exponemos en Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los hidrocarburos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016, pp. 17 y ss. Sobre el concepto de “renta petrolera”, véase a Baptista, Asdrúbal, *Teoría económica del capitalismo rentístico*, Banco Central de Venezuela, Caracas, 2010, pp. 12 y ss. En sentido estricto, la renta no equivale al ingreso petrolero, pues abarca solo al ingreso petrolero que tiene su origen en la propiedad pública, lo que excluye a los ingresos tributarios sobre el sector petrolero.

4 Baptista, Asdrúbal, *Itinerario por la economía política*, Ediciones IESA, Caracas, 2012, pp. 303 y ss.

estas actividades es especializada, por eso es común observar la presencia de inversionistas extranjeros⁵.

Como resultado de todo lo anterior, la renta petrolera no guarda proporción razonable con el proceso productivo del petróleo en la economía doméstica. Ello responde al hecho, ya señalado, de que es una renta internacional en la cual, además, la demanda tiende a ser inelástica⁶.

1.2. El Petro-Estado y su inadecuado diseño institucional. Ocho premisas prácticas

El Petro-Estado, así definido, tiene condiciones institucionales únicas. Esto quiere decir que las instituciones políticas del Petro-Estado difieren de las instituciones políticas de los otros Estados. Esas diferencias son –como sucede en el caso venezolano– de hecho, no de derecho. Esto quiere decir que el diseño constitucional del Petro-Estado suele partir del modelo ideado para otro tipo de Estado, todo lo cual determina que el funcionamiento institucional real del Estado no guarda relación con su diseño constitucional.

Para poder explicar estas particularidades conviene recordar que el diseño del Estado de derecho, luego de las revoluciones iniciadas en el siglo XVII, se basa en una premisa económica básica: el gasto público es sufragado principalmente por el tributo, esto es, por la coacción sobre la propiedad privada. Este presupuesto económico justifica en buena medida el diseño institucional del Estado de derecho a través de sus principios básicos, a saber, el principio de separación de poderes, el principio de la supremacía constitucional, de legalidad y el necesario control sobre los poderes públicos. Asimismo, ello justifica los

5 Karl, Terry Lynn, *The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States*, cit., pp. 47 y ss.

6 La elasticidad-precio de la demanda, mide la variación de la demanda de determinado producto cuando varía el precio. Cuando esa elasticidad es inelástica, la demanda varía poco pese a la variación del precio, típicamente, cuando el producto tiene pocos sustitutos (Samuelson, Paul y Nordhaus, William, *Economía con aplicaciones a Latinoamérica*, McGraw Hill, México, 2010, pp. 67-68). La demanda de petróleo tiende a ser inelástica pues el incremento del precio de ese bien influye poco en su demanda, vista las restricciones a la sustitución ese bien. Como resultado de ello, el incremento del precio del petróleo produce, en el Petro-Estado, el incremento de la renta petrolera. Ello explica por qué el incremento del precio del petróleo ocasiona la “bonanza” o boom. Cfr.: Karl, Terry Lynn, *The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States*, cit.

principios constitucionales del derecho financiero, en especial el control parlamentario sobre el presupuesto y el principio de legalidad del tributo⁷.

Sin embargo, esta premisa económica está ausente en el Petro-Estado. Así, ***el Petro-Estado es un Estado económicamente independiente*** en el sentido que no depende del poder tributario sobre actividades no-petroleras para obtener recursos orientados a sufragar gastos públicos⁸. No obstante, como sucede en Venezuela, el diseño constitucional del Petro-Estado parte del modelo ideal para el Estado que sí depende de los tributos en función de lo cual se diseña un especial sistema de pesos y contrapesos. Por consiguiente, el ***diseño constitucional del Petro-Estado es inadecuado, pues parte del modelo constitucional del Estado de derecho cuyo gasto público depende del tributo***. Esta inadecuación se basa en ocho premisas prácticas que pasamos a resumir:

- En *primer* lugar, el petróleo es la principal actividad económica. Ello puede ser medido a través de varios agregados económicos, principalmente (i) la relevancia de la actividad petrolera dentro del producto interno bruto (PIB), (ii) la relevancia de las exportaciones petroleras dentro de la balanza de pago y (iii) la relevancia de los ingresos petroleros dentro del presupuesto público nacional. Esto quiere decir que la economía del Petro-Estado depende del petróleo. Esta dependencia genera incentivos para que el Estado controle las actividades de exploración y explotación en procura de maximizar la renta petrolera, todo lo cual propende a la centralización del Estado.

Aquí es importante diferenciar entre la ***dependencia de la economía al petróleo*** y la ***gestión pública de las actividades de exploración y explotación***. La dependencia de la economía al petróleo, o más específico a la renta petrolera, es simplemente un hecho, o sea, una consecuencia económica de

⁷ No está de más recordar que la Revolución de Estados Unidos de Norteamérica inició por la disputa constitucional en cuanto a la soberanía del Parlamento Británico para imponer tributos en las Colonias. El Estado de Derecho, entendido como la organización del Estado bajo los principios de separación de poderes; supremacía constitucional; legalidad y control, parte de la premisa según la cual el gasto público se financia por medio de los tributos. Por ello, el control del Gobierno, en tanto control del gasto público, coadyuva a la racionalidad del tributo, en protección a la propiedad y libertad. Para el caso venezolano, pueden consultarse las premisas básicas del Estado de Derecho desarrolladas en 1839 por Francisco Javier Yanes, en *Manual Político del Venezolano*, Academia Nacional de la Historia, Caracas, 1959, pp. 37 y ss. Véase el tratamiento sobre las rentas del Estado en el Libro XIII de g, de Montesquieu.

⁸ Baptista, Asdrúbal, *Itinerarios de economía política*, cit., pp. 317 y ss.

una determinada realidad. En este sentido se emplea la expresión *rentismo* para describir, precisamente, la economía que depende de la renta petrolera. Asunto del todo distinto es que, *además*, el Estado capte esa renta petrolera en su condición de propietario de los yacimientos y de las actividades extractivas, lo que en modo alguno es un hecho o consecuencia económica sino una consecuencia institucional. Cuando ambas condiciones se unen surge el Petro-Estado cuyo marco institucional tiende al centralismo ante el cúmulo de tareas asignadas al Gobierno nacional, quien capta y distribuye la renta petrolera, principal fuente de ingresos públicos⁹. Con lo cual, en estricto sentido, la expresión *Petro-Estado* alude a una específica condición del poder nacional central del Estado.

- En *segundo lugar*, en el Petro-Estado el Gobierno Nacional se fortalece. En efecto, precisando la expresión *Petro-Estado*, habría que señalar que la economía depende del Gobierno nacional, que tiende a ser no solo un poder fuerte sino un poder central. Por ello, en el Petro-Estado hay condiciones que propenden al presidencialismo y al consecuente debilitamiento del principio de separación de poderes.
- En *tercer lugar*, el Petro-Estado asume una función de ***distribución de riqueza***, esto es, de reparto de la renta petrolera. Esta función difiere de la ***redistribución de la riqueza***. Esta pasa por distribuir la renta captada a través del tributo que grava la riqueza. Por ello la riqueza se *redistribuye*, pues se traslada del contribuyente al beneficiario de las actividades estatales cuyo gasto es sufragado por el tributo. Pero en el Petro-Estado no hay redistribución, ya que la riqueza petrolera es, en su origen, del Estado bajo la gestión del Poder Ejecutivo nacional¹⁰.

9 A lo largo de este ensayo emplearemos la expresión “Gobierno Nacional Central” para aludir al Poder Ejecutivo del Poder Nacional. La expresión “Petro-Estado” utiliza el término “Estado” en un sentido amplio. Ya más específicamente, como es el caso en Venezuela, habría que acotar que el “Petro-Estado” hace alusión a una persona político-territorial en especial, como es la República (y no a las otras personas político-territoriales, como estados y municipios). La República equivale, dentro del Estado, al Poder Público Nacional. A su vez, dentro de la división de poderes a nivel nacional, la expresión “Petro-Estado” alude al Poder Ejecutivo Nacional, expresión que a efectos de este ensayo equiparamos a “Gobierno Nacional”. Dentro del Estado, la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos corresponde a la República o Poder Nacional, mientras que el ejercicio de las actividades de exploración y explotación corresponde al Gobierno Nacional. Por ende, quien capta la renta petrolera es el Gobierno en su condición de propietario de los factores de producción de las actividades de exploración y explotación del petróleo, que es un factor de producción no producido de la República.

10 La riqueza es “*el valor neto en dinero de los activos que se poseen en un momento dado en el tiempo*”. En sentido amplio, la “*distribución de la riqueza*” alude a las políticas públicas a través de las cuales el Estado atiende la desigualdad en la riqueza, lo que es característica del llamado “Estado

- En *cuarto* lugar, debido a que la renta petrolera conforma la parte sustancial de los ingresos públicos, el Estado debe crear mecanismos de distribución de esa renta –traducidos en un conjunto de actividades confiadas a la administración pública– típicamente de contenido prestacional y cuyo gasto será sufragado por la misma. Por ello, el Petro-Estado promueve el crecimiento de la administración pública nacional, especialmente a través de entes creados para atender las actividades por medio de las cuales se distribuye la renta. Estas actividades son prestacionales, es decir, consisten en prestaciones no coactivas traducidas en la oferta de bienes y servicios, desarrollando la construcción de obras públicas. Así pues, el Petro-Estado promueve al ***Estado empresario***: el Estado que asume diversos cometidos realizados a través de empresas públicas¹¹, incluyendo la gestión de actividades sociales mediante el ***Estado benefactor***¹².
- En *quinto* lugar, como vimos, la distribución de la renta petrolera por el Estado incentiva la actividad prestacional de la administración pública a través de bienes, obras y servicios ofrecidos por el primero aludido.

de bienestar”, esto es, el Estado que asume, como cometido, la promoción de condiciones mínimas o básicas de igualdad protegiendo a quienes tienen menos riqueza, o lo que es igual, para erradicar la pobreza. Más estrictamente, la “redistribución de la riqueza” alude a la política por medio de la cual la riqueza se traslada de un grupo de la sociedad –los propietarios del mayor porcentaje de la riqueza– a otro grupo –los propietarios del menor porcentaje de la riqueza. Esto se logra típicamente a través de la política tributaria, esto es, la creación de tributos que gravan la riqueza para procurar los ingresos necesarios para atender el gasto público necesario para atender los cometidos del Estado de bienestar. Sin embargo, en el Petro-Estado, el gasto público es financiado principalmente a través de la renta petrolera, con lo cual, ese gasto público no es consecuencia de la “redistribución de la riqueza” por medio del tributo, sino de la “distribución de la riqueza” por el Petro-Estado. Para los conceptos de riqueza, distribución y redistribución, vid. Samuelson, Paul y Nordhaus, William, *Economía con aplicaciones a Latinoamérica*, pp. 329 y ss.

- 11 La distribución de la renta petrolera, como cometido del Petro-Estado, se lleva a cabo a través de la Administración Pública, conformada por órganos y entes del Poder Ejecutivo Nacional. Específicamente, la Administración Pública asume una actividad prestacional, consistente en asumir la oferta de bienes y servicios como mecanismo para promover condiciones básicas o mínimas de igualdad. Esa oferta se lleva a cabo a través de dos mecanismos: (i) de manera gratuita por medio de servicios sociales, como por ejemplo, la educación, o (ii) de manera remunerada. A su vez, la remuneración puede abarcar dos supuestos: (a) la oferta de bienes y servicios a un precio inferior al precio de mercado e incluso a los costos, como modalidad de subsidio o (b) la oferta de bienes y servicios a precio de mercado. En este último caso el Estado actúa como “Estado empresario”, es decir, como gestor de empresas públicas que asumen la realización de actividades económicas para ofrecer bienes y servicios. La distribución de la riqueza en el “Petro-Estado” incentiva al Estado empresario. Para el caso venezolano, véase en general a Caballero Ortiz, Jesús, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 31 y ss.
- 12 El Estado empresario en sentido estricto describe a realización de actividades industriales y comerciales por el Estado. En un sentido más amplio, el Estado benefactor abarca la gestión de actividades sociales, como salud y educación.

Ello orienta a la sociedad hacia el *reclamo de la renta* petrolera. Consecuentemente se desincentivan las actividades productivas derivadas del emprendimiento individual¹³.

- En *sexto* lugar y como resultado de todo lo anterior, el Gobierno nacional del Petro-Estado no solo se fortalece económica sino políticamente en detrimento del principio de separación de poderes. Así, la distribución de la renta y, consecuentemente, su reclamo se concentran en el Gobierno nacional, el cual pasa a ocupar una posición central en el poder nacional en disminución del rol de los otros poderes y, en especial, del Poder Legislativo. Esto incrementa las demandas políticas y sociales sobre el Gobierno nacional sin que ello esté aparejado con los costos asociados a la política tributaria, pues, como vimos, el Petro-Estado es autónomo económicamente¹⁴.
- En *séptimo* lugar, la configuración de la sociedad venezolana como una sociedad que reclama la renta y la especial posición política y económica del Gobierno nacional crean incentivos para la *captura* de este último y la subordinación de sus políticas públicas a objetivos ajenos al principio constitucional de objetividad. Así, en teoría, la actividad prestacional del Estado debe estar orientada por el principio de objetividad. En la práctica, sin embargo, esas políticas públicas suelen ser resultado, de un lado, de la captura del Gobierno nacional por grupos de interés que los ubican en una especial posición para la búsqueda de la renta; por el otro lado, tales políticas tienden a ser influenciadas por intereses políticos de los funcionarios, todo lo cual propende a patologías como el paternalismo, el clientelismo y, en suma, la corrupción¹⁵. De allí la debilidad democrática del Petro-

13 Seguimos en este punto a Urbaneja, Diego Bautista, *La renta y el reclamo. Ensayo petróleo y economía política en Venezuela*, Editorial Alfa, Caracas, 2013, pp. XV y ss. La sociedad venezolana reclama renta, en el sentido que demanda –políticamente– la distribución de la renta petrolera, aun cuando el Estado también distribuye la renta sin reclamo.

14 La disposición directa de la renta –escribe Diego Bautista Urbaneja– “da al personal político un potencial de autonomía mayor que en casos donde ese elemento está ausente”. Cfr.: Urbaneja, Diego Bautista, *La renta y el reclamo. Ensayo petróleo y economía política en Venezuela*, cit., p. XXXV.

15 El diseño y ejecución de políticas públicas pueden estar influenciados por grupos de interés que influyen y controlan al Gobierno. Desde el análisis económico, esto pone en evidencia que la elección pública es influenciada por grupos de interés, lo que facilita la captura de la Administración. Véase sobre ello a Cruz Ferrer, Juan de la, *Principios de regulación econó-*

Estado en el sentido que las decisiones políticas de los electores tienden a estar afectadas por las expectativas de captura de la renta petrolera¹⁶.

- Por último y en *octavo* lugar, el conjunto de características institucionales del Petro-Estado condicionan su desempeño al llamado *espiral de la miseria* propio de la *enfermedad holandesa*¹⁷. De esa manera, el alza (o *boom*) de los precios del petróleo incentiva el gasto público e incluso el endeudamiento, todo lo cual incrementa dependencia de la sociedad a las obras, bienes y servicios ofrecidos por el Estado a través de su administración pública. Asimismo, lo anterior propende a la apreciación de la moneda con el consecuente estímulo de las importaciones y el desestímulo de la producción local. Por tanto, la caída de los precios del petróleo afecta la satisfacción de la demanda creciente de los ciudadanos, lo que suele traducirse en inflación, escasez y desabastecimiento¹⁸. Este ciclo económico determina el ciclo político del Estado: en épocas de bonanzas petroleras el Estado se torna en Estado paternalista; en cambio, en épocas de caída de los

mica en la Unión Europea, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, pp. 171 y ss. En el Petro-Estado existen mayores incentivos para esa captura, pues ello facilita la captura de la renta. En este sentido, la expresión “búsqueda de renta” se diferencia del “reclamo de la renta”: mientras que ésta alude a las demandas sociales para capturar la renta ya captada por el Estado, aquélla expresión alude a la demanda social orientada a incidir en las políticas públicas del Petro-Estado para obtener rentas superiores a las esperadas en condiciones normales de mercado. Cfr.: Urbaneja, Diego Bautista, *La renta y el reclamo. Ensayo petróleo y economía política en Venezuela*, cit.

16 Karl, Terry Lynn, *The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States*, cit.

17 Rodríguez Sosa, Pedro Luis y Rodríguez Pardo, Luis Roberto, *El Petróleo como instrumento del progreso*, IESA, Caracas, 2013, pp. 98 y ss. Desde la teoría económica que analiza las consecuencias de la riqueza de recursos naturales como el petróleo, se alude a la “enfermedad holandesa” (pp. 45 y ss.). En apretada síntesis, con tal expresión se explican las consecuencias económicas del Petro-Estado sobre las políticas públicas distributivas. El punto de inicio parte de recordar que el ingreso petrolero es volátil, en buena medida, por la volatilidad del precio del petróleo. El incremento de ese precio genera el incremento de los ingresos públicos en divisas, pues el petróleo se intercambia en el mercado internacional. Esto genera dos consecuencias básicas: (i) el incremento del gasto público como resultado del incremento de los ingresos petroleros y (ii) la apreciación cambiaria. Así, debido al incremento del gasto público, la demanda total de bienes y servicios (demanda agregada) aumenta. Respecto de los bienes transables (aquellos bienes que se intercambian en el mercado internacional y, por ende, pueden ser importados), la señalada apreciación del bolívar incentiva las importaciones, afectando la producción local. La caída de los precios del petróleo, al contraer el gasto y las divisas disponibles para el pago de las importaciones, se traduce en la disminución de la oferta agregada, que no puede ser fácilmente suplida por producción local. Esto se traduce en la “desindustrialización”, esto es, en la incapacidad de la economía doméstica de satisfacer la demanda agregada.

18 Karl, Terry Lynn, *The Paradox of Plenty: Oil Booms and Petro-States*, cit.

precios del petróleo, el Estado incentiva su rol de regulador para tratar de paliar el desequilibrio causado entre la oferta y la demanda.

Estas ocho premisas prácticas, así resumidas, permiten comprender la inadecuación entre el diseño constitucional del Estado venezolano y su conformación como Petro-Estado, mientras el diseño constitucional se basa en la fórmula del Estado de derecho –con algunas importantes matizaciones, según veremos–. En la realidad, el Estado venezolano es un Petro-Estado que es autónomo económicamente. Por ello, ante el diseño constitucional que actúa en el marco de la separación y equilibrio de poderes bajo el imperio de la Constitución y la ley, el Petro-Estado determina la existencia de un Estado donde el Gobierno nacional concentra poderes, debilitando el principio de su separación y restando eficacia al sistema de pesos y contrapesos.

Para nosotros, esta es la explicación determinante de la inadecuación entre la realidad del Estado venezolano y su diseño constitucional, lo que se ha traducido en una permanente crisis que se evidencia en la década de los ochenta del pasado siglo. Así, los vicios generalmente atribuidos al Estado venezolano (presidencialismo, debilitamiento del principio de separación de poderes, centralización, corrupción, estatismo y paternalismo, entre otros), en buena parte, pueden explicarse desde la inadecuación del marco constitucional del eEstado de derecho aplicado al Petro-Estado¹⁹.

19 El Estado de Derecho encontró en la Constitución de 1961 una de sus expresiones más elaboradas y duraderas. Empero, para la década de los ochenta del pasado siglo la crisis del modelo de Estado desarrollado en la práctica resultó evidente, todo lo cual forzó a la creación de la Comisión para la Reforma del Estado (COPRE), en 1984. La COPRE formuló un conjunto de recomendaciones, entre ellas: (i) promover un mayor equilibrio de poderes, especialmente respecto a la autonomía e independencia del Poder Judicial, frente al presidencialismo existente; (ii) promover la descentralización político-territorial fortaleciendo estados y municipios, ante el predominante centralismo del Poder Nacional; (iii) promover la mayor participación ciudadana en asuntos públicos, frente a los vicios derivados del sistema de partidos; (iv) promover mayores y mejores controles sobre el Gobierno, frente a las prácticas clientelares y de corrupción imperantes, y (v) sustituir el modelo económico estatista basado en el rol hegemónico del Petro-Estado en la economía, por un modelo orientado al mayor rol de la iniciativa privada. Bien vistas, las patologías señaladas al Estado venezolano encontraban, en el Petro-Estado, su causa determinante. Sobre estas propuestas de reforma, nos remitimos al análisis y referencias bibliográficas contenidas en Hernández G., José Ignacio, *Administración Pública, Desarrollo y libertad en Venezuela*, FUNEDA, Caracas, 2012, pp. 83 y ss.

1.3. Los tres títulos de intervención del Petro-Estado sobre el sector

Hemos explicado, en la sección anterior, las implicaciones prácticas del Petro-Estado sobre el diseño constitucional del Estado venezolano. Asimismo, hemos destacado cómo esas implicaciones evidencian la disociación entre las bases constitucionales del Estado de derecho y la realidad institucional del Petro-Estado.

Ahora es necesario analizar, con mayor detenimiento, cuáles son las causas jurídicas del Petro-Estado. En otras palabras: identificar cómo el marco institucional configura a Venezuela como Petro-Estado. A tal fin es necesario recordar la diferencia antes señaladas entre la dependencia de la economía venezolana al petróleo (o *rentismo*) y el Petro-Estado. La dependencia de la economía venezolana al petróleo es simplemente una consecuencia de ciertos hechos: la economía venezolana, principalmente, depende del petróleo. El Petro-Estado, por el contrario, no es una consecuencia económica sino una institucional: el Estado venezolano se organiza, institucionalmente, como un Estado cuyos ingresos dependen de los beneficios petroleros captados en su totalidad para luego distribuirlos²⁰.

A. La intervención del Estado sobre el sector petrolero: análisis de los tres cauces institucionales

Para este ensayo no es relevante el estudio del llamado rentismo, sino el estudio de las causas institucionales del Petro-Estado. Para lo anterior es preciso analizar —desde una perspectiva histórica y a partir de sus trazos más generales— cuáles son los tres títulos de intervención del Estado venezolano sobre los hidrocarburos²¹:

- El *primer* título de intervención del Estado es la propiedad pública sobre los yacimientos de hidrocarburos, como consecuencia de la aplicación al naciente Estado venezolano, de los principios del

20 No pretendemos asignar a estos conceptos un rol absoluto, pues ellos se emplean solo a los fines de este ensayo. La economía venezolana participa de una condición rentista, vista la dimensión económica de la renta petrolera medida en a través de diversos agregados. El Petro-Estado, por el contrario, es resultado de un arreglo institucional, a través del cual el Estado controla, captura y distribuye la renta.

21 Seguimos aquí lo que hemos expuesto en Hernández G., José Ignacio, *El pensamiento jurídico venezolano en el Derecho de los Hidrocarburos*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2016.

ordenamiento jurídico español sobre la propiedad del subsuelo. Tal título, observamos, está reconocido en el artículo 12 de la Constitución de 1999.

Debe en todo caso advertirse que históricamente este título fue asumido como una *nuda propiedad*. Esto quiere decir que la propiedad del Estado sobre los yacimientos no se reconoció como una propiedad plena, permitiendo al Estado el uso, goce y disposición de tales recursos. Por el contrario, el Estado limitó su función a asignar a terceros derechos sobre los yacimientos. Esta asignación, en los orígenes del derecho minero que influyeron en el inicial aprovechamiento de los hidrocarburos, se efectuó por medio de la concesión, pero considerando que los derechos del concesionario se asignaban a título de *propiedad*.

Esto configuró lo que hemos denominado la *etapa propietarista* de los hidrocarburos, es decir, aquella en la cual el Estado limitó su intervención a la asignación de derechos sobre los yacimientos, pero sin intervenir directamente en las actividades de exploración y explotación. El posterior desarrollo de la industria petrolera, bajo el régimen de Juan Vicente Gómez, se tradujo en el incremento del control del Estado a través de leyes administrativas especiales en materia de hidrocarburos, así como la organización de técnicas especiales de intervención administrativa en el control de tales actividades. Empero esa regulación no se apoyó en la propiedad pública sobre los yacimientos, sino en el cometido estatal de garantizar el orden público.

- El *segundo* título es la gestión de las actividades de exploración y explotación (o actividades primarias) por el Estado: lo que hemos denominado la ***etapa estatista de los hidrocarburos***. El tránsito de la etapa propietarista a la estatista fue gradual y encontró en la Ley de Hidrocarburos de 1943 su mejor expresión. Dos causas fueron determinantes para este cambio: (i) el incremento de los ingresos públicos derivados de la actividad petrolera y (ii) el consenso social y político en torno a la necesidad de ampliar el control del Estado sobre el sector. Este consenso se tradujo en premisas políticas como la *venezolanización del petróleo* o la *siembra del petróleo*. La propuesta, en resumen, consistió en ampliar el rol del Estado en las

actividades extractivas. A tal fin se reconoció que el Estado podía gestionar directamente actividades por medio de empresas públicas. Posteriormente con la *Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y Comercio de los Hidrocarburos* de 1975, el Estado asumió la gestión en monopolio de las actividades. De esta manera y bajo la premisa del Estado empresario, esa gestión fue confiada a un conjunto de empresas públicas operadoras bajo el control de Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA). Con tal ley se implementó la llamada *nacionalización petrolera* mediante la cual el Estado se reservó la industria y comercio de los hidrocarburos, asumiendo en monopolio su gestión²².

Tal título se mantiene actualmente como fue esbozado en la Constitución de 1999 y luego ratificado en la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2001. Esta ley limitó la reserva solo a las actividades de exploración y explotación (las actividades aguas arriba), permitiendo la libre iniciativa en las actividades de aprovechamiento y comercialización (actividades aguas abajo). Poco antes la Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos, de 1999, permitió la libre iniciativa sobre el sector. Sin embargo, reformas posteriores ampliaron la reserva sobre las actividades aguas abajo como consecuencia del conjunto de políticas públicas que, bajo la denominación de la *nueva PDVSA*, incrementaron el control estatal sobre el sector, potenciando así este segundo título de intervención²³.

- El *tercer* título de intervención del Estado lo encontramos en la captación de la renta petrolera y su posterior distribución por el Gobierno nacional. Como explica Juan Cristóbal Carmona Borjas, la captación de la renta petrolera por el Estado responde a tres causas. Así, (i) en su condición de propietario de los yacimientos, el Estado capta la renta por medio de las regalías y ventajas especiales. Además, (ii) en su condición de empresario del sector, el Estado capta la renta

22 La iniciativa privada solo se reconoció de manera colateral, a través de contratos de servicios o contratos operativos, y convenios de asociación para la gestión conjunta de las actividades reservadas, siempre bajo el control del Estado. Ambos cauces fueron promovidos a mediados de la década de los noventa, en la llamada "apertura petrolera", esto es, el programa de estímulo de la inversión privada mediante convenios operativos y de asociación.

23 La Ley Orgánica de Hidrocarburos solo permitió la iniciativa privada en las actividades primarias a través de las empresas mixtas, en la cual debía actuar como accionista minoritario. Con lo cual, las empresas mixtas son en realidad empresas públicas.

a través de los dividendos pagados por PDVSA. Por último, *(iii)* como Estado soberano, el Estado capta la renta a través del poder tributario sobre las empresas públicas del sector²⁴.

B. El estado benefactor y el Petro-Estado

Ahora bien, de estos tres títulos jurídicos que configuran a Venezuela como Petro-Estado, en nuestra opinión, es el segundo el más relevante, pues la captación del remanente de la renta solo es posible desde la condición del estado empresario y, más ampliamente, del Estado benefactor que distribuye la renta petrolera²⁵. De acuerdo con los conceptos antes expresados, Venezuela se consolidó como Petro-Estado en la etapa estatista iniciada con la nacionalización. Ello es así por cuanto, a partir de esa fase, el Estado captó el remanente de la renta. Bajo la etapa propietarista, por el contrario, el Estado solo captó una parte de esa renta debido a su condición de propietario de los yacimientos y a través de tributos.

Desde los orígenes de la industria petrolera —lo que generalmente se sitúa en 1914— los ingresos públicos derivados del sector se anclaron en la primera y tercera causa, es decir, los ingresos captados por el Estado en su condición de propietario —bajo el imperante sistema concesional— y los causados por medio de tributos. La ya señalada tesis de la venezolanización impulsó a incrementar los ingresos tributarios petroleros. Alcanzada la etapa estatista, el Estado captó el remanente de la renta en su condición de propietario del capital, o sea, de accionista. Con lo cual la captación del remanente de la renta petrolera es posible debido a que el Estado asumió en monopolio la gestión de las actividades extractivas, capturando ese re-

24 Carmona, Juan Cristóbal, *Actividad petrolera y finanzas públicas en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, pp. 49 y ss. Carmona divide la renta petrolera en aquella de origen patrimonial (dividendos, regalía y ventajas especiales y otros similares) y *(ii)* tributarios. En sentido estricto, sin embargo, la renta debería excluir al tercer tipo de ingreso, pues el tributo no es causado en la propiedad del Estado.

25 La renta petrolera se distribuye a través de dos actividades estatales: la actividad empresarial (Estado empresario) y la actividad de prestacional de servicios sociales (en sentido amplio, Estado benefactor). Mientras que la primera es una actividad remunerada (típicamente la empresa pública ofrece bienes y servicios a cambio de un pago) los servicios sociales son gratuitos o se condicionan a un precio subsidiado. La distinción no es, por supuesto, rígida: la venta de gasolina es una actividad estatal empresarial que abarca un subsidio regresivo.

manente a través de los dividendos. Ello permitió al Estado distribuir la renta petrolera mediante empresas públicas y servicios sociales.

2. La intervención del Estado en la economía bajo el Petro-Estado. La tesis del capitalismo rentístico

De acuerdo con lo que hemos venido exponiendo, Venezuela es un Petro-Estado pues (i) captura la renta petrolera, que es consecuencia de la principal actividad económica del país. Además, (ii) la renta petrolera representa la mayor fuente de ingresos públicos. De ello resulta que (iii) el Estado venezolano es autónomo económicamente en tanto no depende de los tributos no-petroleros para sufragar gastos públicos.

Los dos primeros elementos señalados —la dependencia de la economía a la renta petrolera y su relevancia en los ingresos públicos— fueron las principales causas que llevaron a la doctrina económica a proponer la necesaria intervención del Estado sobre la economía. Así se observó que el ingreso de petro-dólares generaba una presión sobre el sistema de precios incentivando la inflación. Junto a ello, estos ingresos ejercían presión sobre el tipo de cambio. En palabras de Uslar Pietri, esas causas económicas justificaban la intervención pública sobre la economía²⁶:

En primer lugar, la balanza comercial, que siempre nos había sido favorable, empezó a ser desfavorable. Venezuela empezó a ser un país que importa más de lo que exporta. Sin embargo, la balanza de pagos es favorable, porque las actividades petroleras aseguran un creciente arribo de divisas. Esta diferencia favorable de la balanza de pagos, y desfavorable de la de comercio, se acentúa, con su consecuencia inevitable de la tendencia al alza de la moneda nacional, o, lo que es lo mismo, de la baja del cambio internacional en nuestro mercado. Esto significa que cada vez más los venezolanos tendrán mayores facilidades para comprarle al extranjero y mayores dificultades para venderle: es decir, cada vez más con un bolívar se comprarán más cosas fuera de Venezuela, y cada vez más las cosas que Venezuela exporta se obtendrán con menos bolívares (...) junto a esto surgen fenómenos secundarios, como el incremento de la riqueza circulante, el alza de los salarios, etc., y esto, unido al mecanismo de los precios, en que se refleja la situación

26 Uslar Pietri, Arturo, “La libertad económica y la intervención del Estado”, en Arráiz Lucca, Rafael, (compilador) *Arturo Uslar Pietri. Antología cronológica*, BBVA Banco Provincial, Caracas, 2005, pp. 45 y ss.

monetaria que he descrito, hace que en Venezuela simultáneamente venga marcándose una tendencia al alza del costo de la producción.

La intervención pública del Estado en la economía fue impulsada, de esa manera, por el petróleo. El llamado *Convenio Tinoco*, de 1934, implicó no solo la intervención del Estado sobre el tipo de cambio, sino la pérdida de competitividad de las actividades agrícolas locales en los mercados internacionales²⁷. Poco después, en 1939, el gobierno de Eleazar López Contreras iniciaría una decidida intervención pública en la economía a través de controles de precio y cambio²⁸. Posteriormente, en 1946, la creación de la Corporación Venezolana de Fomento marcaría la consolidación del Estado empresario²⁹. Sobre esta base y luego de la nacionalización petrolera de 1975, el V Plan de la Nación postuló la idea de la *Gran Venezuela* dependiente del Estado como el gran actor de la economía³⁰.

El Petro-Estado ha determinado, por ello, el carácter estatista de la economía venezolana. Una vez más debemos diferenciar el carácter rentista del estatista: mientras que el primero es una consecuencia económica, el segundo es una consecuencia institucional. La economía venezolana es estatista, pues el desarrollo económico parte de reconocer el rol hegemónico del Estado con sus dos funciones básicas: (i) el Estado regulador, típicamente mediante los tradicionales controles de precio y de cambio y (ii) el Estado empresario, distribuyendo la renta petrolera.

Este carácter estatista se amplió como resultado del modelo de transición al socialismo que se comenzó a gestar a partir de 2005. Por lo que aquí respecta este modelo se basó en la radicalización del Petro-Estado. Tal expresión se emplea para describir dos cambios importantes: (i) la eliminación de los espacios ganados por la inversión privada en el sector como resultado de la apertura petrolera y la Ley de Hidrocarburos de

27 Cfr.: Urbaneja, Diego Bautista, *La renta y el reclamo. Ensayo petróleo y economía política en Venezuela*, cit., pp. 46 y ss.

28 Brewer-Carías, Allan, *Evolución del régimen legal de la economía 1939-1979*, Ediciones de la Cámara de Comercio de Valencia, Valencia, 1980, pp. 15 y ss.

29 Caballero Ortiz, Jesús, *Las empresas públicas en el Derecho venezolano*, cit., pp. 49 y ss.

30 Seguimos en este punto lo tratado en Hernández G., José Ignacio, *Administración Pública, Desarrollo y libertad en Venezuela*, cit., pp. 54 y ss.

2001³¹ y (ii) el uso instrumental de la renta petrolera para objetivos propios del modelo socialista. Estos cambios se refundieron en la idea de la *Nueva PDVSA*, cuya función principal pasó a ser saldar la *deuda social* existente en Venezuela por medio del *Plan Siembra Petrolera*. En la práctica, ello se logró desviando la renta petrolera capturada por el Estado a través de fondos extra-presupuestarios que facilitaron el uso de tal renta para financiar programas sociales del Gobierno y que eran instrumentados con una clara finalidad política de acuerdo a los ciclos electorales³².

De manera especial, a través del control de cambio y de precios implantados en 2003, el Gobierno nacional aseguró el control sobre la economía por medio del reparto de los petro-dólares para el pago de importaciones. Los petro-dólares se adjudicaban mediante autorizaciones de adquisición y liquidación de divisas a precios subsidiados, lo que justificó el control de precio sobre dichos bienes. Tales controles –junto al reparto de la renta a través de programas sociales como las misiones– crearon una ilusión de bienestar que en realidad era solo eso, una ilusión: el desarrollo económico dependía de la renta petrolera y por ende del Estado. Ante el declive de aquella, especialmente a partir de 2012, el colapso resultó inevitable.

Más allá de las particularidades y consecuencias del giro dado al Petro-Estado en 2005, lo que ahora interesa destacar es que la renta capturada por el Estado ha sido distribuida en la economía venezolana. Asdrúbal Baptista ha empleado la expresión *capitalismo rentístico* para describir esa particularidad. Con la expresión quiere plantearse que la formación de una economía capitalista en Venezuela es resultado directo de la captación y posterior distribución de la renta petrolera por el Estado³³.

31 Estas políticas se denominaron *plena soberanía petrolera*, y abarcaron la extensión de la reserva del Estado a actividades que no fueron reservadas en la Ley de 2001. Además, los convenios operativos y de asociación celebrados durante la apertura petrolera fueron “migrados” al modelo de empresas mixtas.

32 La descripción y justificación jurídica de esta política, en Rondón de Sansó, Hildegard, *El régimen jurídico de los hidrocarburos*, Caracas, 2008, pp. 379 y ss. Estas políticas fueron denominadas también como “Plena Soberanía Petrolera”, en el sentido que el Estado asumió el control de actividades gestionadas bajo la iniciativa petrolera. Véase, para un estudio técnico más detenido, a Carmona, Juan Cristóbal, *Régimen jurídico de la actividad petrolera en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, pp. 177 y ss.

33 Baptista, Asdrúbal, *Teoría económica del capitalismo rentístico*, cit.

Esto permite volver sobre la explicación antes dada acerca de la enfermedad holandesa. Una causa determinante del desempeño económico del Petro-Estado venezolano, como explica Asdrúbal Baptista, es “*la decisión política de destinar los ingresos del petróleo masivamente a la inversión, y así de satisfacer la aspiración nacional de disponer de una capacidad propia de producir bienes y servicios*”. Ello tomando en cuenta “*la estrechez del mercado y su bajo crecimiento para absorber todo lo que podía producirse*”. Junto a lo anterior, el autor observa también que “*la decisión política de dejar la paridad del bolívar naturalmente sobrevalorada*” conduce a la dependencia de las importaciones desincentivando la producción local. Todo lo cual, observamos, incentiva la condición del Petro-Estado como un estado mono-productor y mono-exportador³⁴.

2.1. Recapitulación

De acuerdo a lo que hemos venido exponiendo existe una inadecuación entre las bases constitucionales de Venezuela como estado de derecho y su realidad de Petro-Estado. Esa inadecuación se resume en las ocho implicaciones prácticas señaladas del Petro-Estado que afectan severamente el desempeño del Estado de derecho. Igualmente hemos identificado cuáles son los tres títulos jurídicos que configuran a Venezuela como Petro-Estado.

Para explicarlo en términos más sencillos: los controles que garantizan la existencia del Estado de derecho no se adecúan al Petro-Estado, pues este fortalece al Gobierno nacional en condiciones que hacen poco efectivos los controles derivados de la separación de poderes. A la vez se basan en el equilibrio entre los poderes del Estado.

Ahora interesa recapitular que la inadecuación entre el Estado de derecho y el Petro-Estado, basada en la autonomía económica del Estado, es causada *principalmente* por la captura y posterior distribución interna de la renta petrolera, considerando la condición del Estado de accionista de las empresas públicas petroleras e incluyendo las empresas mixtas. Una consecuencia agravada a partir del 2005, pues el desvío de la renta afectó –todavía más– el ya debilitado control parlamentario sobre el presupuesto.

³⁴ Baptista, Asdrúbal, *El relevo del capitalismo rentístico. Hacia un nuevo balance de poder*, Fundación Polar, Caracas, 2004, P. 47.

3. El petro-estado desde la constitución económica

3.1. Breves consideraciones sobre la Constitución económica. Referencias al sistema de economía social de mercado presente en la Constitución de 1999

Como es sabido la Constitución económica es –en definición de Manuel García Pelayo– el *marco jurídico fundamental de la economía*. De esa manera la Constitución incluye, dentro de sus normas, la ordenación jurídica básica del intercambio de bienes y servicios. En sentido más estricto, la Constitución económica parte de la concepción de la *Constitución como pacto de libertad* con lo cual se encarga, por un lado, de reconocer derechos económicos derivados de la libertad general del ciudadano: como la libertad de empresa, la propiedad privada y el derecho de los consumidores y usuarios al acceso de bienes y servicios. Por otro lado se encarga de definir las garantías de esos derechos ante la intervención del Estado en la economía³⁵.

Desde el punto de vista del derecho comparado se advierte, en todo caso, que el concepto de constitución económica es neutro. Esto quiere decir que tal concepto describe, únicamente, las normas constitucionales que ordenan la economía sin prejuzgar su contenido. Desde ese contenido el concepto puede clasificarse en dos grandes grupos: (i) la **constitución económica democrática**, donde la ordenación jurídica de la economía se lleva a cabo a partir de un sistema definido en términos amplios y flexibles y (ii) la **constitución económica no-democrática**, cuyo sistema es definido de manera rígida y de forma tal que solo se admite un modelo único. En la práctica, este grupo coincide con las constituciones inspiradas en el modelo socialista soviético.

A mediados del siglo XX se generalizó un modelo de constitución económica democrática que, sin embargo, partió de la calificación del Estado como *Estado social y democrático de derecho*. En el caso

35 García-Pelayo, Manuel, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en Ramírez, Manuel (editor), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1979, ahora en García-Pelayo, Manuel, *Obras Completas, Tomo III*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 2851 y ss. Seguimos lo tratado en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 27 y ss.

venezolano fue tal el sistema iniciado con la Constitución de 1974. La constitución económica del Estado social es flexible, pues solo define el marco general dentro del cual las políticas públicas, cambiantes por el juego democrático, podrán concretar el modelo económico. Pero también es cierto que la cláusula del Estado social limita esa flexibilidad al establecer un marco mínimo que en modo alguno puede ser desatendido. Desde el Estado social la función de la Constitución ya no es establecer límites a la intervención pública en la economía: ahora la Constitución asigna al Estado mandatos que le emplazan a intervenir en la economía.

A fin de describir este sistema económico constitucional se ha empleado la expresión, de origen alemán, de *economía social de mercado*. La economía social de mercado es una *economía de mercado*, esto es, la economía basada en (i) la propiedad privada sobre factores de producción, (ii) la libertad de empresa y (iii) el derecho de los consumidores al libre acceso y selección de bienes y servicios en condiciones de competencia efectiva. El calificativo *social* quiere acotar que tal economía no prescinde de la intervención del Estado. Esa intervención, por el contrario, se afirma con dos objetivos. El *primero* es reconocer la actividad de limitación del Estado para asegurar el correcto funcionamiento de la economía de mercado y atender los fallos que impidan su adecuada labor. El *segundo* es reconocer la actividad prestacional del Estado que, de acuerdo con los principios de menor intervención y subsidiariedad, se encarga de atender necesidades básicas y mínimas que no encuentran debida atención en el mercado. Desde esta perspectiva, la economía social de mercado se opone a la *economía centralizada* en la cual el Estado —y no los consumidores— decide los bienes y servicios que serán transados³⁶.

36 Sería un error —escribe Erhard— considerar que la economía de mercado es una economía típicamente desorganizada y anárquica, pues la oposición real no se plantea entre economía libre y economía planificada, sino entre economía de mercado con libertad de precios y economía centralizada por el Estado. La economía social de mercado pretende así “crear un orden en el cual la libertad personal se une en condiciones óptimas con la seguridad social, formando una sola unidad” (*La economía social de mercado. Política económica en Alemania*, Ediciones Omega, Barcelona, 1964, pp. 19 y ss.). Puede verse, del autor, *Bienestar para todos*, Unión Editorial, Madrid, 1989, pp. 11 y ss.

No obstante y en la práctica, el Estado social ha degenerado en intervenciones que suprimen la soberanía del consumidor a través de un modelo centralizado. Ello es consecuencia, por lo general, de técnicas de intervención sobre la oferta que suprimen el derecho de la empresa privada a decidir qué bienes producir y el precio, lo que se alcanza por medio del control de precio. Asimismo, el Estado termina sustituyendo a la empresa privada por medio de empresas públicas. Como resultado de lo anterior, el Estado social –al separarse de los principios de menor intervención y subsidiariedad– degenera en un ente planificador que, al centralizar el control de la economía, la suprime del mercado³⁷.

Al analizar las cláusulas económicas de la Constitución de 1999, doctrina y jurisprudencia, se ha concluido que estas sancionan el sistema de economía social de mercado. Por un lado, la Constitución reconoce el principio de soberanía del consumidor a través de los derechos de propiedad privada, libertad de empresa, libre competencia, acceso y selección a los bienes y servicios (artículos 112, 113, 115 y 117). Por otro lado, la Constitución reconoce que el Estado puede regular la economía y asumir la atención de ciertas necesidades para atender la justicia social (artículo 299)³⁸.

Junto a ello, Allan R. Brewer-Carías observó –conclusión que compartimos– que la flexibilidad del sistema de economía social de mercado se había mermado por el talente estatista de la Constitución de 1999, ya que esta asignó un amplio catálogo de cometidos económicos y sociales para el Estado que se relacionan con los llamados *derechos sociales*, es decir, derechos fundamentales –como a la vivienda– cuya satisfacción requiere de prestaciones a cargo de la administración³⁹.

37 No hay contradicción entre economía de mercado e intervención pública en la economía. La contradicción se produce cuando esta intervención sustituye la economía de mercado por una economía centralizada. Cfr.: Sánchez Covisa, Joaquín, *Economía, mercado y bienestar*, Caracas, 1974, pp. 25 y ss.

38 Véanse las referencias en Hernández G., José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, cit.

39 Brewer-Carías, Allan, *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano, Tomo II*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2004, pp. 818 y ss. Nuestra posición en Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, IESA-FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 37 y ss.

Desde una posición más extrema, José Valentín González ha negado que el Texto de 1999 asume el modelo de economía social de mercado considerando que su artículo 303 otorgó rango constitucional a la propiedad del Estado sobre PDVSA⁴⁰ y tomando en cuenta la dependencia de la economía venezolana al petróleo. Esa norma, según el autor, determina la propiedad pública como el principal factor de producción de Venezuela, lo cual muestra que la Constitución de 1999 parte de un modelo centralizado más próximo al soviético⁴¹.

No es tema de este ensayo analizar la interpretación del citado artículo 303 constitucional. Basta con señalar, por los momentos, que el mismo –ciertamente– atenta contra la flexibilidad de la constitución económica y refuerza el carácter estatista de sus cláusulas. Además, también es cierto que una adecuada interpretación de esa norma permitiría disminuir los títulos de intervención del Estado social del sector.

3.2. La incompatibilidad entre el sistema constitucional de la economía social de mercado y el Petro-Estado. Hacia el desmontaje del Petro-Estado

Siguiendo con las reflexiones formuladas en la anterior sección, es preciso recordar que la economía social de mercado, en tanto es economía de mercado, debe basarse en la *autonomía privada* de la oferta y la demanda sin perjuicio de la intervención pública de acuerdo con los dos cauces ya señalados. Tal autonomía privada requiere, por ende, que la oferta y la demanda no sean dependientes del Estado.

Por otro lado, como analizamos en la primera parte, en el Petro-Estado la economía depende del Estado en su condición de *gestor* de las actividades extractivas y *distribuidor* de la renta. De manera espe-

40 De acuerdo con el artículo 303 “*por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando la de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela*”.

41 González, José Valentín, “Una nueva aproximación a la Constitución económica de 1999”, en *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela*, en *Enfoques sobre Derecho y Libertad en Venezuela*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2013, pp. 107 y ss.

cial y a través del Estado empresario, el Estado pasa a ser propietario de los factores de producción del sector, permitiéndole captar la totalidad de la renta⁴². Asimismo, como vimos, el gasto público financiado por la renta pasa a ser el principal elemento de la economía al incidir sobre la oferta agregada.

Ahora bien, retomando la idea según la cual existe, básicamente, el modelo de economía de mercado en contraposición con el de la economía planificada habría que concluir que, cuando menos, el Petro-Estado determina la preponderancia del segundo sobre el primero. Así lo advertimos luego del 2005, pues el reforzamiento del Petro-Estado en el marco del modelo de transición al socialismo afectó de manera determinante la viabilidad de la economía en Venezuela⁴³.

Entonces, ¿cuál es la causa determinante de la inviabilidad de la economía social de mercado bajo el Petro-Estado en Venezuela? Para responder esa interrogante conviene repasar los tres títulos de intervención del Estado sobre el sector y, con ello, identificar en qué medida afectan la viabilidad de la economía de mercado.

C. La propiedad pública sobre los yacimientos de hidrocarburos. Alternativas para su desmontaje

El primer título es la propiedad pública sobre los yacimientos, expresamente ratificado en el artículo 12 de la Constitución de 1999. La evolución histórica del pensamiento jurídico de los hidrocarburos en Venezuela demuestra, sin embargo, que este es el título menos riesgoso. El Estado puede preservar la propiedad sobre los yacimiento, pero asignando derechos sobre estos como sucedió en Venezuela hasta bien entrado el siglo XX⁴⁴.

42 Cabe acotar que el petróleo es un factor de producción no producido, mientras que la industria petrolera es un factor de producción producido. En su condición de propietario de los yacimientos, el Estado asume la propiedad del primer factor señalado; en su condición de Estado empresario, asume la propiedad del segundo factor.

43 Morles Hernández, Alfredo, "La repercusión en el Derecho privado de los actos dirigidos a consolidar el orden económico socialista", Caracas, 2014 (consultado en original).

44 La intervención pública en este sentido debe considerar, además, que los yacimientos son recursos limitados, con lo cual la asignación de derechos sobre los yacimientos debe asegurar la libre competencia.

El desmontaje de este título implicaría privatizar los yacimientos de hidrocarburos, lo que pasa por la reforma del artículo 12 de la Constitución de 1999. De otro lado tal privatización, en la práctica, se enfrenta a importantes obstáculos. Como alternativa podría implementarse un mecanismo reglado de asignación de derechos sobre tales yacimientos a la iniciativa privada. De esta manera el desmontaje del Petro-Estado no requiere necesariamente la privatización de los yacimientos.

D. La propiedad sobre los factores de producción del sector petrolero. Alternativas para su desmontaje

El segundo título es la propiedad del Estado sobre los factores de producción del sector como resultado de la nacionalización de 1975 agravada a partir de 2005. En parte, como vimos, esta propiedad es reconocida en el artículo 303 de la Constitución⁴⁵. Esto determina la condición de Venezuela como Estado empresario de la principal actividad económica del país, afectando el desempeño de la economía de mercado debido a la dependencia de oferta y demanda.

El desmontaje de este título pasa por la derogatoria de la reserva sobre el sector y la privatización de las empresas públicas petroleras, lo cual encuentra –en el artículo 303 constitucional– obstáculos importantes pero no impeditivos. Otra alternativa es mantener tal reserva y las empresas públicas ya existentes, reconociendo mayor ámbito de actuación de la inversión privada.

En todo caso la supresión de este título no eliminaría la captación de parte de la renta, al menos, a través de tributos. Por tanto, aunque este título sea relevante para la configuración del Petro-Estado no resulta determinante.

45 No sucede así, advertimos, con la reserva sobre el sector. El artículo 302 de la Constitución, en redacción poco clara, permite al Estado reservarse “la actividad petrolera”, lo que no implica que tal actividad esté reservada por la Constitución, al ser necesario una Ley Orgánica. Por ello, la reserva no es así un mandato constitucional sino una opción, que según su caso, se concretará en Ley Orgánica. El único mandato existente está contenido en el citado artículo 303, según el cual, según vimos, el Estado “*conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera*”, lo que no incluye al capital social de “*las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela*”.

E. La captación de la renta petrolera por el Estado. Alternativas para su desmontaje

El tercer título es la captación de la totalidad de la renta petrolera por el Estado mediante regalías, ventajas especiales, dividendos y tributos para su posterior distribución por el Gobierno nacional. Este título, para nosotros, resulta determinante ya que permite al Estado ser autónomo económicamente, admintiendo la utilización del gasto público en el marco de políticas populistas y clientelares que resultan incompatibles con la economía de mercado.

En la medida en que los dos títulos anteriores se supriman, la captación de la renta por el Estado reducirá. Así, la privatización de los yacimientos impediría captar la renta por concepto de regalía y ventajas especiales, mientras que la privatización de las empresas públicas impediría captar la renta por concepto de utilidad. Permanecería, en todo caso, la captación de renta por concepto de tributo.

Sin embargo y en sentido estricto, la configuración del Petro-Estado –de acuerdo a su realidad práctica en Venezuela– no proviene tanto de la captación de la renta sino de su distribución por el Estado. Una alternativa que permite incidir en la capacidad del Gobierno nacional para distribuir esa renta.

Es importante destacar que a diferencia de los dos títulos anteriores, este título no está previsto en la Constitución ni es incompatible con esta. En efecto y de acuerdo con la Constitución, el Gobierno nacional no puede usar discrecionalmente la renta petrolera mucho menos para financiar bienes de consumo individual con fines políticos. Así, la Constitución de 1999 contiene diversas técnicas que tienden a limitar el uso discrecional de la renta petrolera por el Gobierno nacional. De acuerdo con el artículo 311: *“El ingreso que se genere por la explotación de la riqueza del subsuelo y los minerales, en general, propenderá a financiar la inversión real productiva, la educación y la salud.”*

Por su parte, de conformidad con el artículo 321:

Se establecerá por ley un fondo de estabilización macroeconómica destinado a garantizar la estabilidad de los gastos del Estado en los niveles nacional, regional y municipal, ante las fluctuaciones

de los ingresos ordinarios. Las reglas de funcionamiento del fondo tendrán como principios básicos la eficiencia, equidad y no discriminación entre las entidades públicas que aporten recursos al mismo.

Junto a lo anterior, es preciso recordar que la distribución de la renta petrolera en fondos ajenos al presupuesto nacional contradice el principio constitucional de unidad del tesoro, así se percibe a partir del artículo 311 del Texto de 1999.

Tal marco constitucional justifica el diseño de controles especiales sobre el Petro-Estado los cuales están orientados a atender una de sus consecuencias más perjudiciales: la autonomía económica del Estado que fortalece al Gobierno nacional al otorgarle discrecionalidad para la utilización de la renta que capta. Tales controles impedirían el indebido fortalecimiento del Gobierno y, además, evitarían las consecuencias económicas adversas de la expansión del gasto público a través de los ingresos petroleros⁴⁶.

Para continuar con lo expuesto conviene observar que los artículos 12 y 303 de la Constitución no imponen ni mucho menos justifican el modelo de planificación central desarrollado al amparo del modelo socialista iniciado en 2005, traducido principalmente en controles centralizados de precio y cambio. La abolición de este modelo centralizado permitiría promover en Venezuela un desarrollo centrado en el emprendimiento individual y no en la acción centralizadora del Estado, tanto su función de regulador como de empresario⁴⁷.

Estas reformas, al amparo de la Constitución de 1999, permitirían replantear la dimensión del Petro-Estado en Venezuela. No quiere decir ello, se advierte, que tales reformas serían suficientes para desmontar al Petro-Estado, ambicioso objetivo que requiere diversas y

46 Véase la propuesta que, en torno a un “nuevo contrato fiscal”, formulan Rodríguez Sosa, Pedro Luis y Rodríguez Pardo, Luis Roberto, *El Petróleo como instrumento del progreso*, cit., pp. 125 y ss. Más allá de las observaciones que tal propuesta nos merece, ella pone en evidencia que las consecuencias de la propiedad pública sobre los yacimientos e incluso, la figura del Estado empresario, pueden paliarse controlando el uso dado a los ingresos petroleros.

47 Véase en este sentido a Balza, Ronald, “De la planificación centralizada a la regulación de la economía: propuesta de transición gradual en Venezuela”, en *Venezuela 2015. Economía, política y sociedad*, Konrad Adenauer Stiftung-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015, pp. 309 y ss.

complejas acciones. Pero, en todo caso, tales reformas propenderían al mejor funcionamiento práctico del Estado de derecho y, también, al mejor funcionamiento práctico de la economía de mercado en Venezuela.

3.3. Recapitulación

El Petro-Estado en Venezuela atenta contra las bases de la constitución económica, pues propende fortalecer al Gobierno nacional en detrimento de los principios básicos del Estado de derecho. Además, el Petro-Estado determina la dependencia de la economía al Estado, generando obstáculos insalvables para el funcionamiento de la economía social de mercado. Como resultado de ello, el principio constitucional de soberanía del consumidor es desplazado por el de planificación.

Desmontar el Petro-Estado es, por ello, condición necesaria –pero no suficiente– para asegurar el funcionamiento efectivo de la economía social de mercado y del precitado principio de soberanía del consumidor. Por *desmontaje del Petro-Estado* entendemos, en este sentido, el conjunto de reformas que reducen o eliminan los tres títulos jurídicos a través de los cuales el Estado interviene sobre el sector petrolero, a saber: (i) la propiedad pública sobre los yacimientos, (ii) la propiedad pública sobre los factores de producción y, por último, (iii) la captación y distribución de los ingresos petroleros.

De esos tres títulos, el tercero es el determinante. Por ello es necesario implementar controles especiales –dentro del marco de la Constitución de 1999– que aseguren que el uso dado a los ingresos petroleros no genere distorsiones en la economía ni factores de dependencia del sector privado hacia el Estado. Así, es posible establecer controles que limiten el uso que le ha dado Estado a esos ingresos, por ejemplo, hacia la inversión en infraestructuras, pero nunca para financiar masivamente la importación de bienes de consumo individual. Es preciso desmontar, también, los controles centrales de cambio y de precio, cuyo funcionamiento desde el 2005 solo se explica en el marco del reparto discrecional de la renta petrolera. En pocas palabras: conviene establecer controles a través de los cuales el gasto público corriente se

financie por recursos distintos a los ingresos petroleros, evitando la distribución de estos en la importación masiva de bienes de consumo, especialmente, a través del control de cambio y el consecuente control de precio.

Alcanzado ese objetivo, entonces, podrán examinarse mecanismos de reforma de los otros dos títulos jurídicos que conforman el Petro-Estado, que son la propiedad pública sobre los yacimientos y la propiedad pública sobre los factores de producción.

El procedimiento de formación de leyes. Nudos críticos y propuestas

Jhenny Rivas Alberti

1. Consideraciones generales

De acuerdo con Montesquieu: “hay leyes que el legislador ha meditado tan poco, que son contrarias al fin que se propuso”.¹ De esta frase podemos concluir la importancia que tiene para enjuiciar el resultado final de la intención primaria del legislador, el largo camino que media entre la fase prelegislativa que establece la necesidad de elaborar un texto normativo y su redacción final, el cual se aprobará con una pretendida vocación de aplicabilidad genérica. Entre ambos momentos se despliega un *íter* que no solo significará un conjunto más o menos complicado de datos rituales, sino que tienen una correspondencia íntima con todo el régimen de principios y reglas básicas de aplicación en cada sistema político de tal forma que su análisis dará de ordinario una idea bastante real de las estructuras y, de una manera más inmediata, del significado e importancia de la institución representativa.²

La noción de pueblo que acompaña la concepción de democracia liberal constitucional no puede ser ajena a la de pluralismo e implica la coexistencia de diferentes ideas, razas, géneros, orígenes, religiones, instituciones o grupos sociales. El pueblo de tan heterogénea composición –al escoger un modelo de democracia constitucional– acepta que todo poder debe tener límites y, por lo tanto, como pueblo soberano acuerda constituirse y auto-limitarse de conformidad con ese modelo democrático e instituye cauces

1 MONTESQUIEU, Del espíritu de las Leyes, pág. 394

2 ALONSO A, “Las Ponencias en el Procedimiento Legislativo”, pág. 85

a través de los cuales pueda expresarse con todo y su diversidad. Por ello, en los estados contemporáneos la voz del pueblo no puede ser apropiada por un solo grupo de ciudadanos, así sea mayoritario, sino que surge de los procedimientos que garantizan una manifestación de esa pluralidad.³

2. Procedimiento legislativo y principio democrático

En un ordenamiento democrático es evidente que la regulación, la Constitución y los reglamentos parlamentarios lleven a cabo el procedimiento legislativo con la finalidad garantizar la actuación del propio principio democrático.

El principio democrático impone unos requisitos básicos para la elaboración de la ley, admitidos casi unánimemente por la doctrina. Estos consisten en que la propia ley sea la manifestación de la voluntad de la mayoría del Parlamento, siempre que durante su formación se haya garantizado la participación de los sujetos interesados en un procedimiento público.

Desde luego, aunque el procedimiento legislativo no tiene por finalidad el cumplimiento de aquel principio, sino la producción de la ley, es verdad que la organización constitucional y reglamentaria del proceso de elaboración de las leyes formales implica una determinada concepción del principio democrático, pues tiene un contenido que, deducido de las reglas establecidas por aquella organización, es susceptible de aplicarse en la interpretación de los supuestos de vulneración procedimental.

El Parlamento es el ámbito natural en el que se expresa el pluralismo característico de un Estado democrático de derecho. Estas características se proyectan en la principal tarea del Parlamento: la elaboración de la ley que, a su vez, afectan a la naturaleza de esta norma.⁴ En efecto, lo que cualifica a la ley en el momento de su elaboración es la participación de los sujetos a los que pertenece la soberanía y su ejercicio.

Entre los órganos que integran las ramas del poder público, tanto por su origen como por su funcionamiento, el Parlamento es el ente representativo por excelencia debido a que en las elecciones para su conformación intervienen un número plural de fuerzas políticas, las cuales compiten y

3 ZAGREBELSKY G, *Manuale di Diritto costituzionale*, pág. 155

4 BIGLINO P, *Los Vicios en el Procedimiento Legislativo*, pág. 57

obtienen escaños en su interior. Principalmente porque su funcionamiento debe respetar reglas de juego previstas para que la pluralidad de fuerzas tengan oportunidad de manifestar, de forma útil, sus opiniones y pareceres.⁵

Los elementos democráticos en la composición y funcionamiento del Parlamento justifican las funciones que le son atribuidas. La elaboración de la ley, la reforma de la Constitución, la elaboración del presupuesto del Estado, la investigación y el juzgamiento de los altos funcionarios del Estado y el control político, son todas tareas esenciales que adquieren legitimidad democrática si son ejecutadas por el cuerpo de representantes del pueblo a nivel nacional.

Pero el desarrollo de las funciones a su cargo debe entenderse como una manifestación del principio democrático y, por consiguiente, los procedimientos por medio de los cuales se ejercen las competencias y se adoptan las decisiones correspondientes están sujetos a las mismas reglas que aportan legitimidad al Parlamento en su conformación. Las diversas manifestaciones del principio democrático pueden ser agrupadas en tres principios que integrarían, a su vez, al democrático en la actividad congresual, es decir, en el principio mayoritario o de decisión por mayorías, de pluralismo político y de publicidad.⁶

2.1 Pluralismo político

Este principio resalta la integración plural del órgano legislativo y, aunque parezca redundante, de sus órganos internos como las plenarios de las cámaras y las comisiones.

El objetivo principal del pluralismo político es, como su nombre lo indica, hacer de la manifestación de voluntad de las comisiones –cámaras legislativas o plenaria– el resultado de un proceso integrador de las fuerzas políticas que lo conforman y, de esa manera, puedan participar activamente en el proceso de determinación política. Esta manifestación es similar a la que se realiza del principio mayoritario y que, al mismo tiempo, resulta de una integración de las minorías con asiento en la cámara. Sin embargo,

5 S/C-141/10 (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>)

6 S/C-141/10 (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>)

el pluralismo no concentra su atención en la decisión que finalmente se toma, sino en el proceso que a ella conduce.⁷

2.2 Decisión por mayorías

La regla de la mayoría es una condición necesaria de la democracia, pues su aceptación constituye el consenso básico acerca de las normas que deben servir para resolver los conflictos. Sin embargo democracia y mayoría no deben identificarse. Tal como afirma Bobbio, entre ambas existe solo una parte de extensión en común, pudiéndose dar, por una parte, sistemas políticos no democráticos que conocen la regla de la mayoría y, por otra, sistemas democráticos en los que determinadas decisiones no sean adoptadas con base en dichas reglas.⁸

Es decir, el sentido democrático de la decisión mayoritaria está fundado en dos pilares que se nutren del principio de igualdad: (i) el que las condiciones para participar en el proceso de decisión no tengan fundamento en parámetros discriminadores –tales como la renta o el nivel de preparación académica– y (ii) el idéntico valor asignado a la decisión de cada uno de los participantes, mientras todas sean válidas ninguna tendrá mayor peso que otra.⁹

Para comprender la dimensión que el principio democrático y la regla de la mayoría tienen en nuestro ordenamiento es necesario analizar la forma en la que el pluralismo político los delimita. El principio del pluralismo es incompatible con la regla de la mayoría, entendiéndose esta como tiranía. Lo planteado no significa que el pluralismo político niegue el principio de la mayoría como técnica para la adopción de decisiones. Pero si es pilar fundamental sobre el que se sostiene el principio limitado de mayoría, el cual debe respetar los derechos de la minoría.¹⁰

Adicionalmente, es necesario reiterar que un estado democrático debe no solo producir sus leyes con la participación y consentimiento de la mayoría de los ciudadanos sino, también, asegurarse de que las leyes se

7 S/C-141/10 (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>)

8 BOBBIO N, *La Regola di Maggioranza: limite e Aporie*, pág. 38

9 KELSEN H, *El problema del parlamentarismo*, pág. 99

10 SARTORI G; *Partidos y Sistemas de Partidos*, pág. 37

adecuan a ciertos valores o contenidos sustantivos de justicia y dignidad humana establecidos en la Constitución. El Estado constitucional debe ser de participación, de derechos y de justicia.¹¹

2.3 Publicidad

En nuestro ordenamiento la publicidad de la actividad parlamentaria constituye la regla general y aparece ampliamente recogida en la Constitución, así como en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional. La primera y más tradicional forma de publicidad es la presencia de los ciudadanos en las sesiones, la asistencia de los medios de comunicación, la publicación de los textos y acuerdos de las comisiones. También, este principio exige que la votación se realice de forma pública (artículo 94 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional)¹², aunque el mismo establece con carácter excepcional la posibilidad de la votación secreta. (Artículo 93)

A. La unicameralidad y el procedimiento legislativo

En el plano técnico jurídico el bicameralismo permite una mejor calidad en el trabajo legislativo, ya que el Senado actúa como una *cámara de enfriamiento*, *cámara de reflexión* o *cámara revisora*, controlando los impulsos pasajeros y las precipitaciones que puedan provenir de la cámara de diputados, llamada también *cámara de origen*, *cámara baja* o *cámara de representantes*. El profesor Humberto La Roche manifiesta que, si consideramos que la ley es algo que debe ser discutido profundamente y pasar a través de filtros legislativos, hay que concluir que el bicameralismo es el sistema más conveniente.¹³ El Profesor Biscaretti di Ruffia señala que la existencia de dos cámaras constituye una garantía de que el trabajo parlamentario se va a desarrollar con más cuidado y reflexión, evitando decisiones apresuradas. Similar argumento a los expuestos en los párrafos anteriores, en cuanto a la formulación de la ley, se esgrimen en relación a

11 NOGUERA A, "El valor pluralismo político del art. 1.1 de la Constitución ante la reestructuración del sistema político y económico", pág. 2191

12 BIGLINO P, *Los Vicios en el Procedimiento Legislativo*, pág. 87

13 BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, pág. 311

su reforma ya que la existencia de dos cámaras da una mayor estabilidad a la legislación, impidiendo las reformas demasiado rápidas o numerosas.¹⁴

En el plano político la ventaja del sistema bicameral se reproduce en el trabajo de fiscalización o control parlamentario donde, por lo general, los juicios políticos se organizan y tramitan en la cámara baja pero se resuelven en la cámara alta, evitando que los mismos acusadores actúen de jueces. La existencia de dos cámaras crea un mecanismo de control mutuo entre los dos cuerpos y previene los excesos de la mayoría en una sola cámara. En este sentido, Loewenstein plantea que el sistema bicameral es un eficaz medio de control intraórgano. Se argumenta también que el bicameralismo –en el plano político– crea una saludable difusión del poder, evadiendo el peligro de una mayoría activista en un cuerpo legislativo único que puede poner en riesgo el necesario equilibrio entre los diversos poderes del Estado. Otra ventaja sería que la existencia de dos cámaras permite establecer diversos sistemas de representatividad: uno para la cámara de diputados y otro para la del Senado.

Quienes se inclinan por el sistema unicameral argumentan a su favor lo siguiente: en el plano técnico jurídico se manifiesta que la unicameralidad permite una mayor celeridad en la expedición de leyes y evita la duplicidad de esfuerzos en el diseño de la legislación. Se expone, también, que una sola cámara permitirá una mejor profesionalización del personal técnico, ya que se maximizan los recursos económicos en el cuerpo de asesores destinados a la investigación y, por esta razón, el estudio de cada medida resultará más profundo. En relación con lo planteado, la exposición de motivos de la Constitución de 1999 señala que la “estructura unicameral responde al propósito de simplificar el procedimiento de formación de las leyes, reducir los costos de funcionamiento del parlamento, erradicar la duplicación de órganos de administración y control y la duplicación de comisiones permanentes, entre otras”. La supuesta falta de meditación y excesiva rapidez en la expedición de normas jurídicas, de que se acusa al sistema unicameral, puede ser superada introduciendo la necesidad de un doble o triple debate.

14 LA ROCHE H, Derecho Constitucional, Vadell Hermanos Editores. Caracas. Tomo I, pág. 528

B. Procedimiento legislativo. La Asamblea Nacional

1 Primera y segunda discusión de un proyecto de ley

De acuerdo con el artículo 208 de la Constitución de 1999, en la primera discusión se considerará la exposición de motivos y se evaluarán sus objetivos, alcance y viabilidad a fin de determinar la pertinencia de la ley y se discutirá el articulado.

Por su parte, el artículo 104 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional hace referencia a la discusión del articulado *en forma general*. En la práctica y durante la primera discusión no se discute el articulado. La primera discusión se ha convertido en un mero paso reglamentario en el cual no se discute ni su alcance, objetivos, viabilidad y mucho menos se revisa o discute su articulado. Se trata de una mera admisión para que el proyecto sea estudiado por la comisión parlamentaria correspondiente. Esta práctica trae como consecuencia que las leyes sean el producto de una sola discusión, a saber, la segunda discusión.

En este sentido es importante hacer referencia a las diferentes modalidades de procedimiento legislativo que presenta el derecho comparado. Los tres modelos de derecho comparado se diferencian entre sí en razón del número de lecturas o deliberaciones que realizan en la cámara del texto normativo que se le propone. Así se puede distinguir i) el procedimiento de las tres lecturas que, a su vez, admite dos subtipos:

- A) Subtipo continental: existe en países como Alemania donde se realiza una primera lectura que consiste en la discusión de la iniciativa legislativa presentada ante el Bundestag. A continuación, el texto normativo se remite a una comisión, la cual debe entregar al pleno del Bundestag un dictamen escrito recomendándole la toma de una decisión para, posteriormente, ser incluido de nuevo en el orden del día. El objetivo es que se efectúe ahora una segunda y tercera lectura siendo, en ambas, el punto central del debate la recomendación hecha por la comisión. Primero se votarán las enmiendas y después el texto original. La votación final de la tercera lectura será la que decidirá, en última instancia, si la redacción del texto realizada es analizada o no por el pleno de la cámara.

- B) Subtipo británico: la primera lectura meramente formal consiste en la entrada del texto del proyecto normativo en la cámara y su presentación ante la misma. Tras esta primera lectura, el texto pasa para su deliberación ante la comisión parlamentaria correspondiente. Por último, el texto regresa a la cámara para que apruebe o rechace el texto debatido. El procedimiento de las dos lecturas, cuyo origen está en Francia y Estados Unidos, se caracteriza fundamentalmente por suprimir la primera lectura del procedimiento legislativo británico, así como por introducir un sistema de comisiones parlamentarias permanentes.
- C) El procedimiento de lectura única consiste en el debate en sesión plenaria de todo el proyecto, suprimiendo el estudio y deliberación en comisión.

En el caso de la Asamblea Nacional la primera discusión ha quedado como un mero trámite de admisión. En realidad poco se debate en la primera discusión, sus objetivos, viabilidad económica y financiera y su finalidad no son debatidos tal como obliga la Constitución y el Reglamento Interior y de Debates. Esta práctica constituye un fraude al procedimiento previsto constitucionalmente.

Una vez que el proyecto es enviado a la comisión permanente y competente por la materia, el equipo técnico se encarga de elaborar el informe que será debatido en la segunda discusión donde, según la práctica, debe referirse artículo por artículo, así como lo dispone el artículo 209 constitucional y 106 del Reglamento Interior y de Debates.

La segunda discusión del proyecto de ley se realizará artículo por artículo y versará sobre el informe que presente la comisión respectiva. El informe contendrá tantos puntos como artículos tenga el proyecto de ley, también se considerarán su título, los epígrafes de las distintas partes en las cuales esté sistematizado el proyecto y la propia ordenación sistemática. Estas últimas consideraciones se someterán a votación sin debate, pudiendo intervenir un diputado para objetarla o hacerle modificaciones y uno de los presentantes del proyecto para defenderla o acoger la propuesta. Cada uno contará con un tiempo de tres minutos.¹⁵ Sin embargo, el in-

15 Artículo 106 Reglamento Interior y de Debates

forme para la segunda discusión puede ser aprobado con modificaciones, en este caso se envía nuevamente a la comisión para que incorpore los cambios aprobados durante el debate.

En principio la comisión debe limitarse a incorporar los cambios aprobados en la segunda discusión. No obstante, en la práctica se discute si la comisión encargada puede incorporar otros cambios y asumir las consecuencias que ello supone para el procedimiento legislativo. En dictamen de la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional de fecha 13-02-2004, dicho órgano consultivo estableció que la “comisión podrá incorporar otros cambios a los fines de resolver contradicciones en el articulado o a los fines de uniformar artículos conexos a los modificados”.¹⁶

Ahora bien, tal criterio presenta otra dificultad: los cambios deberían ser aprobados también por la plenaria, pero en la Constitución y en el Reglamento Interior y de Debates solo se refieren a dos discusiones. De acuerdo con el artículo 209 de la Constitución de 1999 si el proyecto es aprobado en segunda discusión con modificaciones “se devolverá a la Comisión respectiva para que ésta las incluya en un plazo no mayor de quince días continuos; leída la nueva versión del proyecto de ley en la plenaria de la Asamblea Nacional, ésta decidirá por mayoría de votos lo que fuere procedente respecto a los artículos en que hubiere discrepancia y a los que tuvieren conexión con éstos”. En la práctica, esta última lectura del proyecto de ley se ha convertido, en algunas ocasiones, en una especie de tercera discusión de la cual no hay mención en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional. Cabe preguntarse si en esta última revisión existe la posibilidad de abrir el debate sobre las modificaciones hechas por la comisión o si, simplemente, se realiza la lectura y votación final. Estos aspectos deberían ser desarrollados por el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional para evitar fraudes en el procedimiento legislativo, los cuales terminen afectando la validez de las leyes aprobadas.

2 De las instancias de revisión en el procedimiento legislativo

En los parlamentos unicamerales es aconsejable que el procedimiento legislativo conste de tres discusiones para garantizar una mayor corrección

16 Dictamen de la Oficina de Investigación y asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional 13-02-2004

y revisión del proyecto de ley. Tal como ocurre, por ejemplo, con la Asamblea Nacional de Panamá cuyo procedimiento legislativo consta de tres discusiones (artículo 160 constitucional).

Adicionalmente hay que hacer notar la utilidad de comisiones o instancias especiales de asistencia en materia de técnica legislativa, las cuales pueden garantizar la alta calidad de los proyectos de ley. En el caso de la Asamblea Nacional de Venezuela, el Reglamento Interior y de Debates del año 2003 establecía la existencia de una comisión ordinaria de legislación. A este equipo se le enviaban los proyectos de ley aprobados en la segunda discusión y por las tres quintas partes de sus integrantes para que revisaran su estilo y técnica legislativa.

Por su parte la reforma del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional del año 2005 establecía que una vez aprobado el informe para la segunda discusión por la comisión respectiva, esta lo remitiría a la comisión ordinaria de legislación para que llevara a cabo su corrección. Sin embargo, la comisión ordinaria fue eliminada en el reglamento exhibido en el 2010.

De esta manera una futura reforma del Reglamento Interior y de Debates debería incluir una instancia asesora con las características ya señaladas. La finalidad es mejorar la calidad de las leyes emanadas de la Asamblea Nacional.

3 De las modificaciones a los proyectos de ley

Un tema no resuelto por el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional es la posibilidad de enmienda al proyecto de ley aprobado en primera discusión. Sobre el particular es de hacer notar que en proyectos como el de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión (año 2004) o en el Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el informe para la segunda discusión cambió el proyecto de ley que había sido aprobado en la primera. En el caso de la Ley Resorte —que estaba estructurado como un proyecto de 150 artículos con 8 títulos— terminó siendo aprobado como una ley de 35 artículos, donde se eliminaron los títulos y se conservaron los capítulos.

Los cambios realizados al proyecto original fueron de forma y fondo, razón por la que se expone de nuevo el problema del número de discusiones de un proyecto de ley. Como hemos comentado, en la primera discusión no se debate el articulado y se producen cambios sustanciales en el informe para la segunda. Esta última termina convirtiéndose en la única discusión de un proyecto que será desconocido hasta el momento por la mayoría de los asambleístas, motivo por el cual se produce un fraude en el procedimiento legislativo.

Así pues es necesario establecer normas que precisen los límites a la facultad de enmienda que tiene el legislativo sobre todo en aquellos casos en los que proviene del exterior de la Asamblea Nacional. El objetivo es resguardar la propuesta original y evitar fraudes en el procedimiento legislativo. Ocurre así, por ejemplo, cuando el proyecto es aprobado en primera discusión como reforma de ley y el informe, para la segunda discusión, plantea un proyecto de ley nuevo.

4 Procedimientos de consulta

En el artículo 206 de la Constitución de 1999 se establece que los estados serán consultados por la Asamblea Nacional a través del consejo legislativo cuando se refiera a materias relativas a ellos. Esta consulta es de carácter obligatoria en todos aquellos casos en que los estados tengan interés, aunque no existe en el vigente Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional disposición alguna que desarrolle este consejo mediante los órganos legislativos de los estados.

Con dichas consultas se persigue proteger el principio de participación ciudadana en el procedimiento legislativo. La omisión de este requisito podría ocasionar la nulidad del procedimiento. En este aspecto destaca la sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia que resolvió el recurso de nulidad contra la Ley de División Político Territorial del Estado Amazonas, la cual fue declarada abolida por falta de consulta.¹⁷

La corte suprema de justicia reconoció el derecho a la participación política como un derecho de rango constitucional no escrito, pero derivado

17 S/CSJ/sala plena/05/12/1996 en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, pág. 315

de la constitución material. La corte consideró que el derecho a la participación política forma parte del contenido esencial de la protección a la comunidad indígena (art. 77 Constitución del 61). Esta doctrina se define como gobernabilidad participativa por ser un derecho de las minorías.

En el caso citado la corte reconoció el derecho a la participación política como derecho de rango constitucional, lo cual se encuentra consagrado en las siguientes cláusulas: artículo 25 de la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en la Declaración Universal de derechos Humanos (art. 21); en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 20) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art.23). La corte observó que no había sido realizado el procedimiento de consulta previa establecido en la constitución del estado Amazonas, lo que constituye una expresión del derecho constitucional a la participación ciudadana. Tal participación debe manifestarse antes y durante la actividad legislativa.¹⁸ Sin embargo, este precedente judicial constituye un ejemplo aislado en el derecho venezolano.

En este sentido destaca el caso del llamado Proyecto de Ley de Policía Nacional, el cual fue objeto de un importante procedimiento de consulta en el ámbito nacional a través de los consejos legislativos. No obstante en el proyecto de la Ley de Descentralización, Delimitación y Transferencias de Competencias se revirtió la capacidad en materia de construcción de autopistas y aeropuertos por parte del poder estatal al nacional. Es decir, no existió ningún tipo de consulta a pesar del evidente interés de los estados.

5. De la calidad de las leyes

La técnica legislativa separa las nociones de las realidades, procura idealizar los elementos jurídicos y erigirlos en concepciones sobre cuya base se puedan edificar construcciones abstractas las cuales, por necesidad, habrán de adaptarse los hechos.¹⁹ Los códigos técnicamente bien hechos

18 Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 1997, pág. 342

19 Art. 4.- Las Cámaras en sesión conjunta, en cada periodo constitucional designarán una Comisión Legislativa integrada por veintitrés (23) miembros, quienes con sus respectivos suplentes, serán elegidos de modo que reflejen en lo posible la composición política del Congreso de la República. El Reglamento establecerá el procedimiento y los demás requisitos que regirán la discusión de los proyectos de leyes.

mantienen su perdurabilidad por encima del paso del tiempo y con una mínima labor de adaptación, aparte de la menor cantidad de problemas a que dan lugar en el ánimo del intérprete, tanto que los instrumentos normativos –cargados de contradicciones y errores– requieren de constantes reformas y se prestan a confusas interpretaciones. Por eso la buena técnica es incluso un factor necesario para la realización del derecho y casi podría decirse que este se niega a sí mismo cuando renuncia a una buena técnica, es decir, a un depurado empleo de los medios de expresión integral (gramatical y lógico) de la idea jurídica que se intenta expresar.

Por ello es de gran importancia para el parlamento contar con el personal y unidades administrativas especializados en técnicas legislativa que abarquen las distintas áreas del derecho. Aunado a ello deben desarrollarse manuales de técnicas legislativas, entre otros aspectos propios de los agregados al procedimiento que coadyuvaran en una mejor calidad de las leyes.

Además de estas recomendaciones resulta necesario hacer referencia a la posibilidad de incorporar instancias y procedimientos especiales para legislar. Así como se manifestó en la Segunda Enmienda de la Constitución de 1961 donde se creó la comisión legislativa, la cual se encargada de la elaboración de importantes leyes aprobadas por el Congreso de la República de Venezuela. Dicha reforma también se enfocó en los casos de leyes de especial trascendencia, importancia y complejidad.

3. Conclusiones

En la primera discusión de los proyectos de ley debe garantizarse –aparte de la revisión de la exposición de motivos, objetivos, alcance y finalidad– la discusión del articulado para cumplir con las previsiones constitucionales sobre el procedimiento legislativo.

En el Reglamento Interior y de Debates deben introducirse normas que regulen la posibilidad de enmiendas, modificaciones o incorporaciones con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las dos discusiones de los proyectos de ley, tal como está previsto en la Constitución. También es necesario la incorporación de alguna norma que permita el desarrollo

de un proyecto ley, así como la reintegración de las comisiones legislativas que lo revise y apruebe.

Referencias bibliograficas

Alonso Ángel, “Las Ponencias en el Procedimiento Legislativo”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 85, Madrid 1994

Bobbio Norberto, “La Regola di Maggioranza: limite e Aporie”, *Democrazia, Magioranza e Minoranze*, Bolonia, 1981

Biglino Paloma, *Los Vicios en el Procedimiento Legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991

Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos Madrid 1982

La Roche Humberto, *Derecho Constitucional, Tomo I*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1991

Kelsen Hans, “El problema del parlamentarismo” en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Ed. Debate, Madrid, 1988

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes, libro XXIX, cap. V*, Edición de Tecnos, Madrid, 1985

Noguera Albert, “El valor pluralismo político del art. 1.1 de la Constitución ante la reestructuración del sistema político y económico”, *Revista Vasca de Administración Pública*, N° 99-100, 2014

Sartori Giovanni: *Partidos y Sistemas de Partidos*, Madrid, 1980

Zagrebelsky Gustavo, *Manuale di Diritto Costituzionale*, UTET, Torino, 1987.

Sobre la prohibición constitucional de usar armas en manifestaciones pacíficas: la inconstitucionalidad de la Resolución 8610 del Ministerio de la Defensa

Manuel Rojas Pérez

I

En Gaceta Oficial número 40.589 del 27 de enero de 2015 fue publicada la Resolución número 008610, emanada del despacho del Ministro del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se dictan las normas sobre la actuación de la fuerza armada nacional bolivariana en funciones de control del orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones¹.

Tal norma, a tenor de su artículo, primero tiene como objeto regular la actuación de la fuerza armada nacional bolivariana para garantizar el orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones dentro del desarrollo del estado democrático, social de derecho y de justicia y la protección de los derechos humanos.

Las finalidades de dicho reglamento –que es su naturaleza jurídica por ser un acto administrativo general de efectos normativos– son:

¹ Muy importante destacar que la diputada Delsa Solórzano junto a quien suscribe, en nombre de la Mesa de la Unidad Democrática, solicitaron la nulidad de la resolución que aquí se analiza, conjuntamente con solicitud de amparo cautelar ante la Sala Político Administrativa del tribunal Supremo de Justicia. Se le asignó el número de expediente AA40-A-2015-000086, siendo el ponente del caso el magistrado Emiro García Rosas. Hasta la fecha no ha habido sentencia definitiva que determine la nulidad o no de la resolución 8610.

1. Contribuir con la profesionalización de fuerza armada nacional bolivariana, integrada por funcionarios militares que cuenten con solvencia moral, aptitudes y competencias requeridas para garantizar el orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones, con base en los valores y principios de estado democrático y social de derecho y de justicia.
2. Proteger los derechos humanos y garantías de las personas que participan en las reuniones públicas y manifestaciones, así como de las demás personas y la sociedad en general.
3. Asegurar a los funcionarios militares condiciones de seguridad y salud en el ejercicio de sus funciones, así como la dotación, equipamiento y formación.
4. Establecer principios, directrices y procedimientos uniformes, eficientes y transparentes sobre la actuación de la fuerza armada nacional bolivariana en la garantía del orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en las reuniones públicas y manifestaciones.
5. Regular la actuación de los integrantes de la fuerza armada nacional bolivariana para el manejo y control ante situaciones que se presenten, debiendo proceder de manera adecuada en la atención y control de multitudes.
6. Desarrollar los procedimientos en la atención, manejo y control de multitudes en sus diferentes comportamientos grupales, haciendo buen uso de la fuerza, utilizando adecuadamente los medios coercitivos de acuerdo a la normatividad internacional, nacional e institucional y prevaleciendo el respeto por los derechos humanos, brindando las condiciones necesarias para asegurar la seguridad de las personas que se encuentren en el territorio nacional.

Tenemos, entonces, que la Resolución 8610 del Ministerio de la Defensa tiene como objetivo fundamental establecer un marco normativo para la actuación de la fuerza armada nacional a los fines de “garantizar el orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones”, según lo señala la misma norma de su artículo 1.

Hay que notar que el ámbito material de aplicación de dicha normativa ve a la actuación de la fuerza armada nacional en *reuniones públicas y manifestaciones*. No se dirige de manera exclusiva a manifestaciones violentas, sino a todo tipo de manifestación, incluso reuniones públicas de carácter pacífico, protegidas en el artículo 68 constitucional.

Así el artículo 5 establece los principios de actuación de la fuerza armada señalando que se orientará –entre otros– por una serie de principios como el respeto y garantía del derecho humano a la vida como valor supremo en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, la ponderación de los derechos humanos y garantías, protección de las poblaciones en situación de vulnerabilidad y el uso progresivo y diferenciado de la fuerza.

Ese numeral 5, del artículo 5 de dicho reglamento, consagra:

Principios de Actuación.- / Artículo 5.- La actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, en el control del orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en las reuniones públicas y manifestaciones, se orientará entre otros por los siguientes principios:

(...) / 5. El uso de la fuerza por parte de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, las funcionarias y funcionarios militares en los procedimientos dirigidos a garantizar el orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones, se rige por los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, utilización de la escala progresiva en función de la resistencia y oposición, seguimiento, supervisión, entrenamiento y difusión amplia de manuales, debiendo siempre mantener el menor nivel del uso de la fuerza posible para el logro del objetivo propuesto. / La dosis de fuerza a aplicar deberá tomar en consideración una progresión en el comportamiento de las personas y la proporcionalidad con cada uno de los grados de intensidad, de modo que entre la disuasión y la reacción se gradúe la fuerza partiendo de la presencia ostensiva, **hasta el uso del arma de fuego**. Las funcionarias y funcionarios militares deben emplear el menor nivel de fuerza posible para el logro del propósito encomendado. [Énfasis nuestro]

En ese orden de ideas, el artículo 15 establece los principios códigos de actuación durante el desarrollo de las reuniones públicas y manifestaciones. Tal artículo establece en sus numerales 3 y 9 lo siguiente:

Actuación Durante el Desarrollo de las Reuniones Públicas y Manifestaciones.- Artículo 15. Durante el desarrollo de las reuniones públicas y manifestaciones, la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, a través de las unidades subordinadas y previa coordinación con el órgano rector en materia de seguridad ciudadana, una vez en el lugar de los acontecimientos, cumplirá con lo establecido en el plan de operaciones elaborado para tal fin, dependiendo del grado de alteración del orden público. Antes de su actuación, realizará una evaluación de la situación que se presente, considerando para ello el número de personas que participen, su actitud, las personas que se identifican como representantes, interlocutoras e interlocutores, el motivo o finalidad de la reunión pública o manifestación en caso de que ésta no haya sido previamente participada o notificada, el grado de organización y todos aquellos elementos que faciliten la aplicación de las estrategias previamente planificadas para la protección de los derechos humanos, contando siempre con la participación de una mediadora o un mediador, mediadoras o mediadores. Cuando los medios alternativos de resolución de conflictos no resulten satisfactorios, la Unidad actuante procederá a advertir a las personas que participan en las reuniones públicas o manifestaciones sobre el uso progresivo y diferenciado de la fuerza, en cuyo caso el personal militar deberá adoptar, entre otras, las siguientes conductas: / (...) / 3. Extremarán las precauciones **para el uso de agentes químicos** en forma estrictamente localizada, a fin de evitar su difusión y extensión, en inmediaciones o cercanía de edificaciones que congreguen personas con mayor riesgo de sufrir sus consecuencias, tales como hospitales, geriátricos, escuelas, colegios y liceos, así como, en espacios confinados o sitios cerrados y se abstendrán de propulsarlos en forma directa contra las personas, evitando sus consecuencias letales o lesivas. / (...) / 9. No portarán ni usarán armas de fuego en el control de reuniones públicas y manifestaciones **pacíficas**, a menos que, por la necesidad y proporcionalidad de los medios empleados para contrarrestarla, **sea necesario su porte y uso**.

Véase que esta norma permite la utilización tanto de agentes químicos como de armas de fuego para el control de *manifestaciones pacíficas*. La norma, claramente, permite que en manifestaciones pacíficas los funcionarios militares usen agentes químicos y porten armas de fuego.

Muy importante resaltar que este numeral 9 del artículo 15 de la resolución establece la autorización de portar y usar armas en manifestaciones pacíficas. El creador de esta norma, de forma inconstitucional pero

expresa, consagró la posibilidad de hacerlo en manifestaciones pacíficas, no limitándolo a manifestaciones inconstitucionales que menoscaben la seguridad de la nación.

De la misma manera, el artículo 22 de la normativa consagra:

Definiciones.- Artículo 22. A los efectos de los términos indicados en el anterior diagrama de la escala del uso progresivo y diferenciado de la fuerza, se entiende por: / (...) / **Violencia Mortal: Creación de una situación de riesgo mortal, frente al cual la funcionaria o funcionario militar, aplicará el método del uso de la fuerza potencialmente mortal, bien con el arma de fuego o con otra arma potencialmente mortal.**

Siendo que la resolución va dirigida al control de manifestaciones civiles pacíficas, el artículo 22, de alguna manera, permite la *violencia mortal* mediante cualquier tipo de arma que cause la muerte de otro sujeto.

A su vez, el artículo 24 de la resolución establece:

Empleo de Armas de Fuego.- / Artículo 24. Sin perjuicio de las normas sobre uso progresivo y diferenciado de la fuerza antes descrita, cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, las funcionarias y funcionarios militares deberán: / Tomar precauciones especiales para proteger la vida humana, reducir los daños, lesiones y evitar afectar a otras personas ajenas a la situación que amerita su intervención, sin que sirva como pretexto resolver de la forma más rápida posible la situación planteada. / Proceder de modo que se preste asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas a la brevedad posible. / Notificar lo sucedido a los parientes o personas cercanas del herido, afectado o afectada, a la brevedad posible.

Podrá fácilmente advertirse que el artículo 15, de la Resolución número 008610, consagra la posibilidad del porte y uso de armas de fuego por parte de funcionarios militares en manifestaciones pacíficas. En cambio, el artículo 24 establece que el uso de las mismas se permite cuando sea *inevitable*.

De modo tal estas normativas permiten que –en uso de las competencias de control del orden público– los funcionarios militares usen armas de fuego en manifestaciones pacíficas. La resolución no determina el uso de este tipo de armas mortales para manifestaciones no pacíficas, sino que las

permite en manifestaciones pacíficas como, concretamente, lo refiere el ya citado numeral noveno del artículo 15 de la Resolución número 008610.

Esto, claramente, viola de manera directa y tajante el artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este mismo orden de ideas debe destacarse que la garantía del derecho a la vida no puede suspenderse ni siquiera en declaratoria de estados de excepción. Así lo preceptúa el artículo 337 de nuestro Texto fundamental, donde se plantea:

El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles.

De esta manera el uso de armas de fuego en manifestaciones pacíficas –“en tiempos de paz”, tal como lo señala el artículo 3° de la Resolución 008610– violenta también el artículo 337 de la Constitución.

Por otra parte es muy importante resaltar que la resolución faculta a todos los miembros de la fuerza armada nacional bolivariana para controlar manifestaciones civiles pacíficas, así se desprende de la simple lectura de los artículos 3 y 4:

Ámbito de Aplicación de la Resolución: /Artículo 3°. La presente normativa es aplicable a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, en el ejercicio de sus funciones relativas a la garantía del orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones. Las disposiciones de la presente normativa serán aplicables en tiempos de paz.

Distribución de Funciones de los Comandos Generales de la FANB.- / Artículo 4°. La Fuerza Armada Nacional Bolivariana, en atención a lo preceptuado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Boliva-

riana, el Código Orgánico de Justicia Militar y el Reglamento que rige los Servicios de Guarnición, cooperará con las autoridades civiles en el control y mantenimiento de la seguridad ciudadana y el orden público, utilizando para ello los recursos, medios, equipos y personal necesario. A los fines de hacer efectiva la mencionada cooperación será necesaria la autorización del ejecutivo nacional a través del Comando Estratégico Operacional de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, quien girará instrucciones a las Regiones Estratégicas en Funciones de Guarnición, dependiendo de las unidades involucradas, estas tendrán como principal función mantener y asegurar la estabilidad, la ley y el orden dentro del territorio nacional, evitar los desórdenes y apoyar la autoridad legítimamente constituida y rechazar toda agresión enfrentándola de inmediato y con los medios necesarios. / La Fuerza Armada Nacional Bolivariana, deberá organizar personal adiestrado, entrenado y equipado en materia de seguridad ciudadana y control del orden público, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leyes vigentes sobre la materia, así como de acuerdo a lo previsto en los reglamentos, resoluciones, lineamientos y directrices dictados por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa y el Ministerio con competencia en materia de seguridad ciudadana.

II

A pesar de que la norma del artículo 68 de la Constitución prohíbe de manera absoluta –sin que exista posibilidad de relajar esa prohibición– el uso de armas de fuego para controlar manifestaciones pacíficas. La Resolución número 008610 –emanada del despacho del Ministro del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se dictan las normas sobre la actuación de la fuerza armada nacional bolivariana en funciones de control del orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones– permite expresamente el uso de armas de fuego en manifestaciones pacíficas por partes de funcionarios militares.

El artículo 68 de la Carta Magna de 1999 y enmendada en 2009 indica:

Artículo 68.- Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a manifestar, pacíficamente y sin armas, sin otros requisitos que los que establezca la ley. / **Se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas.** La ley regulará

la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público.

La norma constitucional del artículo 68, al que hacemos referencia, dispone la norma que “se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas”, no distingue ni hace consideraciones o excepciones. Simplemente se prohíbe constitucionalmente el uso de armas de fuego en el control de manifestaciones pacíficas.

La interpretación constitucional implica que todo el ordenamiento jurídico, es decir el bloque de la legalidad, debe estar conforme a la constitucionalidad, siendo esta la tabla que rige las disposiciones legales y sub-legales:

La interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico haya de hacerse conforme a la Constitución (ver-fassungskonforme Auslegung von Gesetze). Pero esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) [Ripert. *Les Forces créatrices du droit*, París, LGDJ, 1955, pp. 307 y ss]; y otras axiológicas (*Estado social de derecho y de justicia, pluralismo político y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional*), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en que descansa el Estado constitucional venezolano. Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo.²

Así una de las reglas principales de la hermenéutica jurídica –y concretamente de la constitucional– se encuentra establecida en el artículo 4 del Código Civil, que expresa: “A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión

2 Vid: Sentencia Número 1309 del 19 de julio de 2001 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Caso: Hermann Escarrá.

de ellas entre sí y la intención del legislador”. Es decir, cuando una norma es clara debe interpretarse (y ejecutarse) solo de la manera en que se desprende de su claridad. Una norma que establece un solo supuesto, o una prohibición absoluta, no permite excepciones de ningún tipo, siendo estas violatorias de la norma que claramente determina el hecho.

Esto atiende al principio del derecho que dice: “donde la norma no hace distinción no puede hacerla el intérprete”. Y es que una norma que tiene una sola forma de interpretar, un sentido único, no puede ser interpretada y ejecutada sino de una sola manera. Este es el caso concreto de la norma del artículo 68 de la Carta Magna en la cual se proclama: “Se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas”. Esta regla no permite ningún tipo de relajamiento.

El constituyente no estableció figuras conectoras con otros supuestos del hecho. La norma del artículo 68 comentada no dice: *salvo en caso de...*, *con excepción de...* ni tampoco *con las excepciones previstas en la ley...* La técnica legislativa utilizada por el constituyente solo permite una única, exclusiva y excluyente interpretación: constitucionalmente no hay caso posible donde un funcionario de seguridad ciudadana pueda usar armas de fuego para controlar manifestaciones civiles pacíficas o reuniones públicas. Solo puede ocurrir que los funcionarios NO usen armas de fuego en esos casos de estas formas de expresiones sociales permitidas por la Constitución.

Tanto es así que la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha llegado antes a la afirmación que aquí hacemos. La sentencia número 276, dictada por la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 24 de abril de 2014, estableció que lo que quiso el constituyente fue evitar a toda costa que se usaran armas de fuego en manifestaciones civiles pacíficas. La norma del artículo 68 constitucional no admite ningún tipo de interpretación o excepción. Esta claramente prohíbe, absolutamente en cualquier caso, el uso de armas de fuego para controlar manifestaciones pacíficas.

Determinado esto, cualquier norma de rango sub constitucional que establezca excepciones a la prohibición absoluta de usar armas de fuego

para el control de las manifestaciones pacíficas viola lo dispuesto en el artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Esto no es una invención o interpretación libre de quien escribe, sino que lo ha dicho también la propia sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

En este mismo orden de ideas, se aprecia que en la segunda parte del artículo 68 de la Constitución, también se prevé un acatamiento irrestricto a la ley por parte de los cuerpos policiales y de seguridad encargados del control del orden público, quienes en su actuación no solo estarán en la obligación garantizar el derecho de los ciudadanos y ciudadanas a manifestar pacíficamente, sino también a impedir que éstos, en el curso de la protesta, incurran en excesos que se puedan traducir en lesiones o amenazas de violación de derechos fundamentales del resto de la ciudadanía, como sería el caso del derecho al libre tránsito o al trabajo; sino también a los que estando en ellas no se excedan en dichas concentraciones, velando siempre y en todo momento para que en el control de ese tipo de situaciones exista un respeto absoluto de los derechos humanos, **evitando el uso de armas de fuego** y sustancias tóxicas³.

Véase que el fallo *in commento* de la sala constitucional se cuida mucho de permitir distinciones o excepciones a la prohibición de usar armas de fuego para controlar manifestaciones civiles pacíficas por parte de funcionarios con competencia en materia de seguridad ciudadana.

La sentencia vinculante de la sala constitucional señala, claramente, que la orden implica que el ejercicio de seguridad ciudadana en manifestaciones civiles pacíficas debe hacerse: “velando siempre y en todo momento para que en el control de ese tipo de situaciones exista un respeto absoluto de los derechos humanos, evitando el uso de armas de fuego”. La sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es enfática en este punto. Hay que evitar el uso de armas de fuego. No más. No hay otra interpretación posible. Lo contrario sería claramente inconstitucional.

Continuando con lo expuesto líneas antes, la norma del artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prohíbe el uso

3 Sentencia número 276 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 24 de abril de 2014. Caso: Gerardo Sánchez Chacón. Número de expediente 14-0277). (Énfasis nuestro).

de armas de fuego para controlar manifestaciones pacíficas por parte de los organismos de seguridad ciudadana. Esa prohibición absoluta ha sido ratificada hace menos de un año por la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, concretamente el 24 de abril de 2014.

La sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no tenía otra opción distinta a ratificar el único sentido posible que puede desprenderse de la norma del artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En dicha norma se expresa: “Se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas”. La Constitución es clara y enfática. No hay espacio para esas *interpretaciones* que a veces se hacen para desvirtuar el sentido de la norma constitucional. Es simple: constitucionalmente no pueden ser usadas sustancias tóxicas ni armas de fuego en manifestaciones no violentas.

Por consiguiente hay que seguir el principio hermenéutico que establece que a cada norma se le debe atribuir el significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador. La norma constitucional, ya tantas veces referida, solo admite una única interpretación ya que tiene un solo sentido sumamente evidente, pues de más está expresar que no pueden usarse armas de fuego ni sustancias químicas en manifestaciones civiles pacíficas por parte de los organismos de control de estas acciones civiles permitidas por la Constitución.

Definitivamente, el constituyente no quiso que ningún funcionario con competencia en materia de control de manifestaciones civiles pacíficas usara armas de fuego. En ningún caso. Sin excepción alguna.

Ahora bien, la Resolución número 008610 –emanada del despacho del Ministro del Poder Popular para la Defensa, mediante la cual se dicta las normas sobre la actuación de la fuerza armada nacional bolivariana en funciones de control del orden público, la paz social y la convivencia ciudadana en reuniones públicas y manifestaciones– establece en el numeral noveno del artículo 15 que: “No portarán ni usarán armas de fuego en el control de reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, a menos que, por la necesidad y proporcionalidad de los medios empleados para contrarrestarla, sea necesario su porte y uso”. De este modo vemos que se hace una excepción a una norma constitucional no permitida de manera

directa. Igualmente, resulta evidente que queda a la libre interpretación del funcionario actuante la evaluación de la *necesidad* de usar un arma de fuego, la cual –para usarla– debe portarla anticipadamente. Ello hace obvio que, a partir de la entrada en vigencia de la Resolución 008610, todo funcionario de la fuerza armada nacional estará previamente armado a la hora de controlar manifestaciones de cualquier tipo, incluyendo las pacíficas.

De este modo, el numeral noveno del artículo 15 de la resolución es claramente inconstitucional por violar de manera directa y manifiesta la norma del artículo 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

También, en consecuencia, sería inconstitucional la resolución ya que no es cierto que el uso de armas de fuego en el control de manifestaciones civiles pacíficas sea *inevitable* como lo señala el artículo 24 de la resolución. Si el funcionario militar no porta el arma de fuego –que es la intención del constituyente y la orden directa de la Constitución– lógicamente no podría usarla.

Siguiendo la línea de la sentencia número 276 de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 24 de abril de 2014, la intención del constituyente al evitar en todos los casos y sin excepción alguna el uso de armas de fuego fue que se asegurara el respeto a los derechos humanos. Para el juez de la sala constitucional el uso de armas de fuego en las manifestaciones civiles pacíficas por parte de funcionarios es una manifiesta violación a los derechos humanos. Solo no dando uso a estas armas mortales en este tipo de protestas se garantiza un respeto absoluto para con los ciudadanos.

De esta manera, cuando la Resolución número 008610 del Ministerio del poder popular para la Defensa permite utilizar armas de fuego para controlar manifestaciones pacíficas, aunque sea con carácter restrictivo, está generando una clara violación a los derechos humanos de los venezolanos, quienes tienen el legítimo derecho constitucional a realizar manifestaciones civiles pacíficas.

La sola publicación de la Resolución 008610 es ya una afrenta a los derechos humanos de quienes pretendan realizar cualquier tipo de manifestación no violenta dentro del territorio de la República, pues constituye una amenaza clara y latente sobre el porte y uso de armas de fuego, así como de sustancias tóxicas en cualquier tipo de manifestaciones, sean pacíficas o violentas.

Ciertamente, existen algunos tipos de actuaciones públicas o protestas no pacíficas que pueden constituir hechos punibles y que visiblemente deben ser contraladas y sancionadas conforme a la ley. En estas puede ser inevitable el uso de armas de fuego. Pero la resolución no hace diferencia ni establece restricciones o limitaciones al uso de este tipo de prácticas en caso de que la manifestación o reunión pública sea pacífica o no violenta; por el contrario, el mensaje subyacente que se envía a los destinatarios directos de dicha norma, que no son otros que los cuerpos militares de la fuerza armada, es: “Cuando sea inevitable, podrán usar armas de fuego. No importa de qué tipo de manifestación se trate, sea violenta o pacífica, se autoriza el uso de fuerza letal.” Este mensaje o autorización es inconstitucional, antidemocrática y violenta el derecho humano a manifestar pacíficamente: expresar libremente las ideas.

III

Vale destacar que la resolución genera, incluso, una amenaza latente al derecho más sagrado que contiene la norma fundamental como es el derecho a la vida, el cual se encuentra consagrado en el Artículo 43 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “Artículo 43.- El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla.”

No hay que hacer un ejercicio argumental demasiado profundo para llegar a la siguiente conclusión: si se permite el uso de armas de fuego a funcionarios militares –sin distinción del componente– se corre el riesgo de perder vidas y, por tanto, la inviolabilidad del derecho a la vida no es tal.

Es la propia resolución quien acepta que cada funcionario de la fuerza armada pueda usar armas *letales*, es decir, que tienen como finalidad

acabar con vidas de personas que formen parte de manifestaciones civiles pacíficas.

Esta grotesca Resolución, además de violar el artículo 68 constitucional, limita de manera alarmantemente la garantía del derecho a la vida y a su resguardo. Grave que sea justamente el Estado, por intermedio del Ministerio de la Defensa, el que deba defender a los venezolanos.

Finalmente, la resolución número 008610 –emanada del despacho del Ministro del Poder Popular para la Defensa– no solo viola la norma del artículo 68 de la Constitución la cual prohíbe de manera absoluta utilizar armas de fuego o sustancias tóxicas para controlar manifestaciones pacíficas, sino que se convierte en una grave amenaza de violación a los derechos humanos, todo por seguir la doctrina de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y los principios esenciales de los derechos.

El alcance *excepcional* de la jurisdicción militar en Venezuela y sus límites constitucionales

Ignacio Ayala, Marian De Abreu,
Jaiber Núñez y Omar Piñango

1. Consideraciones preliminares

La jurisdicción militar ha arrojado siempre importantes interrogantes desde la perspectiva del derecho constitucional, especialmente en lo concerniente a la protección de los derechos humanos, en parte por el papel decisivo y muchas veces controversial que han tenido en la historia latinoamericana los tribunales militares al juzgar delitos cometidos en el marco de las dictaduras que caracterizaron buena parte del siglo XX.

Aunque pareciera posible afirmar que gracias al enorme esfuerzo de las sociedades e instituciones democráticas latinoamericanas ha sido posible superar el protagonismo de la jurisdicción militar, surgen inquietudes que demuestran cómo discusiones aparentemente superadas, como el juzgamiento de civiles por tribunales militares vuelven a la actualidad, tal como ocurrió con la reciente detención y juzgamiento por parte de un tribunal militar del diputado suplente a la Asamblea Nacional Gilber Caro.

Ahora bien, lejos de ser un caso aislado constituye una práctica constante el juzgamiento de civiles en Venezuela por parte de tribunales militares. Casos como el de los ciudadanos James José Mathison Granada, César Cuéllar Olmos, Marcos Aurelio Trejo Freitas y Andrés Eloy Moreno Febres Cordero¹, quienes fueron aprehendidos y juzgados en una primera

¹ En este caso, las órdenes de privación judicial preventiva de libertad fueron dictadas en fecha 15 y 16 de septiembre de 2016 por el Tribunal Militar Primero de Control con sede

etapa por órdenes emanadas de órganos correspondientes a la jurisdicción penal militar.

De la misma forma, en fecha dos de abril del 2017 se informó que Roberto Enríquez, dirigente opositor y presidente del partido de Comité de Organización Política Electoral Independiente (COPEI), se encontraba detenido en la Dirección General de Contrainteligencia Militar y que sería presentado ante el Tribunal Primero de Control Militar de Caracas bajo las acusaciones de traición a la patria e instigación a la rebelión.

En las últimas manifestaciones que se realizaron en el mes de abril en el país fueron muchos los casos de detenidos llevados a jurisdicciones militares para su juzgamiento. De acuerdo con el Foro Penal venezolano en el estado Lara resultaron detenidos 8 ciudadanos, quienes luego de ser imputados por un tribunal militar, y a pesar de ser civiles, seis de ellos fueron privados de su libertad en la cárcel militar de Ramo Verde.²

Todos los casos anteriormente reseñados sirven para ilustrar el estado actual de una diatriba que afecta de forma sensible los derechos humanos de las personas sometidas a este tipo de juicios en los cuales se ven afectadas garantías procesales como el juzgamiento por el juez natural, el debido proceso, el derecho a la defensa y, en definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva, constituyendo una amenaza cierta y probable para el resto de los ciudadanos.

De esta manera, una vez más se constata que en Venezuela el fuero especial que debe representar la jurisdicción militar no se encuentra, estrictamente, limitado a los militares en el ejercicio de sus funciones. Por el contrario, se puede corroborar que se está utilizando la justicia militar para criminalizar de forma sistemática a civiles, diputados, dirigentes políticos o cualquier tipo de ciudadano. El propósito es imputarlos por delitos

en Caracas, por la presunta comisión de los delitos de instigación a la rebelión, usurpación de funciones, sustracción de prendas y uniformes militares, tipificados en los artículos 481, 507 y 566 del Código Orgánico de Justicia Militar, actualmente dicho caso, ha vuelto a la jurisdicción penal ordinaria, por medio del avocamiento dictado por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 6 de diciembre de 2016 ordenando que la causa sea juzgada por los Tribunales de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo. Sentencia disponible en: <<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scp/diciembre/193571-518-61216-2016-CC16-383.HTM>>

2 Foro Penal Venezolano (FPV). *Reporte sobre la represión del estado venezolano del 4 al 16 de abril de 2017*. p. 4.

contemplados en el Código Penal y, por ende, debiendo ser juzgados por la jurisdicción penal ordinaria.

Así lo ha reseñado la Amnistía Internacional en su último informe³ acerca de las detenciones arbitrarias en Venezuela. En este documento se denuncia:

Cuando se usa en contra de una persona civil, se desdibuja su finalidad y se desconoce el principio del juez natural para procesar a las personas ante un tribunal que no posea injerencia de ningún tipo en sus decisiones. Por ende, la defensa y las garantías de debido proceso se encuentran en riesgo en especial cuando hay señalamientos de que la investigación se inicia por motivos políticos.

Si bien es cierto que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha admitido la posibilidad del juzgamiento de civiles dentro de la jurisdicción militar y con base en una serie de supuestos, también es verídico que se ha producido en Venezuela una ampliación del alcance de la jurisdicción militar sobre la base de los denominados delitos de naturaleza militar. Estos no distinguen entre civiles y militares a la hora de servir como criterio atributivo de jurisdicción competente para juzgar el caso concreto. Dicho criterio resulta claramente cuestionable teniendo en cuenta el carácter excepcional de la jurisdicción militar desarrollado por los sistemas de protección de los derechos humanos de los cuales Venezuela forma parte y está obligada a acatar sus decisiones.

2. El carácter excepcional de la jurisdicción militar en el sistema universal y el interamericano de protección de los derechos humanos

2.1. Organización de las Naciones Unidas

Comité de derechos humanos

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas⁴ ha establecido que los tribunales militares no confieren las garantías necesarias para

3 Amnistía Internacional. *Silencio a la fuerza: detenciones arbitrarias por motivos políticos en Venezuela*. Índice: AMR 53/6014/2017. p. 14.

4 Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observaciones Finales *CCPR/C/79/Add.78*.

la adecuada administración de justicia, según el artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, las cuales son fundamentales para la protección de los derechos humanos. En este sentido consideró que:

El Estado debe establecer, en un plazo razonable, a través de su legislación, límites a la competencia de los tribunales militares, de forma tal que la jurisdicción militar únicamente se aplique a militares en ejercicio y por delitos de función; así como derogar, en un plazo razonable, toda disposición de la normativa interna venezolana que no resulte conforme con dicho criterio. [Resaltado nuestro]

De igual manera, el mismo organismo ha redactado un *conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*.⁵ Dicho texto establece en su principio N° 29, acerca de la restricción a la competencia de los tribunales militares, lo siguiente:

La competencia de los tribunales militares **deberá limitarse a las infracciones de carácter específicamente militar cometidas por militares**, con exclusión de las violaciones de los derechos humanos, las cuales son competencia de los tribunales nacionales ordinarios o, en su caso, cuando se trate de delitos graves conforme al derecho internacional, de un tribunal penal internacional o internacionalizado. [Resaltado nuestro]

2.2. Convención Americana de Derechos Humanos

El artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo sucesivo Convención) establece:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un **juez o tribunal competente**, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. [Resaltado nuestro]

De conformidad con lo anterior se establece dentro de las garantías judiciales de los individuos el derecho a ser oído por un juez competente. Este derecho fundamental ha sido desarrollado e interpretado por la Corte

⁵ *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*

Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo Corte IDH) en los términos que se exponen a continuación.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

En principio la Corte IDH ha señalado que la jurisdicción militar no resulta contraria al sistema interamericano de derechos humanos, puesto que “*la circunstancia de que se trate de una jurisdicción militar no significa per se que se violen los derechos humanos que la Convención garantiza a la parte acusadora*”.⁶ No obstante, al referirse a la jurisdicción militar advierte que:

Ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias.⁷

En la decisión antes citada la Corte IDH señaló que la jurisdicción militar no es naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que, por ello, no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume jurisdicción sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria se ve afectado el derecho al juez natural y –a fortiori– al debido proceso al cual se encuentra íntimamente ligado el propio derecho de acceso a la justicia.⁸

En ese sentido y estudiando el caso Loayza Tamayo contra Perú, la Corte IDH señaló que en los procesos llevados a cabo en el fuero privativo militar por el delito traición a la patria y por terrorismo contra la señora María Elena Loayza Tamayo, el Estado peruano violó los siguientes derechos y garantías del debido proceso legal contemplados en la Convención: derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial (artículo 8.1), derecho a que se presuma la inocencia (artículo 8.1 y 8.2), derecho a

6 Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Párr. 84.

7 Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Párr. 128; Caso Durand y Ugarte Vs. Perú. Fondo. Sentencia del 16 de agosto de 2000. Párr. 116; Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Párr. 112.

8 *Ibíd.*, *supra* nota 5.

la plena igualdad en el proceso (artículo 8.2), derecho de defensa (artículo 8.2.d), derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y a declarar sin coacción de ninguna naturaleza (artículos 8.2.g y 8.3) y, por último, la garantía judicial que prohíbe el doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos (artículo 8.4).⁹

En cuanto al carácter excepcional de la jurisdicción militar, la Corte IDH ha establecido que:

[E]n un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional, y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, **debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.**¹⁰ [Resaltado nuestro]

Por otro lado, la Corte IDH¹¹ ha señalado que la aplicación de la justicia militar debe estar estrictamente reservada a militares en servicio activo. Por esta razón, civiles ni militares en retiro pueden ser juzgados por la justicia militar. A su vez se ordenó al Estado venezolano establecer una legislación que delimite la jurisdicción militar para que únicamente se juzgue a militares en ejercicio y a delitos de función. Sin embargo, hasta la fecha el Estado venezolano no ha informado acerca del cumplimiento de dicha disposición de la corte.¹²

Igualmente, en el caso *Cesti Hurtado vs Perú*, la Corte IDH consideró violado el derecho a ser oído por un tribunal competente como se consagra en el artículo 8.1 de la Convención Americana. El delito fue haber

9 D. CARO. Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. “*La garantía del Tribunal Imparcial en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Análisis desde el Principio de Complementariedad de la Corte Penal Internacional*”. Vol. 1, ISBN 978-9974-8099-6-3. Fundación Konrad-Adenauer. España, 2010. P. 304

10 Id., Durand... *supra* nota 5, párr. 117; Id., Cantoral... *supra* nota 5, párr. 113; Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Párr. 124.

11 Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2009. Párr. 111.

12 Corte IDH. Resolución sobre cumplimiento de sentencias por parte del Estado venezolano, emitida el 20 de noviembre de 2015. Párr. 13.

juzgado a una persona con carácter de militar en situación de retiro por un tribunal militar.¹³

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH no es el único órgano que ha afirmado –en reiteradas ocasiones– el carácter excepcional de la jurisdicción militar, pues en el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo la Comisión o CIDH). La Comisión ha establecido que existe un consenso internacional no solo para restringir la jurisdicción militar en todo lo posible, sino para prohibir su ejercicio sobre civiles, especialmente en situaciones de emergencia.¹⁴ Por eso en países como México, Brasil y Argentina en ningún caso y por ningún motivo es extendida la jurisdicción militar sobre personas civiles que no pertenezcan al ámbito castrense.¹⁵

Sin embargo existen países que no se acogen a las recomendaciones emitidas por los órganos internacionales, entre ellos Venezuela y Perú. En ambos se permite que civiles puedan ser alcanzados por la jurisdicción especial que representa el fuero militar, yendo en contra del derecho al juez natural y todas las consideraciones descritas anteriormente.

2.3. Jurisdicción militar en Venezuela

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

En el ordenamiento jurídico venezolano se consagra la jurisdicción militar en el artículo 261 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (en lo sucesivo CRBV o Constitución), el cual dispone:

La jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces o juezas serán seleccionados o seleccionadas por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento se regirán por el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto

13 Corte IDH. Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Párr. 151.

14 Id., *Castillo Petruzzi... supra* nota 5, párr. 125(a).

15 D, GARCÍA BELAUNDE. *La jurisdicción militar en América Latina* (La unidad de jurisdicción en algunos países del área). 1997. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas-usuario/juez-ferrer/la-jurisdiccion-militar-en-America-Latina.pdf>. Consultado el 30 de marzo de 2017.

en el Código Orgánico de Justicia Militar. La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar.

La ley regulará lo relativo a las jurisdicciones especiales y a la competencia, organización y funcionamiento de los tribunales en cuanto no esté previsto en esta Constitución.

En este sentido la Constitución contempla que la jurisdicción penal militar es parte integral del Poder Judicial, motivo por el cual la elección de los jueces debe realizarse a través de un concurso. De igual manera la comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad deben ser juzgados por los tribunales ordinarios, limitando de esta forma la competencia de los tribunales militares a los delitos de naturaleza castrense.

La norma citada *ut supra* supone una importante contribución y evolución en materia de los límites de la jurisdicción militar al excluir tres importantes categorías de delitos del alcance de su jurisdicción: los denominados delitos comunes, las violaciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad, quedando atribuido constitucionalmente su conocimiento a los tribunales ordinarios.

Ahora bien y de acuerdo con la disposición transcrita, el ámbito de competencia, organización y modalidad de funcionamiento de la jurisdicción militar se regula a través del Código de Justicia Militar. Sin embargo, ello nunca se llevó a cabo por medio de una ley. Esto generó que la sala plena del Tribunal Supremo de Justicia emitiera la Resolución N° 2004-0009 que reformó la estructura jurisdiccional y administrativa de la justicia militar, creando el Circuito Judicial Penal Militar.¹⁶

Más allá del cuestionable procedimiento administrativo llevado a cabo por la sala plena del Tribunal Supremo de Justicia para reformar la organización de la Jurisdicción Militar y en clara contraposición con lo establecido en la parte final del artículo 261 de la Constitución, lo cierto es que a través de dicha resolución no ha quedado zanjada la discusión del alcance

¹⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Plena. Resolución N° 2004-0009 publicada en Gaceta Oficial N° 38.021, del 18 de agosto de 2004.

de la jurisdicción militar en Venezuela debido a la incapacidad de los factores políticos de acordar y promover una reforma de leyes que regulen dicha materia, entre las que sin duda alguna destaca el Código Orgánico de Justicia Militar.

2.4. Código Orgánico de Justicia Militar

De conformidad con el Código Orgánico de Justicia Militar, la jurisdicción penal militar comprende:

omissis (...)

2. Las infracciones militares cometidas por militares o civiles, conjunta o separadamente.

3. Los delitos comunes cometidos por militares en unidades, cuarteles, guarniciones, institutos educativos, establecimientos militares o en instalaciones de entes descentralizados de las Fuerzas Armadas, en funciones militares, en actos de servicio, en comisiones o con ocasión de ellas.¹⁷

Como puede observarse en el código, en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, se prevé que tanto civiles como militares pueden ser sujetos de la jurisdicción penal militar. Dicho de otro modo se desprende de la disposición que no únicamente se encuentran circunscritos los militares a este fuero o jurisdicción especial, sino que también pueden estarlo los civiles.

Asimismo, el numeral 3 de la norma prevé que la comisión de delitos comunes por parte de militares también se encuentra comprendida dentro de la jurisdicción militar. No obstante la sala constitucional, en fecha 11 de junio de 2002 y ante un caso de homicidio cometido en una instalación militar, afirmó que:

Al estar previsto el delito imputado -homicidio- en el Código Penal y no en una ley especial que somete las conductas antijurídicas tipificadas en ella a una jurisdicción penal especial -militar- como sucede con el Código Orgánico de Justicia Militar, la demanda que da lugar a la acción interpuesta ante esta sede debe tramitarse por los órganos de la jurisdicción penal ordinaria.¹⁸

17 Código Orgánico de Justicia Militar, publicado en Gaceta Oficial N° 5.263 Extraordinario, del 17 de septiembre de 1998. Art. 123 (2) y (3).

18 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia N° 1256 del 11 de junio de 2002.

En consecuencia, en este caso se ordenó desaplicar lo expuesto en el artículo 123 numeral 3 del Código Orgánico de Justicia Militar por contradecir la norma constitucional. También la sala constitucional determinó que debe tomarse en cuenta lo planteado en el artículo 75 del Código Orgánico Procesal Penal: “*si alguno de los delitos conexos corresponde a la competencia del juez ordinario y otros a la de jueces especiales, el conocimiento de la causa corresponderá a la jurisdicción penal ordinaria*”, aun cuando los imputados en la causa penal resultasen acusados, simultáneamente, por delitos comunes y militares será el juez penal ordinario quien deberá juzgarlos.¹⁹

2.5. Sentencia del TSJ

Sentencia número 838 de la sala constitucional de fecha 24 de abril de 2002 (caso Herminio Ramón Fuenmayor)

Continuando con lo expuesto anteriormente se presenta la nulidad de una sentencia dictada por la Corte marcial, en virtud del Código de Justicia Militar, por la sustracción de fondos pertenecientes a las fuerzas armadas. Por esta razón el agraviado presentó ante la sala constitucional una acción de amparo, argumentando que en este caso se debe aplicar la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público por ser un delito común y no uno militar.

Al decidir el Tribunal establece muy claramente que “*para esta Sala, la justicia militar sólo se aplica a delitos de naturaleza militar, perpetrados por militares en servicio activo, tanto para la oportunidad en que se cometan, como para la fecha de su juzgamiento.*” De esta manera la sala logra delimitar la esfera de competencia jurisdiccional de tribunales militares solo a los delitos que hayan sido cometidos durante el ejercicio de sus funciones y en materia que sea verdaderamente relevante a la justicia militar. Por el contrario la sustracción de fondos públicos –si bien fue en ejercicio de funciones– no se considera un delito de naturaleza militar y, por ello, la sala constitucional establece que no debe ser juzgado en tal jurisdicción.

¹⁹ *Ibíd.*, *supra* nota 13.

Sentencia número 750 de la sala casación penal de fecha 23 de octubre de 2001

A partir de esta sentencia se considera como criterio atributivo de jurisdicción la naturaleza del delito militar como fórmula ajena a toda consideración personal, sea civil o militar. Este es un objeto de investigación a la hora de atribuir la competencia para el conocimiento de las causas a los tribunales militares.

Dicho criterio ha sido reproducido más recientemente en la Sentencia número 496 de la sala casación penal de fecha 13 de octubre de 2009 y se basa en la interpretación del artículo de 261 de la Constitución, donde se plantean los siguientes términos:

Establece el artículo 261 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que los delitos comunes serán juzgados por los tribunales ordinarios y la competencia de los tribunales militares se limitará a las infracciones de naturaleza militar. En consecuencia deben entenderse por éstos delitos aquellas infracciones que atenten a los deberes militares. La Constitución resuelve, en esta forma las viejas dudas existentes al respecto y lo hace aplicando el principio de la igualdad: no existe fuero castrense en razón de las personas que cometan o sean víctimas de delitos, sino que la jurisdicción sigue a la naturaleza de la infracción.²⁰

Desde este momento quedará abierta la posibilidad de que cualquier civil pueda ser procesado por los órganos correspondientes a la jurisdicción militar, ya que solo bastaría que el mismo fuese señalado por alguna de las entidades de investigación del Estado como presunto autor de un delito de naturaleza militar para que su caso fuera sustanciado y decidido por un tribunal militar.

Sin embargo, este criterio no se ajusta a los deberes que le son exigibles al Estado venezolano en materia de protección de los derechos humanos. Esto es porque al admitir el procesamiento de civiles y de militares en situación de retiro –por parte de los tribunales militares– queda en entredicho el carácter excepcional de la jurisdicción militar en los términos ya

20 Criterio similar ha sido acogido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en las decisiones: N° 1256 cit. *supra* nota 281 y N° 784 del 6 de mayo de 2005.

desarrollados y que es reconocido, internacionalmente, como un estándar necesario en materia de protección de los derechos.

3. Conclusiones

Resumiendo lo expuesto, es preciso recordar que la jurisdicción militar es reconocida a nivel internacional como parte integral de los diversos sistemas de administración de justicia. Este órgano institucional solo es compatible con la teoría general de los derechos humanos recogida y enriquecida a través de los dictámenes y sentencias dictadas por los numerosos sistemas de protección de los derechos humanos, los cuales pueden ser de carácter estrictamente excepcional.

Dicho carácter excepcional ha sido desarrollado por las decisiones de los órganos supranacionales y consiste en limitar el ámbito de la jurisdicción militar únicamente al juzgamiento de militares en servicio activo. Esta comisión de delitos solo debe juzgar a aquellos que atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar, excluyendo cualquier otro tipo de caso de su conocimiento y decisión.

Por tanto, el juzgamiento por parte de la jurisdicción militar de personal civil y militar en situación de retiro supone una violación a la Convención Interamericana de los Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la cual debe ser inmediatamente corregida y sancionada, reparando a todas aquellas personas que se vieran involucradas indebidamente en este tipo de juicios. De la misma forma hay que señalar que en el caso del juzgamiento de militares en situación de actividad pero por delitos ajenos a sus funciones castrenses, también deriva en una violación de sus garantías procesales y, en consecuencia, de sus derechos constitucionales.

Por ello Venezuela presenta un importante retraso en materia de armonización de su derecho interno, referido al alcance y a los atributos conferidos a los órganos que conforman la jurisdicción militar. En cambio en el ámbito latinoamericano son requeridas en materia de protección de los derechos humanos con especial incidencia en el derecho fundamental al debido proceso y, en consecuencia, al de acceso a la justicia.

Todo lo anterior se ve reflejado en el Código de Justicia Militar, el cual mantiene vigente una serie de criterios anacrónicos y claramente incompatibles con las ideas desarrolladas por los órganos que conforman tanto el sistema universal como el sistema latinoamericano de protección de los derechos humanos. A pesar de la constante exigencia por parte de dichos órganos para que desde las instituciones venezolanas se aborde de forma crítica y razonable su modificación y adaptación.

En este sentido es posible afirmar que la jurisprudencia en Venezuela no ha mantenido un criterio uniforme en esta importante materia. Sin embargo resulta preocupante cómo en la actualidad se siguen manejando criterios como el de la naturaleza militar de un delito para ampliar indebidamente el alcance de la jurisdicción militar a ámbitos que le estarían prohibidos, como es el caso paradigmático del procesamiento de civiles por delitos calificados de esta manera.

Finalmente, es necesario reafirmar e insistir en la necesidad del diálogo jurisprudencial con el fin de superar estos criterios que claramente permiten posibles y, en algunos casos, ya consumadas violaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

II. DOCUMENTACIÓN PARLAMENTARIA

Elecciones 2015. Agenda parlamentaria 2016-2020¹: una Asamblea Nacional que inicia el cambio político útil para ti

1. Nuestro principal reto

Las actuales circunstancias imponen a todos los venezolanos el desafío de poner coto a una gestión gubernamental caracterizada por el abuso de poder y que está causando graves perjuicios a la calidad de vida de la gente y al país en el ámbito de la seguridad ciudadana, de la disposición de medicinas y servicios adecuados de salud, de la soberanía agroalimentaria y el abastecimiento de productos básicos, de la seguridad social, del funcionamiento de los servicios públicos y de políticas de acceso a viviendas dignas con títulos de propiedad, entre otros.

Una mayoría de la unidad en la Asamblea Nacional permitirá imprimir, conforme a la Constitución, **rectificaciones profundas** en la sucesión de desaciertos acumulados por el ejecutivo nacional, pues con ello reemplazaremos un Parlamento secuestrado y anulado por la mayoría oficialista por otro que estará al servicio de todos y cumplirá sus atribuciones a plenitud. De esta forma la Asamblea Nacional será útil para los venezolanos de todas las tendencias, ya que contribuirá decididamente a resolver los problemas de la gente en las materias antes mencionadas, así como al vivificar los controles sobre el exacerbado poder presidencial y la función reguladora de la ciudadanía a través de la representación que han sido obstruidos por los intereses gubernamentales.

Propugnaremos una Asamblea Nacional que sea la voz de todos los sectores de la sociedad, una caja de resonancia de nuestros problemas para buscar y adoptar soluciones; que oiga a todos los involucrados en

1 Documento elaborado en el Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro, con participación de diputados de la bancada de la Unidad Democrática ante la Asamblea Nacional.

una problemática; que legisle e investigue sin desviaciones partidistas; que defienda y contribuya a generar condiciones de confiabilidad para atraer inversión y fomentar la productividad; que consolide por ley los derechos sociales conquistados pero que, también, obligue a la previsión de su sostenimiento y su financiamiento más allá de precios altos del petróleo; que promueva al ser humano libre e independiente; que ayude a su capacitación; que regule y genere oportunidades para la adquisición de viviendas y estimule el emprendimiento. Todo ello desde una visión abierta a la diversidad política, social y étnico-cultural.

Al mismo tiempo, la gravedad del daño que se está ocasionando al tejido institucional, social y económico del país lleva a la Unidad Democrática a formular una propuesta política que señale el nuevo rumbo que debe seguir Venezuela para corregir los defectos estructurales que explican la situación que vivimos, relacionados con el modelo político-económico autoritario, estatista, centralizador, clientelar y negador del pluralismo y de la autonomía e iniciativa individual y social que ha sido implantado. De ahí que sea necesario entender que las próximas elecciones parlamentarias son un paso decisivo hacia el cambio político y la presente agenda parlamentaria es, en tal sentido, un anticipo de las líneas maestras de una nueva concepción y gestión de gobierno.

Nuestro principal reto es, por tanto, **hacer de las elecciones parlamentarias un encuentro democrático** en el que todos los venezolanos insatisfechos ante el caos social y económico reinante asuman la presencia de los diputados de la Unidad Democrática en la Asamblea Nacional como una garantía del reposicionamiento de un Parlamento hasta ahora postrado, subyugado por la mayoría progubernamental, el cual debe pasar a ser una instancia eficiente de control sobre el Gobierno nacional que detenga el endeudamiento irresponsable y la corrupción, y un foro de debate y de producción legislativa que escuche las voces y atienda las carencias de todos los sectores. Ello estará acompañado de varias iniciativas dirigidas a lograr la reconciliación entre los venezolanos, depurando la legislación y las prácticas institucionales de todo lo que signifique exclusión, descalificación ideológica, partidista o persecución política, promoviendo un clima de respeto al disenso y de reconocimiento de los valores compartidos.

A la vez **queremos que ese parlamento útil impulse el cambio político** sin el cual ninguna de las causas de fondo generadoras de las calamidades sufridas por todos podrá ser suprimida, lo cual implica iniciar un proceso que culmina con la elección –conforme a los plazos de la Constitución– de un Gobierno cabalmente democrático, respetuoso de los derechos humanos y del Estado de derecho, promotor del pluralismo político y social, empeñado en el fortalecimiento y ampliación de programas sociales despartidizados, que propendan a una verdadera inclusión social, a la superación de la pobreza y en la promoción de la iniciativa privada. Un Estado presente mediante la regulación, pero que favorezca la economía productiva.

2. Una nueva Asamblea Nacional y unos diputados cercanos a las regiones y comunidades

Una Asamblea Nacional renovada por la victoria de los candidatos de la Unidad Democrática, liberada del yugo infligido por la mayoría oficialista que la ha degradado a un simple apéndice de Miraflores y a un espacio de retaliación, soberbia política y violencia impune podrá ser un **contrapeso efectivo frente a la gestión gubernamental** como la Constitución y la democracia reclaman. Esto supone el **ejercicio frecuente de las facultades de control e investigación** sobre el ejecutivo nacional, así como el desarrollo de una tarea legislativa que cuente con la participación de las distintas asociaciones o comunidades interesadas y que se apoye en un **proceso público y plural de deliberación**. Por ello promoveremos:

a) El acceso de periodistas y medios de comunicación al hemiciclo –incluso para transmitir las sesiones– con la mayor transparencia en el trabajo en plenaria o en comisiones.

b) Que el parlamento sea una instancia representativa de las inquietudes de los venezolanos en su conjunto donde se debatan todos los temas relacionados con deficiencias en el funcionamiento de la administración o denuncias de corrupción o de violación a derechos humanos, quedando así atrás la actual práctica de negar sistemáticamente la discusión en cámara de los asuntos que resulten incómodos para el gobierno.

c) La reforma del *Reglamento Interior y de Debates* y la adopción de una actitud distinta en el trabajo parlamentario, distinguida por el respeto a la diversidad política y a la participación plural, que se vea reflejada en la composición de la junta directiva de la Asamblea Nacional o de la comisión de mesa que, reglamentariamente, debe establecerse en las presidencias de las comisiones permanentes y en otras comisiones o comités designados por la plenaria.

d) La firme defensa de las atribuciones de la Asamblea Nacional en lugar de abandonarlas y claudicar ante el ejecutivo como ha sido costumbre en los últimos periodos. De esto es muestra palmaria la aprobación a la ligera y mediante fraude a la Constitución de leyes habilitantes genéricas o indeterminadas. Uno de los compromisos de la Unidad Democrática será proscribir las leyes de plenos poderes o las habilitaciones genéricas, tales como las aprobadas por el oficialismo.

En este nuevo contexto los diputados habrán de asumir a plenitud la responsabilidad que Venezuela les demanda. Los parlamentarios de la Unidad seguirán estando en **relación constante con los ciudadanos** que los eligieron y serán defensores de los intereses de las respectivas comunidades y estados. Esto se traducirá en:

a) La creación de una **oficina parlamentaria de la Unidad Democrática en cada estado** para atender los requerimientos de los ciudadanos, recibir quejas sobre la mala prestación de servicios públicos o denuncias de corrupción, así como mantener interacción constante con las regiones y comunidades. En torno a ellas se desplegará **el control federal de la ejecución de obras y servicios conjuntamente con la comunidad**.

b) La generación de una dinámica de funcionamiento distinta en la Asamblea Nacional mediante la activación de mecanismos plurales y depurados de las exclusiones partidistas o ideológicas del presente. El propósito es **promover el protagonismo popular en la iniciativa y discusión de los proyectos de ley, así como en las tareas de control social**. Ello se reflejará en una rendición de cuentas de cada diputado y de la Asamblea Nacional, la cual aportará elementos para el mejoramiento del desempeño.

c) La aprobación de **normas rectoras del proceso de consulta pública** de los proyectos de ley para dar certeza a la ciudadanía sobre las oportunidades que tiene para intervenir en esta materia y sobre los efectos de su participación.

3. Un propósito ineludible: poner freno a los abusos del gobierno y enfrentar la crisis económica y social de la cual es responsable

La nueva Asamblea Nacional pondrá freno a los desmanes causados por el actual Gobierno y emprenderá una senda de auténtica dignificación de las condiciones de vida de la gente, lo cual implica formular políticas que garanticen la seguridad ciudadana y contengan la violencia que ha entulado a tantas familias venezolanas; combatir la corrupción y toda forma de despilfarro de los recursos públicos que impiden su uso en beneficio de las comunidades; detener el endeudamiento irresponsable y superar los graves errores de gestión económica que han conducido a una enorme inflación y al desabastecimiento de alimentos, medicinas y otros productos básicos.

4. Nuestros objetivos programáticos específicos

4.1. Promover condiciones dignas de vida para todos

La Unidad Democrática está comprometida con la superación de la pobreza en un marco de libertades y de fe en el emprendimiento personal y social. La idea es evitar que el Estado se erija en repartidor selectivo e interesado de programas que alivian la pobreza pero no la suprimen. Por eso insistimos en la oferta de mantener la protección social existente a fin de lograr, a partir de ella, su extensión sin discriminaciones y su orientación hacia la construcción de un protagonismo económico y social que supere los esquemas de la pobreza en lugar de perpetuarlos. Es indispensable, además, establecer las bases para servicios públicos eficientes que satisfagan continuamente derechos sociales sin discriminación ni soluciones parceladas, recomponiendo un tejido social lesionado por el intervencionismo político gubernamental.

Un capítulo doloroso de la descomposición facilitada por el Gobierno, por acción u omisión, es la violencia impune y la delincuencia descontrolada que hoy menoscaba las condiciones vitales de todos. La ausencia de políticas adecuadas, la falta de respuesta de los órganos de investigación y persecución ante serios crímenes y la complicidad de funcionarios con bandas delictivas ha propiciado un círculo vicioso de delincuencia generalizada e impunidad que debe ser revertido mediante la eficiente aplicación de la ley y con escrupuloso respeto por los derechos humanos.

Es preciso, por otro lado —en materia de derechos sociales—, afrontar deficiencias normativas referidas al sistema educativo e introducir mejoras en el régimen de la actividad cultural, fomentando los valores que refuerzan la identidad nacional y la apertura a la creación universal. Debe favorecerse asimismo el deporte y la recreación. Son múltiples las iniciativas que han de tomarse desde la Asamblea Nacional en estos ámbitos, pero podemos destacar las siguientes:

a) Impulsar reformas para contener la violencia que ha colocado en entredicho el derecho a la vida de los venezolanos ante una criminalidad desbordada que está arrojando los índices más altos de asesinatos junto a los más elevados de impunidad. Lo mismo ocurre en relación con otros graves delitos como los secuestros y los robos. Se propone la creación de una *comisión especial* en la Asamblea Nacional que, en consulta con los organismos respectivos y los distintos sectores sociales y con el apoyo de expertos, *evalúe las políticas diseñadas y detecte las fallas que han conducido a la grave situación de violencia* que nos afecta, formulando recomendaciones sobre la adopción de políticas integrales y efectivas, lo cual desembocará en las reformas legislativas necesarias. Desde ahora se considera conveniente, entre otras normas, una *ley sobre la limitación de servicios de telefonía móvil celular y otros medios afines en los centros penitenciarios* que permita, bajo ciertas condiciones, la instalación de los dispositivos de bloqueo correspondientes. También *se ampliará mediante ley la capacidad de los cuerpos policiales estatales y municipales para la defensa de la ciudadanía* ante la delincuencia, suprimiendo la resolución ministerial que hoy los limita y fijando parámetros razonables. Son además indispensables las políticas y medidas preventivas.

b) Dictar las normas legales que establezcan un *sistema de seguridad social* integral que proporcione amplia cobertura ante las diversas situaciones comprendidas por la previsión social, abarcando no solo la salud sino la maternidad, paternidad, pensiones dignas y protección ante el desempleo.

c) Aprobar una *ley que suprima todo elemento de discriminación política* o de vinculación clientelar en el disfrute de los programas sociales.

d) Reforzar legalmente las políticas *de inserción laboral de los jóvenes y de promoción de la calidad en el trabajo y de la equidad de género en el empleo*. Asimismo, debe extenderse la protección laboral a quienes trabajan regularmente en modalidades de la llamada economía comunal o en programas afines.

e) Dictar una *ley del sistema público de salud* que desarrolle, entre otros, el principio de universalidad y reúna –bajo estándares de calidad– servicios dispersos que han sido descuidados, incorporando además a los estados y municipios en un esfuerzo común.

f) Aprobar las leyes o reformas legales que aseguren *la propiedad plena a los beneficiarios de planes públicos de acceso a la vivienda y a los campesinos con títulos agrarios sobre tierras rurales*. Se promoverá, también, una *ley de acceso a la propiedad de terrenos urbanos* para favorecer a sus ocupantes en barrios u otras zonas populares.

g) Fortalecer la libertad sindical eliminando de la *Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras* las disposiciones que pretenden supeditar los sindicatos a fines extraños a los que ellos se fijan desde su identidad, así como las normas que prevén formas de intervención administrativa abusiva en el campo de acción sindical o de injerencia indebida de actores sociales externos en dicho campo.

h) Reformar la *Ley Orgánica de Educación* para depurarla de los elementos ideologizantes que la distinguen, de la imposición gubernamental de libros de texto y del desmesurado control oficial de la dinámica escolar, reconociendo el papel fundamental de los padres en la vida educativa.

i) Dictar una *ley de educación superior* o *ley de universidades* que garantice la autonomía universitaria en todos los aspectos de la vida académica

y en el Gobierno, así como el funcionamiento y administración de las universidades.

j) Aprobar una *ley de educación básica*, pues en ese nivel se encuentran las grandes deficiencias en la formación y los factores determinantes de mayores dificultades para la prosecución de estudios.

k) Aprobar una *ley para la educación intercultural y bilingüe de los pueblos indígenas* en consonancia con los derechos que la Constitución les reconoce.

l) Dictar una nueva *ley del libro y de la biblioteca nacional de Venezuela* para incentivar el acceso a la cultura nacional y universal y consolidar, desde la libertad de pensamiento, el sistema público de bibliotecas.

m) Aprobar *normas legales que fortalezcan la autonomía del sector deportivo federado y establezcan mecanismos precisos para su sostenimiento presupuestario*. Conviene promover además las distintas expresiones de la educación física.

4.2. Proteger el gasto social y promover el crecimiento económico

Las políticas sociales que vamos a propugnar presuponen un correcto manejo de la economía que no esté atado a compromisos clientelares, redes de corrupción, estatismo asfixiante o improvisación. No es posible tener una economía sana cuando se desconoce el derecho de propiedad, a la vez, mediante confiscaciones o expropiaciones arbitrarias se promueve la inseguridad jurídica en todos los sectores productivos y se eluden los controles fiscales o presupuestarios con un Banco Central de Venezuela (BCV) que no cumple sus funciones constitucionales.

La inflación, la escasez y la inestabilidad del tipo de cambio que hemos visto agravarse durante los últimos años han contribuido a deteriorar aceleradamente el poder adquisitivo de salarios y pensiones, la creación y permanencia de nuevas empresas, la calidad y cobertura de servicios sociales (como salud, educación y seguridad) y el acceso a bienes esenciales (como alimentos, medicinas y viviendas). La respuesta del Gobierno se ha limitado a imponer distintos sistemas de racionamiento y de controles de

precios y cambios, que solo han generado colas y corrupción. El Gobierno no reconoce que el mal uso de los recursos públicos y su intervención destructiva sobre las relaciones de producción son las causas de la debilidad que sufre nuestra economía. La nueva Asamblea Nacional, con el empuje de la Unidad Democrática, va a dedicarse a revertir esta situación. Para ello es necesario:

- a) Velar por el respeto a la *legalidad presupuestaria* exigiendo que todo gasto previsible se incluya en la ley anual de presupuesto y suprimiendo la evasión de controles a través de fondos paralelos. Se requerirá al Poder Ejecutivo nacional estimar y presupuestar anualmente los incrementos en los salarios de la administración pública con todas sus incidencias sobre pensiones, prestaciones y aguinaldos de modo que no dependan luego de la aprobación de créditos adicionales. También deberá el ejecutivo incorporar al único presupuesto de la nación todo nuevo ingreso, incluyendo los que puedan definirse sobre la venta de gasolina. Esta es la mejor manera de garantizar su uso en la atención de sectores prioritarios como educación, salud y seguridad, tanto a nivel central como regional.
- b) Reformar la *Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público* para obligar al cumplimiento de los presupuestos plurianuales, clasificar adecuadamente los ingresos ordinarios y extraordinarios e impedir el endeudamiento de empresas del Estado sin autorización de la Asamblea Nacional. Se adoptarán, también, las reformas legislativas destinadas a evitar que el Gobierno se endeude sin aprobación de la Asamblea Nacional. Mediante las facultades de control se asegurará, además, que el endeudamiento de la República y de PDVSA sirva para la inversión social y no para el derroche y la corrupción.
- c) Reformar la *Ley del Banco Central de Venezuela* para restablecer su autonomía, restringir la emisión de dinero inorgánico y procurar la estabilidad económica, monetaria y de precios. Se debe revisar la regulación de las reservas excedentarias y, en general, eliminar los mecanismos por los cuales el BCV financia gasto público, prohibiéndose la transferencia de reservas internacionales al Gobierno y de bolívares a Petróleos de Venezuela sin contraprestación.

- d) Exigir los *acuerdos anuales de política económica entre el Gobierno nacional y el Banco Central de Venezuela* estableciendo mecanismos que aseguren las responsabilidades de los funcionarios firmantes de políticas públicas. Deben realizarse interpelaciones frecuentes a todos los ministros del ejecutivo nacional para que expliquen los gastos realizados y los resultados obtenidos con ellos.
- e) Reactivar el *Fondo de Estabilización Macroeconómica* previsto en la Constitución para compensar las fluctuaciones de los precios petroleros y someter a discusión pública la idea de integrarlo con un modelo de garantía de derechos desde el vientre materno. La finalidad es enfrentar de cara a las futuras generaciones los problemas sociales.
- f) Aprobar una *ley que ponga freno a acuerdos por los cuales se entregan recursos de la República a otras naciones en condiciones perjudiciales* para Venezuela, distinguiendo entre la cooperación internacional y la dádiva de recursos a gobiernos aliados políticamente.
- g) Impulsar un *control federal de la ejecución de obras y servicios conjuntamente con la comunidad* mediante la constitución de comisiones de parlamentarios de cada entidad federal y de representantes de la comunidad organizada para fiscalizar la ejecución de obras físicas, dando cuenta al pueblo sobre la aprobación de recursos, la planificación y los avances.
- h) Acompañar la observancia de la legalidad presupuestaria y los controles estrictos sobre el uso de los recursos públicos con una *política económica que defienda la iniciativa privada y la producción nacional*. Impediremos que el Gobierno suprima incentivos para la producción privada de bienes y servicios. No es posible garantizar empleos dignos ni soberanía económica y agroalimentaria sin políticas que fomenten la producción nacional. Estas requieren, ante todo, de seguridad jurídica para lo cual es indispensable el respeto a la propiedad privada, es decir, el cese de las expropiaciones o confiscaciones arbitrarias y de las ocupaciones temporales administrativas de bienes. *Se reformarán o derogarán las leyes que permiten las ocupaciones administrativas y lesionan el debido proceso o la garantía de la propiedad en materia expropiatoria.*

- i) Favorecer la constitución de empresas familiares, microempresas, asociaciones comunitarias y de verdaderas empresas de producción social en diversas áreas de producción y comercialización.

4.3. Rescatar la República, promover la reconciliación y procurar la garantía efectiva de los derechos humanos

Junto a la renovación institucional de la Asamblea Nacional –antes comentada– es preciso acometer reformas y fomentar prácticas que rescaten la idea de la República y del Estado de derecho de la erosión a que han sido sometidas. Ante el personalismo autoritario ha de promoverse una cultura democrática y han de adoptarse medidas que reivindiquen la importancia de los límites y de los controles sobre los gobernantes, así como de la división del poder público entre las garantías de la libertad y derechos de cada persona. No es admisible la existencia de intocables ni de redes oficiales de corrupción inmunes a toda investigación objetiva. La protección de la independencia judicial es por ello un contenido principal de la agenda. También lo es la reconstitucionalización de la fuerza armada nacional para librarla de la sujeción ideológica y fortalecerla profesionalmente. Este espíritu republicano persigue la supresión de privilegios o exclusiones discriminatorias. Pretendemos, igualmente, emprender iniciativas normativas en el campo de los derechos humanos, los cuales han sido objeto de las más graves violaciones en virtud de leyes, decretos-leyes, resoluciones o de la acción u omisión de las autoridades.

Adicionalmente, estimamos urgente lograr la reconciliación entre los venezolanos de todas las tendencias. En estos años se ha intentado abrir una brecha insuperable entre los partidarios del Gobierno nacional y quienes lo adversamos o no lo respaldan. Esta brecha ha sido sustentada en diferenciaciones ideológicas, descalificaciones o estigmatizaciones, campañas difamatorias basadas en la mentira o la directa criminalización y persecución política de la opinión crítica o discrepante. La construcción del nuevo espacio democrático que la Unidad propone solo es posible si esas divisiones perversas se superan.

Para alcanzar la reconciliación proponemos, en primer lugar, aprobar una *ley de amnistía general para los presos y perseguidos políticos* que asegure

la liberación de personas injustamente detenidas y enjuiciadas, así como el cese de las investigaciones o juicios adelantados por razones meramente políticas contra autoridades electas, dirigentes partidistas, estudiantes, sindicalistas, jueces o abogados, comunicadores y tantas otras víctimas de la represión oficial. Igualmente, se reformarán las disposiciones legales que han permitido inhabilitar políticamente, mediante actos administrativos, a aspirantes a cargos de elección popular.

El rescate de la República y la garantía de los derechos humanos requieren la adopción de diversas medidas legislativas y de otra naturaleza, las cuales solo se enumeran a continuación las que tienen carácter emblemático y ejemplifican la ruta parlamentaria que se quiere recorrer:

- a) Promover desde la Asamblea Nacional un *debate nacional sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela* y exigir el retorno del Estado venezolano a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la autorización de la visita al país de la comisión interamericana y de los relatores de la OEA y de la ONU que lo han solicitado. La Asamblea Nacional impulsará, también, la adopción de un *plan nacional de derechos humanos* para definir políticas públicas perdurables que aseguren la promoción y protección de los derechos humanos con participación de las ONG y demás sectores interesados.
- b) Crear además una *Comisión especial que investigue los casos de incumplimiento a decisiones o informes de organismos internacionales de protección de los derechos humanos*, la cual emita las recomendaciones correspondientes e inste a los órganos competentes para el establecimiento de las posibles responsabilidades penales, civiles o administrativas.
- c) Sancionar la *Ley de Carrera Judicial* –la cual debe desarrollar lo establecido en el artículo 255 de la Constitución– para que la función judicial esté encomendada a jueces que gocen de estabilidad y cuyo ingreso se realice mediante auténticos concursos públicos con transparencia y amplia participación ciudadana. De este modo debe cesar la provisoriedad de la justicia que hoy predomina y hace a los jueces vulnerables a presiones de toda índole. Asimismo, debe reformarse la *Ley Orgánica del Ministerio Público* a fin de asegurar

el ingreso a la carrera de todos los fiscales del Ministerio Público mediante concursos transparentes, reduciendo los márgenes que la ley vigente deja al fiscal general de la República para incidir en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la carrera en el Ministerio Público.

- d) Dictar una *ley orgánica de la justicia constitucional* que establezca criterios claros y ajustados a la Constitución sobre el alcance de las competencias de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y de las demás salas de este u otros tribunales de la República en materia constitucional.
- e) Aprobar la *ley de coordinación de la jurisdicción especial indígena con el sistema de justicia nacional* para dar cumplimiento a la Constitución.
- f) Aprobar la *ley para hacer efectiva la indemnización integral a las víctimas de violaciones a derechos humanos o a sus derechohabientes* prevista en el artículo 30 de la Constitución.
- g) Dictar una *ley para garantizar el derecho de reunión en lugares públicos*, la cual reivindique el principio democrático que solo exige una notificación a la autoridad –con no más de 48 horas de anticipación– para la organización de una manifestación pacífica, dejando a salvo casos como el de las manifestaciones espontáneas en las cuales ni siquiera tal notificación puede requerirse. De esta forma se intenta revertir el inconstitucional e ilegal criterio asumido por la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia núm. 276/2014. Dicha ley contemplará, asimismo, límites precisos para la actuación de los cuerpos de seguridad en el control de las manifestaciones y derogará la Resolución núm. 8610 del Ministerio de la Defensa.
- h) Reformar la *Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos* y la *Ley Orgánica de Telecomunicaciones* para suprimir todas las disposiciones que promueven la autocensura (efecto inhibitorio), prohíben y sancionan conductas constitucionalmente amparadas por el ejercicio legítimo de la libertad de expresión o dificultan la transmisión oportuna de informaciones, cuya finalidad es establecer principios interpretativos que reconduzcan la aplicación de las demás

normas a los estándares internacionales y comparados vigentes en la materia. Es preciso, también, restringir la facultad ejecutiva de imponer cadenas o mensajes de transmisión obligatoria, evitando el enorme abuso en que se ha incurrido en estos años lesivos de la libertad de información. Se reformará el *Código Penal* para suprimir los delitos de vilipendio o desacato que obstaculizan el control o vigilancia de la opinión pública sobre la actuación de los funcionarios. El objetivo es ajustar la regulación de los tipos de difamación o injuria a fin de evitar ese mismo efecto. En igual sentido ha de eliminarse el delito de zozobra informativa.

- i) La aprobación de una *ley de acceso a la información pública* para asegurar la transparencia en el funcionamiento de la administración y el efectivo control sobre su gestión. También proponer una *ley de protección de datos personales* para amparar el derecho de cada persona a la autodeterminación en la recolección, almacenamiento o uso de tales datos.
- j) La aprobación de una o de varias *leyes que deroguen los tipos penales u otras severas restricciones a derechos humanos, incluidas en decretos leyes*, vulnerando la reserva legal estricta que rige en la materia, así como la revisión de las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional lesivas de estos derechos. A esto se suma lo que luego, específicamente, se dirá sobre los derechos relacionados con la participación política u otros.
- k) La reforma de la *Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana* para reivindicar la necesaria vinculación de todo cuerpo de milicianos o combatientes a los componentes constitucionales de la fuerza armada y su sujeción a reglas y restricciones especiales. El propósito es limitar las funciones de las regiones, zonas y áreas de defensa integral a lo propiamente militar. En este ámbito se propone la aprobación de la *ley orgánica de seguridad social de la fuerza armada nacional* a fin de proporcionar a sus integrantes certeza jurídica en el disfrute de prestaciones que no deben depender de concesiones gubernamentales. Debe, además, reformarse la *Ley de Registro y Alistamiento para la Defensa Integral de la Nación* con el objeto de circunscribir el registro que contempla a la prestación del servicio

militar, lo que supone dictar la *Ley sobre el Servicio Civil*, el cual está previsto en la Constitución con carácter alternativo o electivo.

- l) *La designación con estricto apego a la Constitución de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y de los rectores del Consejo Nacional Electoral*, los cuales deben ser elegidos en la próxima legislatura con participación de la sociedad organizada y con base en criterios de mérito, excluyendo preferencias partidistas y procurando ante todo asegurar la autonomía de los respectivos órganos.

4.4. Fortalecer la participación política plural y el protagonismo popular

El giro que es preciso imprimir en las políticas estatales forma parte de una manera de entender la gestión pública que toma en serio la participación de los ciudadanos en su diseño, ejecución y control. La promoción de una economía productiva basada en el emprendimiento personal, familiar y social se inscribe en una concepción más amplia que propugna el despliegue de la capacidad creadora y movilizadora de los individuos y de las comunidades. Esto es esencial en materia de participación, pues no puede haber empoderamiento comunitario cuando el poder central, que es en definitiva el favorecido en el modelo del Estado comunal, controla el registro, funcionamiento y financiamiento de las organizaciones del llamado poder popular, velando para que se mantengan leales al socialismo y al partido que lo impone con la fuerza de la ley. De allí que sea urgente eliminar todos los condicionamientos ideológicos al disfrute del derecho de participación, así como los filtros políticos aplicados por el ejecutivo nacional que excluyen a ciertas organizaciones sociales ajenas a las estructuras del denominado poder popular y del pleno ejercicio de ese derecho.

Por otro lado es inaceptable que después de quince años de la entrada en vigor de la Constitución no se haya dictado la legislación sobre los referendos, pese a lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Electoral. Ello ha conducido a una situación de precariedad en la cual el Consejo Nacional Electoral está, indebidamente, facultado para dictar una normativa provisional que solo ha sido adoptada de manera puntual o parcial. Esto se traduce en un bloqueo a la iniciativa popular

para la activación de los referendos que contrasta con la vía expedita con que cuenta el Poder Ejecutivo nacional para impulsarlos. Igualmente, la participación política prevista en la Constitución resulta desnaturalizada cuando la Ley Orgánica de Procesos Electorales desconoce el principio de representación proporcional que debe presidir el sistema electoral para los cuerpos colegiados o deliberantes. También ocurre cuando la ley no contempla garantías especiales ante los funcionarios ejecutivos que aspiran a la reelección para impedir el ventajismo que esa posición suele comportar si no hay limitaciones específicas. Han de revisarse, del mismo modo, otros aspectos de esta ley. Lo dicho exige adoptar medidas como las siguientes:

- a) *Crear una Comisión especial que investigue las prácticas o actuaciones administrativas que supongan discriminación por razones ideológicas o políticas en el ejercicio del derecho de participación o de otros derechos fundamentales*, adoptando las recomendaciones pertinentes con eventual remisión a los organismos competentes para el establecimiento de las responsabilidades respectivas.
- b) *Aprobar una ley para garantizar el pluralismo político* conforme a la cual queden sin efecto todos los condicionamientos políticos o ideológicos para el ejercicio de los derechos de participación ciudadana, incluyendo lo relativo al registro de consejos comunales u otras instancias del llamado poder popular. De igual manera debe prever la inclusión de las organizaciones sociales que no respondan al modelo del Estado comunal en los cauces y oportunidades constitucionales y legales de participación social o comunitaria sin discriminación. Ha de establecerse un procedimiento expedito y confiable para la denuncia y corrección de las situaciones constitutivas de discriminación por razones ideológicas o partidistas en cualquier ámbito de la participación política o social. Ha de impulsarse, asimismo, la reforma de las leyes que vinculen la participación ciudadana u otros derechos fundamentales a la promoción del socialismo u otro sistema ideológico.
- c) *Dictar una ley para el fortalecimiento de la participación comunitaria* que libere a los consejos comunales, comunas u otras expresiones de la organización comunitaria del control del Poder Ejecutivo nacional y

las relaciones desde la autonomía o la libertad asociativa con los estados y municipios como ordena el artículo 184 de la Constitución.

- d) Sancionar la *Ley Sobre los Referendos* que facilite la activación por iniciativa popular de los referendos previstos en la Constitución.
- e) Reformar la *Ley Orgánica de Procesos Electorales* para restablecer la representación proporcional prevista constitucionalmente y efectuar otros ajustes destinados a suprimir la excesiva discrecionalidad con que cuenta el Consejo Nacional Electoral en relación con la convocatoria a elecciones y otras materias, así como para modificar la regulación sobre las causales impugnatorias y acerca del acceso al material electoral en ese contexto.
- f) Dictar la *ley para la escogencia de los representantes populares de los pueblos indígenas* a fin de que sean sus integrantes los que escojan a sus representantes conforme a sus tradiciones.
- g) Aprobar una *ley de garantías electorales* que fije limitaciones especiales a los funcionarios ejecutivos que aspiren a la reelección y, así, evitar el ventajismo en que pueden incurrir desde la posición que ocupan. De esta forma lo demuestran los abusos presidenciales durante las campañas mediante cadenas, mensajes de transmisión obligatoria o actos proselitistas ligados a las funciones que desempeñan.

4.5. Recuperar el federalismo y la descentralización

El actual proceso político ha sido fuertemente centralizador. Ello porque el personalismo autoritario que lo dirige y el cerco ideológico que lo acompaña no admiten espacios autónomos de poder político basados en ofertas y liderazgos divergentes. La concentración de poder –camuflada a veces bajo el discurso del Estado comunal, pero visible dentro de este mismo esquema organizativo a través de figuras como los ejes de desarrollo territorial y los distritos motores de desarrollo– conspira seriamente contra el ámbito de competencias, los recursos y la capacidad de gestión de los estados y municipios. Ante ello se propone:

- a) La *consulta efectiva a los estados sobre los proyectos de ley considerados en la Asamblea Nacional* que se refieran a los mismos o puedan afectar sus

competencias e intereses a través de los consejos legislativos, así como la aprobación de las disposiciones legales relativas a la participación de la sociedad por medio del consejo. De dicha manera lo establece la Constitución.

- b) La sanción de la *Ley de Hacienda Pública Estatal* ordenada por la Constitución, la cual asegure fuentes tributarias suficientes para el funcionamiento de los estados como entidades autónomas.
- c) La *reversión mediante ley de las decisiones que despojaron inconstitucionalmente a los estados de sus competencias exclusivas* en materia de conservación, administración y aprovechamiento de puertos y aeropuertos de uso comercial, de carreteras y autopistas nacionales.
- d) *La vinculación de los consejos comunales, de las comunas y de nuevos sujetos de descentralización a los estados o municipios* en el marco de los artículos 168, 173 y 184 de la Constitución y mediante la reforma de las leyes correspondientes.
- e) La restitución del carácter electivo de las juntas parroquiales –de conformidad con la Constitución– mediante la reforma de la *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*.
- f) *La eliminación de los mecanismos que han convertido al consejo federal de Gobierno y a su secretaría en una amenaza al proceso de descentralización* y de manera particular la posibilidad de que, desde allí, se aprueben transferencias obligatorias de competencias estatales o municipales a entidades controladas por el Poder Ejecutivo nacional. El objetivo sería la recuperación de la significación constitucional del fondo de compensación interterritorial mediante las reformas legislativas correspondientes. Esto implica, además, perfilar a ese consejo como una instancia que realmente promueva la descentralización y la transferencia de competencias del poder nacional a los estados y municipios. Igualmente se plantea erradicar la reforma de la *Ley Orgánica de la Administración Pública* para suprimir las autoridades regionales ejecutivas y otras figuras que atentan contra la descentralización, así como las autoridades paralelas

inconstitucionalmente creadas por el Presidente de la República en estados o municipios en los que la oposición ganó la respectiva elección regional o local.

- g) La ampliación de las asignaciones económicas especiales correspondientes a los estados en cuyo territorio haya minas o hidrocarburos para compensarlos por los pasivos ambientales y por los grandes aportes al presupuesto nacional, según lo suscrito en la reforma de la *Ley de Asignaciones Económicas Especiales Derivadas de Minas e Hidrocarburos*.

5. La posibilidad del cambio está en tus manos

Las próximas elecciones parlamentarias colocan en manos de los venezolanos la opción de corregir las políticas, normas y prácticas que han conducido a la grave crisis socioeconómica y moral que pone en entredicho el futuro del país. La participación masiva de los electores y la victoria contundente de la Unidad abrirán las puertas a la esperanza y a la superación de los arduos problemas que nos aquejan. Es tiempo de que todos, con independencia de nuestras concepciones particulares, rescatemos un Parlamento democrático que cumpla sus funciones constitucionales y ponga freno a la progresiva destrucción de la economía nacional y de las condiciones para el desarrollo personal en libertad, así como a la corrupción oficial desenfrenada, a la violencia y a la impunidad. Las elecciones nos ofrecen un cauce institucional y pacífico para preservar los valores democráticos ante el avance autoritario que no reconoce adversarios legítimos ni ciudadanos autónomos. No desaprovechemos esta invaluable y decisiva oportunidad de cambiar el rumbo y emprender, de acuerdo con la Constitución, la ruta de una verdadera democracia que asegure el pluralismo, la justicia y la libertad.

5.1. Palabras de apertura del Dr. Luis Cova Arria, presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Señores miembros de la junta directiva de Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas presentes; señores académicos; señores académicos miembros de otras academias nacionales; señor Dr. Jesús María Casal, ex decano y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés

Bello; señor Dr. Ramón Guillermo Aveledo, presidente del Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro.

Señoras y señores:

En nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales me complace darles la más cordial bienvenida a la presentación de la obra *Derecho parlamentario*, del doctor Ramón Guillermo Aveledo. Realmente fue un honor para mí recibir la llamada el pasado mes de diciembre de quien fue uno de mis más destacados alumnos solicitando los espacios de esta academia para la presentación de su obra sobre derecho parlamentario. El Dr. Ramón Guillermo Aveledo –muy conocido actualmente por su importante labor al frente de la mesa de la Unidad Democrática– no solo ha destacado en la actividad política como miembro y dirigente del partido COPEI, diputado en el congreso de la República por el estado Lara, jefe de la fracción parlamentaria socialcristiana en el Congreso y dos veces presidente de la Cámara de Diputados. También se ha destacado en otras áreas como el deporte, habiendo sido presidente de la Liga Venezolana de Béisbol Profesional entre 2001 y 2002, así como en la docencia universitaria en las Universidades Católica Andrés Bello y Metropolitana. Es además autor de otras numerosas obras sobre temas jurídicos, políticos e históricos.

El derecho parlamentario, tema del libro que hoy nos presenta y del cual con detalle hablarán quienes intervendrán más adelante, representa gran importancia en la Venezuela actual donde, en palabras de su propio autor, *atraviesa una grave crisis* que ha venido decantando desde que la Constitución de 1999 eliminó la bicameralidad que existió durante años en nuestro sistema constitucional. En el acto de hoy intervendrán el académico Dr. Humberto Njaim, seguidamente el Dr. Jesús María Casal, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello y, para finalizar, tendremos las palabras del autor Dr. Ramón Guillermo Aveledo.

A continuación se da inicio al acto.

Palabras del Dr. Humberto Njaim, individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas de Venezuela

El Dr. Ramón Guillermo Avelo ha sublimado en esencias intelectuales su largo oficio como político y, sobre todo, como parlamentario. Advertimos en él, al revisar su obra, no solo este curso de derecho parlamentario que ahora presentamos, que el oficio lo lleva en la sangre, pues se adecua especialmente a sus inclinaciones, idiosincrasia y estilo. Quisiéramos verlo otra vez en esas funciones parlamentarias, donde podría ejercitar nuevamente las facultades de negociación sindéresis y reposado juicio que ha demostrado en esta época aciaga.

Lo que ahora celebramos es un libro de texto, un curso de derecho parlamentario. Estas virtudes de Avelo no solo se despliegan sino que se nota como un ejercicio de moderación y equilibrio, porque el autor está conciente de que en una obra de tal naturaleza está fuera de lugar la desmesura polémica. Así en la cuarta parte –referida al Parlamento en Venezuela– las violaciones a la normativa y el espíritu del derecho parlamentario aparecen documentadamente registradas y criticadas pero con juicios prudentes que, a veces, parecen quedarse cortos pero, en realidad, provienen un ejercicio de prudencia intelectual.

Oportuna es la obra que hoy se presenta porque si hay algo que está en la mira del proyecto político que disfruta del poder es el Parlamento. Olvidémonos de otras instancias de importancia fundamental, pero más fácilmente controlables porque no se originan directamente de la soberanía democrática. Voy a fundamentar esta afirmación de la siguiente manera. Una de las características de nuestra época en el mundo occidental es que –habiéndose perdido el norte que proporcionaban las tradiciones o las religiones establecidas– esa actividad tan importante y prominente en nuestras vidas, aunque no queramos hacerle caso, como es la política se convierte a través de las ideologías en el sustituto de las siempre presentes aspiraciones humanas a respuestas firmes y contundentes sobre el sentido de las cosas. Tales respuestas las proporcionan ideologías totales cuyo efecto en la sociedad es perverso. En efecto, la política es importante pero también es poder y quienes se encuentran en su ejercicio tienden a conser-

varlo. Ocurre, entonces, una combinación funesta en virtud de la cual la ideología refuerza al poder y el poder refuerza la ideología.

Dado que existe una concepción que se considera verdadera, en cuantos aspectos muestre la existencia, habrá que imponerla a toda costa y los poderosos tendrán una justificación para aferrarse al poder. Es lo que confirmamos cuando constantemente se machaca nuestros oídos con las afirmaciones sobre la continuidad del proyecto revolucionario que, a ningún precio, se dejará sucumbir o con las fanfarronerías socarronas que afirmaban la permanencia en el poder del anterior jefe de Estado por períodos insólitos de tiempo, ignorando cómo las intenciones pueden ser desmesuradas pero las limitaciones humanas se encargan de ponerles inesperadas restricciones. A su vez necesita el poder asegurarse que la ideología penetre en los espíritus de forma inescapable que aun a sus partidarios debe causar hartazgo, aunque no lo confiesen. Recuerdo que en mi época de estudios en Alemania me preguntaba al visitar Berlín oriental para qué aquellas pancartas gigantescas, aquellos letreros monumentales, aquellas efigies de los gobernantes o de sus inspiradores ideológicos repartidos y colocados en todas partes si el poder parecía tan consolidado y establecido. Mas no, es que estas sociedades se mantienen en un estado permanente de guerra: la ideología necesita un enemigo interno y si este ya está domeñado existe el externo y si no hay ninguno habrá que inventárselo. Alrededor de este magno recinto podemos presenciar en este momento las consecuencias que en el medio urbano caraqueño y en el de todas las poblaciones venezolanas produce este fenómeno.

Ante esta concepción ha venido desarrollándose, de forma accidentada, otra idea de la política llena de alternativas, percances pero también brillantes triunfos y sorprendente resiliencia como ahora se acostumbra a decir. No se opone, como a menudo se la crítica, a la capacidad constructiva del poder sino a su capacidad destructiva que se exagera cuando hay un empeño de conservarlo a toda costa. No disminuye la dignidad de la política si no advierte el engaño de convertirla en sustituto de aspiraciones cuya realización debe buscarse de otra forma. Abandonada la cárcel de las ideologías totales toma el riesgo de considerar que, de cierta manera, las concepciones plurales y diversas propias de una sociedad compleja podrán solaparse en algún punto que permita acciones conjuntas y una discusión

civilizada del inevitable residuo de diferencias. También es una ideología, ciertamente, pero es una ideología de la libertad que acepta sus riesgos pero no frustra sus enormes potencialidades. ¡Qué diferencia con las ideologías totales! No niega que se la discuta ni niega las implacables críticas a las que a menudo se la hace objeto y que tantas veces la hacen lucir precaria e inerme.

Pues bien, el Parlamento es la institución donde de manera eminente se actualizan estas ideas, su grandeza y sus miserias. En la dialéctica de las mayorías y las minorías se expresa la divergencia, pero también se propicia un espacio para el entendimiento y, no solo esto, sino que a la vez se trata de un espacio de sociabilidad en el cual a través del intercambio por períodos de tiempo, a veces prolongados, se crean vínculos que disminuyen las fricciones y establecen posibilidades de intercambio más allá de esas divergencias. Los parlamentos, sin embargo, no tienen buena prensa ya que sus ventajas se convierten, al mismo tiempo, en flancos de ataques. Se tratan de cuerpos colectivos que no disfrutan de la posibilidad del atractivo carismático de los líderes individuales; sus modos de actuación llegan a verse como caldo de cultivo y vitrina de las complicidades de la clase política; su trabajo más efectivo no es tan visible al público como el de asambleas, donde el aburrimiento o la dispersión es más visible para los críticos que las brillantes intervenciones las cuales, también, lucen por su ausencia. El trabajo de un parlamentario de ley es arduo pero incomprendido como se refleja en el escándalo que suscita su remuneración, aspecto que es analizado en esta obra de Aveledo.

No obstante, el Parlamento cuenta con tanta legitimidad en el sistema presidencialista como el Presidente. Su carácter de ámbito público hace que las manipulaciones del poder queden manifiestas o, por lo menos, más difíciles de ocultar que en otras instancias. Pero, sobre todo, es un aguijón incómodo contra los abusos de esas instancias por las facultades de control que posee. Es, pues, difícil de desarmar y, al mismo tiempo, vulnerable. No es extraño que si no se puede arremeter directamente contra él, entonces los proyectos totalitarios de nuevo cuño hayan emprendido la estrategia de anularlo en una primera etapa y sustituirlo en una segunda. Lo primera se ha manifestado, entre muchas otras expresiones, con la celeberrima e infame sentencia de la sala constitucional que legitimó el

llamado parlamentarismo de calle y lo segundo con el frustrado proyecto de reforma constitucional de 2007, donde se plasmó una significativa cláusula normativa según la cual el poder popular no nace del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población. Tuvimos así ocasión de conocer la sustancia y verdaderos propósitos de una doctrina para la que ya resultaba incómoda la Constitución que llamamos de 1999. Sin embargo desde el 2007 no hubo posibilidad de engaño y el que todavía está engañado es porque así lo quiere. El actual Parlamento venezolano, de acuerdo con tal ideología, no es sino una etapa de transición, un residuo incómodo que, tarde o temprano, habrá de ser reemplazado por asambleas que no nazcan de sufragio ni de elección alguna sino de la condición de los grupos humanos organizados, vaya usted a saber lo que esto quiere decir.

Celebramos la obra de Aveledo. No solo esta sino su dedicación sostenida al tema, realizada admirablemente en forma paralela con su actividad política. Nuestro deseo es que se convierta en factor que ilustre a los venezolanos sobre la importancia de la institución pero, más allá de ello y en razón de la fuerza de las ideas, se convierta en un baluarte intelectual que impida la destrucción final de la democracia y del Parlamento. En esta corporación el tema parlamentario ha sido ocupación de sus individuos de número como lo revela la obra del académico José Guillermo Andueza sobre el congreso o el trabajo de incorporación de Carlos Leañez Sievert acerca del control parlamentario. Fuera de la Academia séame permitido recordar, también, al malogrado Orlando Tovar Tamayo y su obra pionera casi del mismo título de la que hoy festejamos. Existe, pues, una tradición de estudio en el país sobre el asunto parlamentario que con la obra de Aveledo se profundiza y prolonga. No podemos menos que sentirnos satisfechos de esta feliz circunstancia y desear que, con el transcurso de las sucesivas ediciones que la constancia intelectual del autor nos asegura, llegue a convertirse en un monumental tratado y en un imprescindible clásico.

Discursos con motivo de la presentación del libro *Curso de Derecho Parlamentario* del Dr. Ramón Guillermo Avelo

1. Palabras de apertura del Dr. Luis Cova Arria, presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales

Señores miembros de la junta directiva de Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas presentes; señores académicos; señores académicos miembros de otras academias nacionales; señor Dr. Jesús María Casal, ex decano y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello; señor Dr. Ramón Guillermo Avelo, presidente del Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro.

Señoras y señores:

En nombre de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales me complace darles la más cordial bienvenida a la presentación de la obra *Derecho parlamentario*, del doctor Ramón Guillermo Avelo. Realmente fue un honor para mí recibir la llamada el pasado mes de diciembre de quien fue uno de mis más destacados alumnos solicitando los espacios de esta academia para la presentación de su obra sobre derecho parlamentario. El Dr. Ramón Guillermo Avelo –muy conocido actualmente por su importante labor al frente de la mesa de la Unidad Democrática– no solo ha destacado en la actividad política como miembro y dirigente del partido COPEI, diputado en el congreso de la República por el estado Lara, jefe de la fracción parlamentaria socialcristiana en el Congreso y dos veces presidente de la Cámara de Diputados. También se ha destacado en otras áreas como el deporte, habiendo sido presidente de la Liga Venezolana de Béisbol Profesional entre 2001 y 2002, así como en la docencia universitaria en las Universidades Católica Andrés Bello y Metropolitana. Es

además autor de otras numerosas obras sobre temas jurídicos, políticos e históricos.

El derecho parlamentario, tema del libro que hoy nos presenta y del cual con detalle hablarán quienes intervendrán más adelante, representa gran importancia en la Venezuela actual donde, en palabras de su propio autor, *atraviesa una grave crisis* que ha venido decantando desde que la Constitución de 1999 eliminó la bicameralidad que existió durante años en nuestro sistema constitucional. En el acto de hoy intervendrán el académico Dr. Humberto Njaim, seguidamente el Dr. Jesús María Casal, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello y, para finalizar, tendremos las palabras del autor Dr. Ramón Guillermo Aveledo.

A continuación se da inicio al acto.

2. Palabras del Dr. Humberto Njaim, individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas de Venezuela

El Dr. Ramón Guillermo Aveledo ha sublimado en esencias intelectuales su largo oficio como político y, sobre todo, como parlamentario. Advertimos en él, al revisar su obra, no solo este curso de derecho parlamentario que ahora presentamos, que el oficio lo lleva en la sangre, pues se adecua especialmente a sus inclinaciones, idiosincrasia y estilo. Quisiéramos verlo otra vez en esas funciones parlamentarias, donde podría ejercitar nuevamente las facultades de negociación sindéresis y reposado juicio que ha demostrado en esta época aciaga.

Lo que ahora celebramos es un libro de texto, un curso de derecho parlamentario. Estas virtudes de Aveledo no solo se despliegan sino que se nota como un ejercicio de moderación y equilibrio, porque el autor está conciente de que en una obra de tal naturaleza está fuera de lugar la desmesura polémica. Así en la cuarta parte —referida al Parlamento en Venezuela— las violaciones a la normativa y el espíritu del derecho parlamentario aparecen documentadamente registradas y criticadas pero con juicios prudentes que, a veces, parecen quedarse cortos pero, en realidad, provienen un ejercicio de prudencia intelectual.

Oportuna es la obra que hoy se presenta porque si hay algo que está en la mira del proyecto político que disfruta del poder es el Parlamento. Olvidémonos de otras instancias de importancia fundamental, pero más fácilmente controlables porque no se originan directamente de la soberanía democrática. Voy a fundamentar esta afirmación de la siguiente manera. Una de las características de nuestra época en el mundo occidental es que –habiéndose perdido el norte que proporcionaban las tradiciones o las religiones establecidas– esa actividad tan importante y prominente en nuestras vidas, aunque no queramos hacerle caso, como es la política se convierte a través de las ideologías en el sustituto de las siempre presentes aspiraciones humanas a respuestas firmes y contundentes sobre el sentido de las cosas. Tales respuestas las proporcionan ideologías totales cuyo efecto en la sociedad es perverso. En efecto, la política es importante pero también es poder y quienes se encuentran en su ejercicio tienden a conservarlo. Ocurre, entonces, una combinación funesta en virtud de la cual la ideología refuerza al poder y el poder refuerza la ideología.

Dado que existe una concepción que se considera verdadera, en cuantos aspectos muestre la existencia, habrá que imponerla a toda costa y los poderosos tendrán una justificación para aferrarse al poder. Es lo que confirmamos cuando constantemente se machaca nuestros oídos con las afirmaciones sobre la continuidad del proyecto revolucionario que, a ningún precio, se dejará sucumbir o con las fanfarronerías socarronas que afirmaban la permanencia en el poder del anterior jefe de Estado por períodos insólitos de tiempo, ignorando cómo las intenciones pueden ser desmesuradas pero las limitaciones humanas se encargan de ponerles inesperadas restricciones. A su vez necesita el poder asegurarse que la ideología penetre en los espíritus de forma inescapable que aun a sus partidarios debe causar hartazgo, aunque no lo confiesen. Recuerdo que en mi época de estudios en Alemania me preguntaba al visitar Berlín oriental para qué aquellas pancartas gigantescas, aquellos letreros monumentales, aquellas efigies de los gobernantes o de sus inspiradores ideológicos repartidos y colocados en todas partes si el poder parecía tan consolidado y establecido. Mas no, es que estas sociedades se mantienen en un estado permanente de guerra: la ideología necesita un enemigo interno y si este ya está domeñado existe el externo y si no hay ninguno habrá que inventárselo. Alrededor de este

magno recinto podemos presenciar en este momento las consecuencias que en el medio urbano caraqueño y en el de todas las poblaciones venezolanas produce este fenómeno.

Ante esta concepción ha venido desarrollándose, de forma accidental, otra idea de la política llena de alternativas, percances pero también brillantes triunfos y sorprendente resiliencia como ahora se acostumbra a decir. No se opone, como a menudo se la crítica, a la capacidad constructiva del poder sino a su capacidad destructiva que se exagera cuando hay un empeño de conservarlo a toda costa. No disminuye la dignidad de la política si no advierte el engaño de convertirla en sustituto de aspiraciones cuya realización debe buscarse de otra forma. Abandonada la cárcel de las ideologías totales toma el riesgo de considerar que, de cierta manera, las concepciones plurales y diversas propias de una sociedad compleja podrán solaparse en algún punto que permita acciones conjuntas y una discusión civilizada del inevitable residuo de diferencias. También es una ideología, ciertamente, pero es una ideología de la libertad que acepta sus riesgos pero no frustra sus enormes potencialidades. ¡Qué diferencia con las ideologías totales! No niega que se la discuta ni niega las implacables críticas a las que a menudo se la hace objeto y que tantas veces la hacen lucir precaria e inerme.

Pues bien, el Parlamento es la institución donde de manera eminente se actualizan estas ideas, su grandeza y sus miserias. En la dialéctica de las mayorías y las minorías se expresa la divergencia, pero también se propicia un espacio para el entendimiento y, no solo esto, sino que a la vez se trata de un espacio de sociabilidad en el cual a través del intercambio por períodos de tiempo, a veces prolongados, se crean vínculos que disminuyen las fricciones y establecen posibilidades de intercambio más allá de esas divergencias. Los parlamentos, sin embargo, no tienen buena prensa ya que sus ventajas se convierten, al mismo tiempo, en flancos de ataques. Se tratan de cuerpos colectivos que no disfrutan de la posibilidad del atractivo carismático de los líderes individuales; sus modos de actuación llegan a verse como caldo de cultivo y vitrina de las complicidades de la clase política; su trabajo más efectivo no es tan visible al público como el de asambleas, donde el aburrimiento o la dispersión es más visible para los críticos que las brillantes intervenciones las cuales, también, lucen por su ausencia. El

trabajo de un parlamentario de ley es arduo pero incomprendido como se refleja en el escándalo que suscita su remuneración, aspecto que es analizado en esta obra de Avelo.

No obstante, el Parlamento cuenta con tanta legitimidad en el sistema presidencialista como el Presidente. Su carácter de ámbito público hace que las manipulaciones del poder queden manifiestas o, por lo menos, más difíciles de ocultar que en otras instancias. Pero, sobre todo, es un agujón incómodo contra los abusos de esas instancias por las facultades de control que posee. Es, pues, difícil de desarmar y, al mismo tiempo, vulnerable. No es extraño que si no se puede arremeter directamente contra él, entonces los proyectos totalitarios de nuevo cuño hayan emprendido la estrategia de anularlo en una primera etapa y sustituirlo en una segunda. Lo primero se ha manifestado, entre muchas otras expresiones, con la celeberrima e infame sentencia de la sala constitucional que legitimó el llamado parlamentarismo de calle y lo segundo con el frustrado proyecto de reforma constitucional de 2007, donde se plasmó una significativa cláusula normativa según la cual el poder popular no nace del sufragio ni de elección alguna, sino que nace de la condición de los grupos humanos organizados como base de la población. Tuvimos así ocasión de conocer la sustancia y verdaderos propósitos de una doctrina para la que ya resultaba incómoda la Constitución que llamamos de 1999. Sin embargo desde el 2007 no hubo posibilidad de engaño y el que todavía está engañado es porque así lo quiere. El actual Parlamento venezolano, de acuerdo con tal ideología, no es sino una etapa de transición, un residuo incómodo que, tarde o temprano, habrá de ser reemplazado por asambleas que no nazcan de sufragio ni de elección alguna sino de la condición de los grupos humanos organizados, vaya usted a saber lo que esto quiere decir.

Celebramos la obra de Avelo. No solo esta sino su dedicación sostenida al tema, realizada admirablemente en forma paralela con su actividad política. Nuestro deseo es que se convierta en factor que ilustre a los venezolanos sobre la importancia de la institución pero, más allá de ello y en razón de la fuerza de las ideas, se convierta en un baluarte intelectual que impida la destrucción final de la democracia y del Parlamento. En esta corporación el tema parlamentario ha sido ocupación de sus individuos de número como lo revela la obra del académico José Guillermo Andueza

sobre el congreso o el trabajo de incorporación de Carlos Leáñez Sievert acerca del control parlamentario. Fuera de la Academia séame permitido recordar, también, al malogrado Orlando Tovar Tamayo y su obra pionera casi del mismo título de la que hoy festejamos. Existe, pues, una tradición de estudio en el país sobre el asunto parlamentario que con la obra de Aveledo se profundiza y prolonga. No podemos menos que sentirnos satisfechos de esta feliz circunstancia y desear que, con el transcurso de las sucesivas ediciones que la constancia intelectual del autor nos asegura, llegue a convertirse en un monumental tratado y en un imprescindible clásico.

3. Palabras del Dr. Jesús María Casal, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello

Honorables miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Distinguidos invitados.

Muy estimado prof. Ramón Guillermo Aveledo.

Es un inmenso honor pronunciar unas palabras con motivo de la presentación del libro del curso *Derecho parlamentario*, cuyo autor es el Dr. y profesor Ramón Guillermo Aveledo.

La obra del profesor Aveledo representa un aporte fundamental a la bibliografía del derecho constitucional venezolano y a la ciencia jurídica. El Parlamento ha sido objeto de importantes estudios en nuestro país, siendo de obligada mención los trabajos de Orlando Tovar Tamayo y de José Guillermo Andueza Acuña titulados *Derecho parlamentario* y *El Congreso: estudio jurídico*, respectivamente. El libro que hoy nos congrega viene a enriquecer las contribuciones de estos y otros autores, tal como el individuo de número Carlos Leáñez Sievert. Para la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello es motivo de orgullo que las clases allí impartidas por el profesor Aveledo hayan servido de estímulo para la gestación de este curso de derecho parlamentario como, también, lo han sido las asignaturas dictadas sobre esta materia u

otras afines en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Metropolitana.

Quisiera destacar dos aspectos generales de este libro antes de aludir a algunos de sus contenidos específicos: el primero es que su lectura pone de manifiesto una formación y una experiencia que llevan al autor a considerar con la profundidad debida las distintas facetas de una institución tan compleja como el Parlamento. Se nos entrega un *Curso de derecho parlamentario* que se sostiene sobre un amplio conocimiento de la historia y de la teoría del Estado, así como de la ciencia política y, en particular, del pensamiento y las teorías relativas a la democracia. Un conocimiento que, sin perder abstracción, está notoriamente acicateado por las circunstancias concretas que afectan la institucionalidad de las democracias contemporáneas y muy especialmente de las latinoamericanas.

El segundo aspecto que debemos subrayar, derivado del anterior, es que el estudio del profesor Avelado tiene como hilo conductor la vinculación entre la democracia y el Parlamento y sabe hacer visibles los fundamentos democráticos de los principios o reglas que gobiernan la estructura, organización, funcionamiento y cometidos del Parlamento.

Ello le permite además poner de relieve, dentro del universo democrático en que el Parlamento se inscribe, determinados sistemas o subsistemas que se proyectan de manera decisiva sobre la vida parlamentaria, tales como los partidos políticos y su disciplinas, los sistemas electorales y el sistema de Gobierno principalmente. Con enjundia y criterio certero el autor deja traslucir las conexiones o influencias que surgen en el ecosistema democrático entre las formas o sistemas de Gobierno y la disciplina de los partidos políticos, así como entre el sistema electoral, el sistema de partidos y la conformación de las mayorías políticas. Todo ello desde el prisma de la repercusión de estas interacciones sobre la actividad del Parlamento.

En cuanto a los principios rectores de la institucionalidad parlamentaria debe hacerse mención a la importancia que la obra atribuye al pluralismo político y a la deliberación. Al igual que la conexión que establece entre esta última y la representación. El autor defiende el concepto de representación en las democracias contemporáneas al tiempo que lo con-

sidera abierto a exigencias asociadas a una participación más directa de la ciudadanía.

Si entramos en los distintos capítulos de la obra hallaremos un examen riguroso sobre el derecho parlamentario como disciplina que tiene rasgos de autonomía y entronca con el derecho constitucional. El valor académico del estudio emerge justamente desde el mismo tratamiento de los temas conceptuales de esta área del saber. La noción, naturaleza, objeto y método del derecho parlamentario son abordados con precisión y claridad al igual que su inserción en la clasificación general de las ramas del derecho. El autor destaca con acierto que el derecho parlamentario se distingue por ser en buena medida fruto de la autonomía de regulación del órgano parlamentario, lo cual se corresponde con la naturaleza del Parlamento, pues de su seno deben surgir las normas que rigen su funcionamiento mediante la deliberación entre sus integrantes. También aquí se hace palpable la esencia del Parlamento como instancia plural y representativa que debe partir del reconocimiento de la igualdad cualitativa entre sus miembros y del derecho de todos a participar en la construcción ratificación así sea tácita o reforma de las reglas a las que han de someterse las discusiones que se desarrollen en la plenaria o en las comisiones. Del mismo pluralismo deben nacer, por tanto, las normas que han de encauzarlo dialécticamente. Lo distintivo de esta autonomía normativa es que no se circunscribe al ámbito meramente interno del funcionamiento del órgano, sino que tiene trascendencia exterior en virtud de la relevancia del reglamento parlamentario para la producción de la ley como fuente jurídica primaria. El propio concepto de ley formal no podría enunciarse sin la alusión a las disposiciones reglamentarias que disciplinan la formación de las leyes.

Alude, también, el autor al consenso como fuente predilecta de la normativa que el Parlamento se da para regir su vida interna. Los parlamentos suelen ser espacios para el disenso y para el conflicto racionalizado, pero al momento de elaborar sus normas de convivencia interna debe ciertamente prevalecer un espíritu distinto, lo cual se ve en parte reflejado en la mayoría exigida en algunos parlamentos para la modificación de su reglamento interno. Aunque el asunto no reside tanto en las mayorías calificadas requeridas como en los principios que han de orientar el funcionamiento de un cuerpo colegiado en el que, si bien al final la mayoría puede imponerse,

se procura fijar reglas para el debate y el trabajo parlamentario con las que el mayor número posible de representantes del pueblo estén de acuerdo.

Estas consideraciones acerca de la producción jurídica pueden enlazarse con el agudo análisis del autor sobre las funciones parlamentarias, el cual tiene la especial virtud de subrayar que estas no pueden estudiarse adecuadamente sin haber examinado antes los elementos constitutivos de la autonomía de los parlamentarios y del Parlamento: condición necesaria para el correcto ejercicio de tales funciones. Por otra parte es digno de mención el tratamiento minucioso de la estructura parlamentaria, rico en comparaciones entre diversos ordenamientos como también lo es la indagación sobre las sesiones y comisiones parlamentarias, los grupos de opinión o fracciones políticas y la presidencia del cuerpo.

El estudio sistemático y comparado de la institucionalidad parlamentaria desemboca luego en el del Parlamento venezolano. Por limitaciones de tiempo no entraremos en comentarios particulares sobre esta parte del libro que confirma la brillantez y la orientación general del trabajo. El profesor Aveledo deja allí planteados varios desafíos intelectuales como el relativo a la regulación del referendo revocatorio de los diputados elegidos bajo el principio de la representación proporcional de las distintas fuerzas favorecidas por el voto popular, también de las minoritarias.

Sí interesa aludir, especialmente —para ser honestos con el contenido del trabajo y con su autor nunca reacio al abordaje de los problemas concretos de las instituciones que analiza—, a las reflexiones críticas allí vertidas en relación con la perversión del Parlamento que se ha llevado a cabo en los últimos años como consecuencia de desafueros del Tribunal Supremo de Justicia, del Poder Ejecutivo nacional y de la propia Asamblea Nacional o de sus órganos directivos. El lector hallará en esta sección del libro una valiosa exposición desde la mirada del jurista, del demócrata y de los desmanes cometidos.

El texto del prof. Aveledo confirma, desde la perspectiva venezolana, la evidencia histórica de que el Parlamento es la primera institución que sufre los embates de los movimientos antidemocráticos de diversos signos, también los sufre de manera más ostensible. Las críticas que conducen al despeñadero de las democracias junto a las prácticas o concepciones que

convierten a los parlamentos –en palabras del autor– en escenarios a lo sumo de una simple teatralidad o en apéndices de procesos autoritarios de dominación son síntomas de una seria enfermedad del sistema político democrático cuando no de su aniquilación. La reconstrucción constitucional del parlamento, a la que se ha referido Juan Miguel Matheus, es imprescindible. El Curso de derecho parlamentario que estamos presentando es una invitación a vitalizar la Asamblea Nacional desde sus raíces conceptuales democráticas. Diríase que se coloca en nuestras manos el reto de rescatar la democracia a través del Parlamento, es decir, de la reivindicación de los principios estructurales que lo definen con el pluralismo político y la deliberación como postulados inderogables. Pareciera que al llegarse a ciertos estadios de degradación institucional las soluciones duraderas pasan por la recuperación de los compromisos más elementales de una democracia auténtica antes que por el simple relevo de los liderazgos o el reemplazo de caudillos o modelos hegemónicos. Es prioritario entonces asegurar las condiciones para que la lucha y el pendulamiento o alternancia política ocurran en un marco democrático, donde el Parlamento ha de ocupar un lugar central.

Ahora es preciso hacer referencia a una virtud singular de esta obra merecedora del mayor encomio en nuestra Venezuela presente como es la coherencia entre las ideas que ella enuncia y la vida de su autor. Al Dr. Aveledo el estudio y la reflexión sobre el Parlamento lo han acompañado por años y así lo expresa en la introducción del libro, pero tan relevante como esto es que el mismo autor se ha dedicado por muchos años al trabajo parlamentario y en ejercicio de sus funciones como diputado, jefe de fracción o presidente de la cámara, es decir, debió rendir tributo con los hechos a los principios sobre los cuales ha escrito en este y en otros textos. Buena prueba de ello es su libro *El trabajo parlamentario*, elaborado cuando ocupaba la presidencia de la cámara de diputados, en el cual reflexionaba sobre el Parlamento a partir de las vivencias propias de una gestión en desarrollo.

De ese trabajo conviene rescatar el pensamiento y la confesión del autor sobre el ejercicio de la presidencia de la cámara. Aveledo venía de ostentar la jefatura de la fracción parlamentaria del partido COPEI y estaba consciente de que al pasar a la presidencia de la cámara debía asumir

una posición muy distinta a aquella. Como él lo afirma en sus libros, el presidente debe facilitar el debate y la consideración de las opiniones de las distintas organizaciones políticas, asegurando un clima de respeto mutuo. Reconoce, sin embargo, que en su primera sesión como presidente de la cámara de diputados, en 1996, la discusión en la plenaria se complicó varias veces, lo cual atribuye a sus frecuentes incursiones en la polémica que tenía lugar en esa sesión. Al respecto escribe: “Al concluir la sesión salí molesto. Estaba muy, muy inconforme con mi desempeño y, por un momento, llegué a dudar de mi capacidad de adaptación desde el papel de jefe de fracción al de presidir la cámara”. Concluye relatando que, tras esta reflexión, no incurrió más en el error de volver a su papel anterior y supo mantener la moderación inherente a la función de presidente del cuerpo para la cual sería luego reelecto. A su juicio el primer deber de un presidente de la cámara, junto a la dirección equilibrada de los debates, es “preservar la independencia del parlamento.”

La lectura de estas páginas y la biografía del autor colocan ante nosotros la enorme brecha que separa momentos luminosos de la venezolanidad en los que el poder compromete, es exigente y colmado de realizaciones por el cumplimiento del deber y de la desolación que en esta materia actualmente prevalece en el ejercicio de la autoridad en la Asamblea Nacional y en otros órganos del Estado. La coherencia a la que antes aludimos hace en todo caso aún más aconsejable el estudio de la obra que presentamos y es un sólido sustento para la senda de la constitucionalización, así como de la democratización que juntos debemos abrir y transitar.

El profesor Aveledo alberga esperanzas sobre el futuro institucional acompañadas, nuevamente, de las ejecutorias. Afirma que –si bien la adhesión a la constitucionalidad es débil en latinoamérica y hay señales de una frustrada pretensión democrática– “las décadas que van desde los años ochenta del pasado siglo parecen desmentir esta triste tendencia, y la desmentirán, si los ciudadanos de América Latina logran superar los nuevos populismos y los peligros de la epidemia del reeleccionismo”. Estos y otros contenidos de su obra ayudarán a diseñar la hoja de ruta de la recuperación y la renovación institucional.

4. Palabras del Dr. Ramón Guillermo Aveledo, autor de la obra *Curso de derecho parlamentario*

Una disciplina jurídica en crisis

Agradezco a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, a su directiva e individuos de número su hospitalidad para la presentación de este manual de postgrado y a todos los presentes su compañía.

La aspiración de este volumen es modesta: servir de guía para introducir en el estudio de esta rama del derecho constitucional.

El respeto que inspira esta corporación –legalmente centenaria el año venidero– sin contar el antecedente de la Academia de Jurisprudencia, las palabras del presidente Cova Arria, del académico Njaim y del profesor Casal, así como la generosa presencia de quienes están con nosotros y brindan auspicioso padrinazgo a este manual.

Gracias, también, a la Universidad Católica Andrés Bello y al Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro por la edición.

Permítanme hacer mención de homenaje a los académicos Andueza y Leáñez Sievert. También al estudio pionero de Orlando Tovar Tamayo, mi fallecido paisano.

¿Es este un libro acerca de una disciplina en crisis? ¿está el derecho parlamentario en crisis en Venezuela? Las preguntas son pertinentes y, muy probablemente, haya que plantearse las incluso en una perspectiva más general. ¿Sería válida si se formulara con relación al derecho laboral, al mercantil, al administrativo y, desde luego, al constitucional?

Les confieso que me conmueve la cantidad de jóvenes que se interesan por el derecho constitucional en nuestro tiempo y que encuentro esperanzadores actos tan sencillos como abrir un aula de clases para empezar a escribir una cuartilla e introducir un libelo o leer un libro. En países como el nuestro estudiar Derecho o ejercer nuestros derechos son actos de rebeldía.

La primera crisis del derecho parlamentario en Venezuela pudo haber ocurrido en 1811. En los debates del congreso el diputado por La Grita, Manuel Vicente de Maya, plantea nada menos que el cuerpo no tiene fa-

cultades para declarar la independencia, así mismo que él, como diputado, tenía que expresar el parecer de sus comitentes y de los electores por él representados que eran opuestos a tal paso. Relata Gil Fortoul que, cuando lo hizo en la sesión del 3 de julio, desde la barra lo increpan “los miembros más exaltados de la Sociedad Patriótica” y “Varios diputados –Miranda, Roscio, Quintana y Méndez– protestan acaloradamente; los unos contra Maya, los otros a favor de la libertad parlamentaria; convirtiéndose la discusión en desencadenado tumulto y vocerío”. El presidente, Juan Antonio Rodríguez Domínguez, restableció el orden y Maya salvó su voto de lo cual quedó constancia.

Rodríguez Domínguez, diputado por Nutrias, era suplente incorporado porque su principal, Manuel María Pumar, no asistió a las sesiones y había sido electo para presidir el congreso del 28 de junio, pues las directivas rotaban mensualmente. Nada de eso menoscabó su autoridad para resolver el conflicto planteado y evitar que se convirtiera en crisis. Lo cual debe ser visto como síntoma de apego a las normas por parte de los venezolanos reunidos en aquella que sería la primera legislatura en nuestro devenir republicano.

No hubo crisis porque todo se condujo de acuerdo al orden parlamentario al garantizarse el respeto a la opinión del diputado, la cual era la única discrepante. En su registro de los hechos Baralt deja constancia de la mayoría republicana del congreso y desmiente que los diputados hubieran actuado bajo presión al declarar la independencia. Como prueba de ello invoca un dato irrefutable: la trayectoria posterior de los miembros del congreso.

De la relación del historiador marabino vale la pena recordar un aspecto: “Los partidos en todas partes son los mismos: impacientes por llegar a su objeto, violentos si se les resiste, crueles si se les inspira miedo, más y más exigentes si se les complace. Por doquiera el hombre es el hombre, y en sus revoluciones, guerras y levantamientos se ha manifestado con los mismos errores y las mismas flaquezas.”

Rafael Caldera, quien en vida integrara esta corporación, arroja una luz de comprensión sobre el voto salvado del diputado Maya y sus circunstancias: “el respeto ejemplar de Congreso y pueblo por su voz fueron una magnífica lección que no ha sido suficientemente aprovechada para hacer entender a las generaciones jóvenes lo que en el momento culminante de nuestra integración nacional significó y lo que debe significar, como modo de vida, el respeto del derecho a disentir.” Esto

trae a cuento la visión de Juan Vicente González cuya discrepancia y constancia formal engrandecen “con su noble libertad aquel majestuoso espectáculo”. Maya estaba equivocado. No era sostenible la sujeción a la metrópoli española ni posible prolongar la indefinición, pero su gesto valiente salvó al congreso del unanimismo, ya que “el Congreso ordenó se escribiese su protesta al pié del acta de la Independencia, tributando así un homenaje a los derechos de la conciencia, tomando una venganza digna de la libertad.”

El alegato de Maya se basa en el mandato imperativo de acuerdo al cual el parlamentario es un mandatario cuyo ámbito de actuación se restringe a lo que los electores le enviaron a hacer. Hoy la coincidencia más amplia es al contrario favorable a lo opuesto. Es decir a la libertad del parlamentario y a despecho de lo dispuesto en la reforma a la ley de partidos políticos conocida, comunicacionalmente, como ley *anti-talanquera*, sancionada en los últimos días de la anterior legislatura en diciembre de 2010.

El año de 1848 comienza con una crisis entre el Congreso de mayoría paecista y el Gobierno presidido por José Tadeo Monagas. En diciembre de 1847 la diputación provincial de Caracas plantea una acusación constitucional contra el presidente ante el Congreso. El 23 de enero se instalaron las cámaras y se adelantaron los preparativos para el juicio por responsabilidad presidencial. El 24 por la mañana se llevó a cabo la sesión de la cámara de representantes para conocer un mensaje del ministro del interior que disputaba el derecho constitucional a disponer su servicio de policía. En la tarde, mientras una multitud de partidarios del Gobierno rodea la sede parlamentaria, el mismo ministro Sanabria se apersona a presentar el mensaje anual del presidente Monagas. Se corre la voz de que el funcionario está preso o amenazado de muerte y la turba irrumpe en el edificio del Congreso. Cuatro representantes y dos ciudadanos acaban muertos. Al día siguiente se reúnen unas cámaras dóciles domesticadas brutalmente. El miedo doblegó a la mayoría de representantes y senadores. Pero la violencia dominó el resto del siglo y la civilidad no se repuso hasta pasado el primer tercio del siglo siguiente.

El 30 de noviembre de 1952 se realizaron elecciones para la Asamblea Nacional Constituyente: una de las catorce que llevamos y nueve que así han sido denominadas. Público y notorio el arrollador triunfo opositor en

la tarjeta de URD, pero un fraude desconoció la voluntad del pueblo expresada en las urnas. En diciembre la dirección nacional del partido vencedor es expulsada del país. Entre sus miembros hay varios constituyentistas electos. Por tanto, el 9 de enero de 1953 debía instalarse la Asamblea Nacional Constituyente con un quórum de dos tercios, el cual no podía lograrse sin la presencia de representantes de la oposición. Detalle que no habían tenido en cuenta.

En un comunicado la dirigencia de COPEI planteó “exigencias mínimas e inaplazables” para incorporarse a la Asamblea proclamada. La primera de ellas era “garantía efectiva de la inmunidad parlamentaria para todos los Representantes a la Asamblea Nacional Constituyente. En consecuencia: cesación inmediata de las medidas dictadas contra representantes ya proclamados”, mientras que la segunda era la “absoluta libertad de prensa para informar todo lo referente a los Debates de la Asamblea Nacional Constituyente.” Para concluir se manifestó: “Ojalá se impongan la reflexión y el patriotismo, y no se eche en el olvido la lección que dieron los resultados reales del 30 de noviembre, balance de los errores cometidos por el Ejecutivo colegiado en ejercicio del Poder”. Pero no se impuso la reflexión.

La respuesta oficial llega el día ocho a la víspera de la instalación de la asamblea. El Gobierno alega que no puede “entrar a considerar los planteamientos de Uds.” por cuanto sus términos “lo[s] colocan al margen de la serenidad requerida (...) así como del comedimiento que demandan las relaciones (...) entre un partido político y el Gobierno”. La dirección nacional socialcristiana decidió que sus representantes no colaborarían con su presencia en la instalación fraudulenta. Se instaló la constituyente espúrea que dictó una Constitución y designó todos los poderes públicos. La crisis no se resolvió, se prolongó, aunque a veces la situación pareció controlada por el régimen. Este se salió a la fuerza con la suya y extendió su ocupación del poder por cinco años más.

En enero de 1958 cae la dictadura y, en el acta constitutiva de la junta de Gobierno del 23 de enero, se declara la vigencia plena del ordenamiento jurídico nacional “en cuanto no colida” con los fines del nuevo Gobierno, el primero de los cuales es enrumbar al país “hacia un Estado Democrático de Derecho.”

Ni en su origen ni en su ejecución la constitución de 1953 había adquirido legitimidad pero, al validarla, el Gobierno provisional señalaba al congreso que se eligió el 7 de diciembre el camino de la reforma constitucional, lo cual “fue, con todo, un acierto” al ahorrarle a Venezuela un “proceso constituyente originario” en aquellas circunstancias convulsionadas, así opinaría más tarde Ambrosio Oropeza. Conste que el jurista y senador constituyente prefería –por razones de legitimidad– que se regresara a la vigencia de la Carta de 1947, posición que compartía el titular del senado y de la comisión redactora del proyecto constitucional Raúl Leoni, quien así lo dejaría claro el día de la promulgación de la Constitución el 23 de enero de 1961. Para ello había buenos argumentos, pero prevaleció un criterio de prudencia política que a juzgar por la estabilidad de la carta de 1961 se demostró válido.

En los tempranos años sesenta la naciente democracia debe superar situaciones muy exigentes. A las conspiraciones típicamente militaristas vendrá a sumarse la insurrección armada urbana y rural de la izquierda, eventos donde confluyen los alzamientos de Carúpano y Puerto Cabello. Por considerarlos participantes en los sucesos de Carúpano en mayo de 1962, el Gobierno pidió a la corte suprema el procesamiento de los diputados Simón Sáez Mérida y Eloy Torres. Al conocer la solicitud de allanamiento de la inmunidad parlamentaria presentada en junio, la cámara de diputados aprobó el de Torres el 18 octubre pero negó el de Sáez Mérida el 23, declarando a proposición de Casal que en el juicio militar se habían transgredido normas procedimentales.

En septiembre de 1963, ya en receso constitucional de las cámaras (concluía su período) y a raíz del asalto al tren de El Encanto del cual se deslindarían y condenarían se ordena el enjuiciamiento de los parlamentarios y dirigentes de los partidos ilegalizados por su participación en la insurrección. Esta vez se procedió de otro modo. El Gobierno sostuvo que el allanamiento era innecesario. La diferencia se presentó crudamente. Desde el Cuartel San Carlos escribieron al congreso los diputados Machado, Casal, Villavicencio, García Ponce y el senador Faría: “No es por eludir responsabilidades que invocamos la inmunidad parlamentaria. Lo hacemos porque estamos obligados a la defensa del CONGRESO NACIONAL y porque, como quedó dicho, no es nuestra la facultad de re-

nunciar a estas prerrogativas”. Cuando en marzo de 1964 se plantea en el hemiciclo el problema, el diputado Calvani argumentará: “Sería una contradicción en los propios términos del sistema –*contradictio in terminis*– si este garantizara la inmunidad parlamentaria para que a través de esa misma inmunidad se conspirara para destruir el régimen que le dió vida. Es una contradicción lógica, total y absoluta. Si la inmunidad parlamentaria es sagrada, lo es porque la democracia es antecedente de ella y porque debe a la democracia ese carácter de sagrada.”

El asunto se resolvió, entonces, no sin heridas. Pero el clima fue cambiando hacia una mayor tolerancia y la pacificación fue reconciliando a los venezolanos para convivir en medio de sus diferencias y luchar cada uno por sus posiciones.

En 1978 Salom Mesa Espinoza –cuya inmunidad parlamentaria había sido allanada– y el dirigente político David Nieves, ambos detenidos y procesados por el *Caso Niehous*, fueron candidatos al congreso. Tan pronto fueron proclamados diputados electos los excarcelaron en seguida por decisión de la corte marcial, pues desde ese momento gozaban de inmunidad parlamentaria. Podemos exponer, por lo tanto, que la actual crisis no ha sido la primera de derecho parlamentario en el país y tampoco ha sido la más amplia y profunda.

En este sentido el Reglamento Interior y de Debates debería ser la fuente de seguridad jurídica y garantía de los derechos de los miembros de la asamblea, pero ha estado signado por la inestabilidad. Varias veces fue modificado y los que han tenido más sentido restrictivo fueron los del 2000 y 2005. En la reforma crepuscular de 2010 –realizada por la cámara saliente cuando una de correlación distinta ya había sido elegida– todo apuntó hacia la limitación de la deliberación. Sirva de ejemplo que se suprimió el título entero dedicado a los grupos parlamentarios. Por tanto ha sido noticia periodística, nacional e internacional, la situación del fuero parlamentario. Tanto en lo relativo a la inmunidad como la inviolabilidad, la libertad y la seguridad de los diputados. Los casos tristemente no escasean, ya que uno de los datos más protuberantes de la crisis lo constituye la noción de presidencia parlamentaria al uso.

Este reglamento de magistratura debería ser un lugar de serenidad y equilibrio que cuide del orden y garantice el respeto en los debates con la finalidad de que la mayoría y minoría interactúen y produzcan legislación. Esto bajo el control político del Gobierno, cuyo propósito debería ser hacer escuchar la voz plural de la República entera que se presente desafiante, así como si fuese un rincón oscuro propicio al reto pendenciero, a la procacidad y a la negación misma de la esencia del órgano representativo.

La tensión entre la Constitución democrática y la autoimagen revolucionaria de quienes, en el marco de sus disposiciones, han accedido al poder de forma peligrosa es condimentada por el *dramatis personae* y salpicado de tartufos y tarugos. De esta manera Venezuela ha tenido presidentes parlamentarios en revoluciones como Andrés Eloy Blanco, también venezolanos de izquierda dirigiendo las cámaras como Luis Beltrán Prieto Figueroa. Evidentemente el presente discurso no se trata de eso.

En un debate encendido en la Asamblea Constituyente de 1947 fue el propio presidente Andrés Eloy Blanco quien alegó en defensa de su papel lo siguiente: “Yo no tengo aquí más armas que esa campanilla que está allí y ésta que tengo en mi garganta. Y esas dos armas han sido impotentes muchas veces y han sido tolerantes siempre, y no me arrepiento de haberlo sido.”

Finalmente que la pedagogía humana y ciudadana implícita en esas palabras nos sirvan para recordar que el poder es deber hacia los valores que lo legitiman y que la tolerancia no es adorno como el aplique dorado en las maderas o el filtro multicolor de la luz en los vitrales, sino una condición democrática existencial del Parlamento. Todo esto si queremos que este sea la casa del pueblo, como debe ser.

18 de marzo de 2014

Referencias bibliograficas

Gil Fortoul, José: *Historia Constitucional de Venezuela*. Las Novedades. Caracas, 1952.

Baralt, Rafael María: *Historia de Venezuela*. Universidad del Zulia. Maracaibo, 1960.

Caldera, Rafael: *Moldes para la Fragua*. Dimensiones. Caracas, 1980;

Avelo R.G.: *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*. UCV-UCAB. Caracas 2007;

Calvani, Aristides: *Sobre la Inmunidad Parlamentaria*. Fracción Parlamentaria de Copei. N^o 19. Caracas, 1964;

Velásquez, Ramón J.: *Venezuela Moderna 1926-1976*. Fundación Eugenio Mendoza. Caracas, 1976)

Blanco, Andrés Eloy: *Obras completas. Tomo III Discursos*. Congreso de la República. Caracas, 1973

**III. COMENTARIOS
JURISPRUDENCIALES Y ACTUACIONES
RELEVANTES EN EL ÁMBITO FORENSE
CONSTITUCIONAL**

Demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra la constitución del estado Cojedes publicada en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 1069 del 20 de enero de 2014

Presentación

El presente forma parte de un estudio realizado por la abogada Carmen María Márquez para la presentación de la acción de nulidad por inconstitucionalidad contra la constitución del estado Cojedes¹ interpuesta ante la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Caracas el 10 de junio del año 2015. El escrito fue estructurado en dos capítulos constantes de vicios formales y materiales de inconstitucionalidad, respectivamente. La estrategia jurídica en este caso fue encaminada a confrontar al juzgador no solo con los contenidos de la norma constitucional respecto de la norma impugnada –como mecanismo base de los juicios de constitucionalidad–, sino con la doctrina desarrollada en su seno a través de la jurisprudencia.

De forma introductoria, el primer capítulo inicia con tres apartes contentivos de los vicios de forma: i) la violación al proceso de reforma constitucional y la omisión de realización de referendo; ii) La inconstitucionalidad de la actuación del Poder Ejecutivo estatal en el proceso de reforma y iii) la violación del procedimiento de formación de las leyes y la omisión de consulta pública.

En efecto, la Constitución del estado bolivariano de Cojedes de 2014, fruto de la reforma general del texto estatal de 1990, debía adoptarse siguiendo también los pasos requeridos por esta última –que sería derogada–. En particular, esa Constitución incluyó en su procedimiento de reforma la realización de un referendo lo que, lejos de contradecir los requisitos de la Constitución de la República y las leyes orgánicas en la materia, abre

1 Gaceta Oficial del Estado Cojedes, N° 1069 Extraordinario de 20 de enero de 2014

el proceso de formación de las leyes –en este caso de la reforma de la constitución estatal– a cauces democráticos que promueven la participación y dan legitimidad a las decisiones políticas.

Así mismo, el procedimiento que se denunció como vulnerado establecía que el proyecto se discutiría siguiendo el mismo previsto para la elaboración de las leyes estatales, que dispone que una vez aprobado y sometido a referendo el gobernador no podría objetar las enmiendas o reformas estando obligado a promulgarlas (art. 129). Es el caso que la gobernadora del estado objetó el texto de reforma y, además, fueron reiniciadas las fases de discusión en sede del Parlamento estatal que, en todo caso, contraría no solo la Constitución del estado de 1990, sino además con la Constitución de la República en su artículo 214.

Como último aparte del primer capítulo, referido a los vicios de forma, se encuentra la omisión de consulta ciudadana. Es amplia la jurisprudencia que afirma el contenido previsto en el artículo 211 de la Carta Magna al viciar de nulidad absoluta las normas que en su proceso de formación omitan la consulta ciudadana. Esta constituye así una fase de inexorable cumplimiento que fue vulnerada en el proceso de elaboración de la constitución de Cojedes.

En cuanto al capítulo segundo referido a los vicios materiales o de fondo, estos se enunian en seis aristas fundamentales: i) violación a la participación política como derecho y como principio reconocido en la Constitución de la República; ii) violación a la organización político-territorial y a la forma de Estado federal, así como al sistema de competencias a través del vicio de extralimitación de funciones; iii) violación a la distribución de poderes constitucionalmente establecida y al principio de reserva legal; iv) violación al régimen nacional de contrataciones públicas y al principio de legalidad de la administración pública; v) violación de las competencias del poder público nacional en relación con el régimen socio-económico establecido en la Constitución y vi) violación de los principios fundamentales del pluralismo político, democracia y preeminencia de los derechos humanos.

Sobre el primero de los vicios de fondo enunciados, este se encuentra enlazado con los vicios formales relativos a la omisión del referendo y la

consulta ciudadana en el proceso de reforma de la constitución estatal antes referidos sobre los cuales no caben hacer mayores precisiones introductorias.

Ahora bien, en o que respecta a la organización político territorial la constitución bolivariana del estado Cojedes impugnada establece a las *comunidades* como células geohumanas del territorio; esta provisión se impugna no solo a la luz del artículo 169 de la Constitución de la República, sino además a la inexistencia de *células geohumanas* en la organización político territorial del Estado venezolano, la cual al estar regulada en el artículo 16 y conexos del primer título tienen una rigidez constitucional agravada para su modificación previsto en la Constitución, quedando vedada la creación de entidades políticas por los estados.

La norma denunciada de inconstitucional crea, además, un poder ciudadano estatal. En este aspecto, tanto de las previsiones constitucionales que regulan las competencias del poder público nacional (artículo 156.31) como de la jurisprudencia no quedan dudas acerca de la competencia exclusiva que tiene el poder central en la organización del Poder Ciudadano, cuyo carácter exclusivo no solo lleva al reconocimiento expreso a tal nivel de gobierno de esa atribución constitucional, sino a la imposibilidad de que sea ejercida por otro nivel político territorial –carácter excluyente–. En este caso concreto el poder público estatal.

Otro de los vicios materiales o de fondo detectados se refiere a la violación del principio de legalidad y de competencia al habilitar al ejecutivo estatal para la adjudicación directa de contratos. A este respecto las modalidades de selección de contratistas se encuentran reguladas a nivel nacional en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas que prevé la adjudicación directa como una modalidad de carácter excepcional cuya asignación requiere de un acto motivado de la máxima autoridad contratante.

Otro de los artículos impugnados se refiere a la provisión de una moneda comunal, ignorando la regulación prevista en la Constitución de la República que dispone como única unidad monetaria el Bolívar con la única excepción de instituir una moneda común en el marco de integración regional la cual, está claro, solo podría ser constitucional a través de la sus-

cripción de tratados internacionales por los mecanismos constitucionales previstos a través del poder público nacional. La normativa constitucional en materia de régimen socioeconómico es expresa al establecer un régimen de competencias en lo que respecta al sistema monetario nacional que, de forma exclusiva y obligatoria, está a cargo del Banco Central de Venezuela, entidad que forma parte del poder público nacional.

Por último se denuncia la vulneración del pluralismo político, la democracia y los derechos humanos conexos previstos en la Constitución nacional por cuanto la norma estatal incluye como fin esencial del gobierno del estado Cojedes la construcción de una *sociedad socialista* (art. 6) y promueven un modelo de economía *socialista* (art. 104). Las normas deben estar abiertas a distintas concepciones filosófico-políticas y a diversos modelos político-económicos, los cuales no pueden ser sacralizados o constitucionalizados sino que son opciones válidas dentro del juego democrático y la alternancia.

El pluralismo político está reconocido como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 2 de la Constitución y forma parte de los principios intangibles del Gobierno en sus distintos niveles, según el artículo 6. Además, este principio está vinculado a la prohibición constitucional de discriminación por motivos de *“raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona”* –artículo 21.1 CRBV–.

De esta manera, las aristas estructuran los argumentos planteados en la impugnación de la constitución del estado de cojedes. Para el momento de redactar estas líneas el proceso judicial se encontraba aún en espera de decisión por parte de la sala. La presentación de este recurso por parte de los diputados y concejales del estado Cojedes forma parte del trabajo de rescate de los valores democráticos y de la lucha por reivindicar las instituciones políticas en Venezuela.

Jesús María Casal H.
Carmen María Márquez L.

CAPÍTULO I

1. De los vicios formales de inconstitucionalidad en el proceso de elaboración, discusión y sanción de la Constitución del estado Cojedes

1.1. Sobre la violación del proceso constitucional de formación de las leyes y la omisión de realización de referendo

La norma impugnada en el presente recurso es la Constitución del estado Cojedes del 20 de Enero de 2014, la cual ostenta según la jurisprudencia reiterada de esta sala el rango de una ley estatal. Al dictar ese decreto se procedió a reformar la Constitución del estado Cojedes del 29 de octubre de 1990 vigente en ese momento conforme a lo declarado por esta sala constitucional mediante sentencia No. 1551 del 27 de noviembre de 2012. Esta Constitución regulaba el proceso de enmienda y reforma en su título VII, artículos 125-129 de la siguiente manera:

Artículo 125. La presente Constitución podrá ser objeto de Enmienda o de Reforma general. Se entiende por enmienda la modificación de parte de su articulado que, con el fin de adaptarla a las nuevas realidades, no altere lo esencial y fundamental de la estructura del Estado. De la misma manera, se entiende por Reforma General, la modificación del texto en aquellos aspectos que constituyen principios de la organización Jurídico Político de la Entidad Federal.

Artículo 126. Las enmiendas a esta Constitución se tramitarán en la forma siguiente: 1. La iniciativa podrá partir de las dos terceras (2/3) partes de los diputados de la Asamblea Legislativa;

2. La enmienda se iniciará en sesiones ordinarias, pero su tramitación podrá continuar en las sesiones extraordinarias siguientes;

3. El proyecto se discutirá según el procedimiento establecido para la aprobación de las leyes;

4. Las enmiendas serán enumeradas consecutivamente y se publicaran de seguidas de la Constitución, sin alterar el texto de esta, pero anotando al pie del artículo o artículos enmendados la referencia al número y fecha de enmienda que lo modifique.

Artículo 127. La reforma general de la Constitución se tramitará de la siguiente manera:

1. La iniciativa deberá partir de las dos terceras partes (2/3) de los miembros de la Asamblea Legislativa o bien de las dos terceras (2/3) partes de los Concejos Municipales. En este último caso, para admitir el proyecto se requerirá el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los diputados presentes para la sesión convocada al efecto:
2. La Reforma General se iniciará en sesiones ordinarias, pero su tramitación podrá concluir en las sesiones extraordinarias siguientes;
3. El proyecto se discutirá según el procedimiento establecido para la elaboración de las leyes;
4. El proyecto aprobado se someterá a referéndum en la oportunidad que fije la Asamblea Legislativa, para que el pueblo se pronuncie a favor o en contra de la reforma. El escrutinio se llevará a conocimiento de la Asamblea Legislativa, la cual declarará sancionada la nueva constitución si fuere aprobada por la mayoría de los integrantes de la Entidad Federal. El Consejo Supremo Electoral ejercerá la organización y vigilancia de los procesos de referéndum, prestará apoyo técnico para su realización y hará del conocimiento de la Asamblea Legislativa sus resultados.

Artículo 128. Las iniciativas de enmienda o reforma rechazadas no podrán presentarse de nuevo en el mismo período legal.

Artículo 129. El Gobernador no podrá objetar las enmiendas o reformas y estará obligado a promulgarlas dentro de los diez (10) días siguientes a su sanción. Si no lo hiciere, se procederá conforme lo establecido en el artículo 64 de esta Constitución.

Nótese que el artículo 127 referido a la reforma general —que diera lugar a la adopción de una *nueva* constitución— exige la realización de un referendo a los fines de que el pueblo se pronuncie a favor o en contra del proyecto de reforma aprobado por el consejo. Este referendo tendría fuerza vinculante y, en tal sentido, el artículo 128 citado proscibía la posibilidad de presentar un nuevo proyecto en el mismo período legal en el que hubiese sido rechazada una iniciativa de reforma

La sala constitucional en lo referente al sistema normativo que rige la modificación de las constituciones estatales ha señalado:

A partir del entendimiento meramente legal de las Constituciones estatales puede inferirse que las mismas no se encuentran delimitadas a un procedimiento riguroso para su transformación como si se tratase de una

verdadera norma fundamental. Sus cambios se encuentran comprendidos dentro de su mismo plano de la legalidad, circunscritos, tal como se indicase, tanto a los mandamientos impartidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como al desarrollo que ésta le imponga a través de la legislación nacional (vgr. comprendida en la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados de 2001). (...) Siendo así, conlleva delimitar el segundo aspecto enunciado anteriormente a los fines de la presente decisión: cuáles son los mecanismos referentes a su modificación y el estamento jurídico a seguir para la implementación de las Constituciones estatales.

*Su connotación de norma legal estatal determina que las modificaciones a ser efectuadas sobre las Constituciones estatales queda sometida a las disposiciones previstas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes que a tal efecto se dicten (como es el caso de la Ley Orgánica del Consejo Legislativo de los Estados) y lo previsto por el propio estamento legal estatal **siempre que no contradiga las normas nacionales y que tales requerimientos no desvíen el verdadero propósito y finalidad en el proceso de formación de leyes estatales.** [resaltado de la sala, SC 1551/2012]*

Acudiendo a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como primera fuente normativa de acuerdo a lo establecido por la sala en la decisión referenciada *supra* resultan aplicables las normas relativas al proceso de formación de las leyes previstas en los artículos 207, 208 y 209 de la Constitución, que disponen:

Artículo 207. Para convertirse en ley todo proyecto recibirá dos discusiones, en días diferentes, siguiendo las reglas establecidas en esta Constitución y en los reglamentos respectivos. Aprobado el proyecto, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional declarará sancionada la ley.

Artículo 208. En la primera discusión se considerará la exposición de motivos y se evaluarán sus objetivos, alcance y viabilidad, a fin de determinar la pertinencia de la ley, y se discutirá el articulado. Aprobado en primera discusión, el proyecto será remitido a la Comisión directamente relacionada con la materia objeto de la ley. En caso de que el proyecto de ley esté relacionado con varias Comisiones Permanentes, se designará una comisión mixta para realizar el estudio y presentar el informe.

Las Comisiones que estudien proyectos de ley presentarán el informe correspondiente en un plazo no mayor de treinta días consecutivos.

Artículo 209. Recibido el informe de la Comisión correspondiente, se dará inicio a la segunda discusión del proyecto de ley, la cual se realizará artículo por artículo. Si se aprobare sin modificaciones, quedará sancionada la ley. En caso contrario, si sufre modificaciones, se devolverá a la Comisión respectiva para que ésta las incluya en un plazo no mayor de quince días continuos; leída la nueva versión del proyecto de ley en la plenaria de la Asamblea Nacional, ésta decidirá por mayoría de votos lo que fuere procedente respecto a los artículos en que hubiere discrepancia y a los que tuvieren conexión con éstos. Resuelta la discrepancia, la Presidencia declarará sancionada la ley.

Estas disposiciones, de acuerdo al bloque normativo que ordena estos procedimientos, deben leerse en concordancia con lo establecido en la ley nacional que rige la actuación de los órganos legislativos estadales, es decir, la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados. Esta dispone:

Capítulo V

De la Formación de las Leyes

Función Legislativa. Artículo 35

Los Consejos Legislativos Estadales podrán dictar leyes acuerdos y reglamentos.

Ley Estatal. Artículo 36

La Ley Estatal es el acto legislativo de efectos generales, sancionados por el Consejo Legislativo como cuerpo legislador.

Proceso de Formación de Leyes. Artículo 37

El proceso de formación, discusión y aprobación de las leyes, se regulará por lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y lo previsto en el Reglamento Interior y de Debates de cada Consejo Legislativo Estatal. En ningún caso podrán ser aprobadas leyes que no hayan sido sometidas a un mínimo de dos (2) discusiones.

Iniciativa de Leyes. Artículo 38

La iniciativa para la formación de las leyes corresponde:

- 1.- A los legisladores de los Consejos Legislativos, en números no menor de dos (2).
- 2.- A la Comisión Delegada o a las Comisiones Permanentes.
- 3.- Al Gobernador del Estado.
- 4.- A los concejos municipales.

5.- A un número no menor del uno por mil de los electores residentes en el territorio del respectivo Estado que reúnan los requisitos establecidos en la ley electoral respectiva.

Consulta a los Municipios y la Sociedad Civil. Artículo 39

Cuando se legisle en materias relativas a los municipios y la sociedad civil, los mismos serán consultados por el Consejo Legislativo del Estado a través de los mecanismos que establezca la ley.

De esta manera las normas constitucionales que rigen el proceso de modificación de las leyes establecen los requisitos aplicables a la aprobación o reforma de las constituciones estatales en conexión con la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados que rige la actuación de este cuerpo conforme dispone la propia Constitución en su artículo 162 *in fine*. Los preceptos sobre el proceso legislativo contenidos en la normativa nacional desarrollan fases indisponibles para el legislador regional a la hora de desempeñar la función legislativa, incluyendo lo concerniente a la adopción o modificación de las constituciones de los estados. En palabras de la propia sala constitucional recogidas en la decisión 597/2011:

Las denominadas constituciones estatales, son actos en ejecución directa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con rango de ley y de carácter regional, cuyo contenido jurídico fundamental se limita a regular la organización y funcionamiento de los Poderes Públicos Estadales conforme al Texto Fundamental. Siendo entonces la naturaleza jurídica de las constituciones estatales, la de un acto en ejecución directa del Texto Fundamental con rango de ley regional y, desde el punto de vista constitucional, le son aplicables los principios de esos actos normativos, tanto en lo que respecta a su contenido y alcance, como en relación con el procedimiento para su formulación [Cfr. Artículo 164.1 *eiusdem*].

De tal forma, la Constitución y la ley nacional ordenan y exigen unos *requerimientos taxativos* que *deben realizarse cabalmente*, citando frases textuales del fallo 1551/2012. En esta ocasión se declaró que los estados no pueden relajar las exigencias resultantes de la Constitución de la República y de las leyes nacionales:

la mera presentación de un proyecto cuya simple admisión dará por aprobada la primera discusión no es una vía concordante con el artículo 208 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que prevé un mecanismo completamente distinto con respecto a lo

que debe ser la primera discusión de un proyecto de ley. Siendo este el procedimiento que ha de aplicarse, se debe señalar que la primera discusión es un auténtico acto sustancial de revisión y control de las disposiciones a fines de evaluarse los objetivos, alcance y viabilidad de la posible ley, debiéndose discutir su articulado, por lo que esa fase es una parte sustancial en el procedimiento de conformación de una ley que no puede ser desfasada por lo previsto en otro instrumento normativo u acto alguno en pro de su supuesto cumplimiento, por cuanto es contrario al requerimiento taxativo exigido por el texto constitucional que prevé que la primera discusión es un auténtico acto de completo análisis valorativo que debe realizarse cabalmente.

Estos requerimientos taxativos, como lo ha dicho la sala, son la realización de la consulta ciudadana –vid. Sentencia 597/2011– y un mínimo de dos discusiones –1551/2012–. Entre otros que conforme al texto constitucional condicionan la validez de la ley en torno a los requisitos formales para su sanción.

Si bien ha quedado claro de nuestro ordenamiento jurídico y jurisprudencia que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados establecen, respecto del proceso de modificación de las constituciones estatales, unas exigencias que deben ser satisfechas por el legislador regional, no impide que los consejos legislativos, al dictar la constitución estatal correspondiente, añadan requisitos para la modificación de las leyes o constituciones estatales en uso de la atribución contemplada en el artículo 164 numeral 1 de la Constitución, siempre que ello “*no contradiga las normas constitucionales y que tales requerimientos no desvirtúen el verdadero propósito y finalidad en el proceso de formación de leyes estatales*” [Cfr. 1551/2012]. Así lo ha dicho la sala en los criterios citados.

Así entendido, la Constitución del estado bolivariano de Cojedes de 2014, fruto de la reforma general del texto estatal de 1990, debía adoptarse siguiendo también los pasos requeridos por la Constitución de Cojedes de 1990. En particular esa Constitución incluyó en su procedimiento de reforma la realización de un referendo lo que, lejos de contradecir los requisitos constitucionales y legales orgánicos exigidos, abrió el proceso de formación de las leyes. En este caso de la reforma de la Constitución

estatal a cauces democráticos que en lugar de desvirtuar profundizan “*el verdadero propósito y finalidad en el proceso de formación de leyes estatales*” [cfr. 1551/2012].

Los vicios de inconstitucionalidad formales aquí planteados no atienden *solo* a la inobservancia de los requisitos fundamentales exigidos por la Constitución de la República, sino de las exigencias adicionales válidamente fijadas por la Constitución estatal, pues antes de la sanción de la actual Constitución –impugnada en esta acción de inconstitucionalidad– ya existía otra que fue reformada y que establecía la necesidad de realizar un referendo, fase perfectamente legítima y ajustada a la Constitución de 1999 que fue omitida por los legisladores cojedeños, vedando así a los ciudadanos de ejercer su derecho a participar por la vía referendaria en el proceso de reforma y vulnerando de esta manera las normas que integran el bloque normativo aplicable: Constitución de la República, Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados y Constitución estatal.

La participación es uno de los principios fundamentales previstos en el título I de la Constitución, cuyo artículo 6 establece:

Artículo 6. El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.

La sala constitucional, de manera pacífica y reiterada, ha interpretado el contenido y alcance de este principio:

*Si se afirma que en virtud de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el ejercicio de la actividad gubernamental debe darse en el marco del principio de participación, entonces se tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean (...). **Al consagrar la Constitución la participación como principio, no solamente se establece un parámetro interpretativo del ordenamiento jurídico, sino una verdadera obligación en todos los órganos del Poder Público de materializar ese principio en el desarrollo de sus competencias, por lo que el Estado y los ciudadanos deberán actuar en un marco de responsabilidad y eficacia mínima. Esa responsabilidad y eficacia, que se deriva del ejercicio directo del Poder Público por la sociedad organizada, no se circunscribe al reconocimiento***

del control social o comunitario -al margen de los controles intraestatales- sino la imposición a cargo de la sociedad en su conjunto y cada uno de sus integrantes del principio de autoresponsabilidad, ya que el pueblo (...) al tener la posibilidad de determinar los parámetros en los cuales se desarrollará su actividad, debe asumir las consecuencias de la calidad y efectividad de su intervención o de su falta de participación. El alcance del principio de participación en el ordenamiento jurídico venezolano, se materializa tanto en el derecho de los ciudadanos a tomar parte en el ejercicio del poder público y su control, sino fundamentalmente en el principio de autoresponsabilidad, el cual postula que la sociedad debe beneficiarse e igualmente sufrir los efectos de su participación o abstención. [Sentencias de esta sala Nros. 471/06 y 1.117/06 ratificadas por muchas decisiones de esta misma sala: 1326/2009; 597/2011; 172/2012 por todas].

Del anterior extracto se deriva, por tanto, la *obligación* de todos los órganos del poder público de materializar este principio en el desarrollo de sus competencias y de interpretar las normas conforme al principio pro-participación al ser este un valor o arquetipo fundamental de todo el sistema jurídico. Esta cuestión no fue observada por los legisladores del estado Cojedes, quienes se encontraban ante una norma que expresamente prescribía la realización de un referendo aprobatorio como una fase dentro del proceso de reforma de la constitución del estado. Para abundar un poco más en lo planteado la sala ha dicho:

Al instituirse el principio de participación como un parámetro interpretativo, ello comporta a cargo del juez un imperativo de carácter bifronte, que se materializa por una parte en la obligación de interpretar el ordenamiento jurídico en orden a favorecer el ejercicio del derecho a participación y, por la otra, en asumir las manifestaciones o el resultado del ejercicio del derecho de participar como un arquetipo o valor fundamental que incide en la totalidad del sistema normativo objeto de modificación -Cfr. Sentencias de esta Sala Nros. 471/06 y 1.117/06-. Sobre el primer aspecto, se postula entonces la necesidad de una interpretación pro participación que conlleve preferir aquellas que contribuyan al ejercicio del derecho de participación a las constituyan una restricción al mismo, razón por la cual siempre deberá preferirse la interpretación que favorezca el acceso al ejercicio de cargos públicos -lo que incluye la reelección- a aquella que la niegue, en caso de no existir disposición expresa como es el caso del artículo 296 o Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Ahora bien, al sostener la Sala que el juez debe asumir las manifestaciones o el resultado del ejercicio del derecho de par-

*ticipar como un arquetipo o valor fundamental que incide en la totalidad del sistema normativo objeto de modificación, no afirma un nuevo sistema jerárquico de las fuentes normativas que responda a su origen o formación -así una ley aprobada por la Asamblea Nacional conforme al procedimiento para la formación de las leyes y una producto de la iniciativa popular aprobada mediante referendo aprobatorio, tiene el mismo rango y valor que los actos que en ejecución directa de la Constitución comparten la misma naturaleza jurídica-, pero lo que sí conlleva, es que **las normas constitucionales que se producen como consecuencia de un proceso de enmienda o reforma constitucional al ser consecuencia directa del ejercicio de la soberanía o del poder constituyente sobre la materia objeto de revisión, responden a un nuevo orden y visión de la sociedad sobre tales materias, lo cual conlleva a una necesaria contextualización de las modificaciones normativas en el sistema jurídico constitucional y legal preexistente.** [Resaltado de la sala, sentencia No.1326 de 2009]*

El consejo legislativo del estado Cojedes tenía la obligación de observar el bloque jurídico referido a las modificaciones de las constituciones estatales y, también, de interpretarlo conforme a la Constitución de la República bajo un criterio que propiciara la participación en lugar de dificultarla como ocurría cada vez que se encontraba ante una norma expresa de la Constitución estatal relativa al proceso de reforma que estos estaban llevando a cabo. En otras palabras, el consejo legislativo no podía declarar sancionada la Constitución estatal sin que el texto aprobado por el cuerpo deliberante fuera sometido a referendo ante los habitantes de la entidad federal y en el caso de un resultado favorable se procediera a declarar «*sancionada la nueva constitución*», tal como lo ordenaba el artículo 127 de la Constitución cojedeña de 1990. Dicho así una lectura de las normas citadas que restrinja la participación es contraria al criterio que con carácter vinculante ha desarrollado la sala constitucional y que tiene sustento en los artículos 6 y 62 de la Constitución, entre otros.

Una interpretación de las fases de reforma establecidas en el artículo 127 de la Constitución estatal de 1990 que vete a la ciudadanía de participar y ejercer el derecho reconocido conforme a los artículos 6, 62 y 70 sería contrario, además, al principio de progresividad de los derechos establecido en el artículo 19 de la Constitución de la República.

En este orden de ideas, el consejo legislativo se encontraba obligado no solo a aplicar el bloque normativo, sino a interpretarlo de acuerdo a los principios fundamentales que informan todo el ordenamiento jurídico con preeminencia de los derechos humanos reconocidos en la Constitución. Así lo ha dicho esta sala conforme a la sentencia No. 1114 del 25 de mayo de 2006. Esta observancia interpretativa de los órganos del poder público abarca todo el ordenamiento jurídico, incluidas las normas pre-constitucionales.

1.2 Sobre la inconstitucionalidad de la actuación del poder ejecutivo estatal en el proceso de reforma de la Constitución del estado

En estrecha vinculación con lo anterior y como segunda irregularidad procedimental, la Constitución de Cojedes de enero del 2014 presenta serias inconsistencias en su proceso de formación, especialmente en lo que atañe a la actuación de la gobernadora como ejecutivo regional. Tal y como se desprende de los Considerandos de la constitución promulgada y de las actas N° 04 del 15 de octubre de 2013 (anexo C); acta N° 12 del 5 de diciembre de 2013 (anexo D) y acta No. 01 del 10 de enero de 2014 (anexo E). La ciudadana Erika del Valle Farías, en su condición de gobernadora, realizó al instrumento legal una serie de observaciones de la siguiente forma:

Que la Ciudadana Gobernadora, acogiéndose a lo establecido en el artículo 61 de la Constitución del Estado Cojedes vigente, de fecha 29 de Octubre de 1.990, solicita y sugiere mediante comunicación signada N° DSP-0184-1-2013 de fecha 05 de Septiembre de 2013, se le realizaren a este Instrumento legal una serie de modificaciones, las cuales expresa de manera razonada en dicha comunicación (...) Que una vez realizado y aprobado el respectivo análisis por parte de la Cámara acerca de las sugerencias hechas por la Ciudadana Gobernadora; sometidas a las tres discusiones que establece el artículo 61 de la Constitución del Estado Cojedes vigente, de fecha 29 de Octubre de 1.990, según consta en las Actas N° 04 de fecha 15/10/2013, N° 12 de fecha 05/12/2013, del Segundo Período de Sesiones Ordinarias, así como también en el Acta Extraordinaria N° 1 de fecha 10/01/2014, del Primer Período de Sesiones Ordinarias del año 2.014.

El artículo 61 de la Constitución estatal de 1990, invocado para legitimar tal actuación de la gobernadora, reza:

El Gobernador promulgará la Ley dentro de los diez (10) días siguientes a aquel en que la haya recibido, pero podrá dentro de ese lapso solicitar a la Asamblea Legislativa mediante exposición escrita y razonada que la modifique o levante sanción a toda ley o parte de ella.

Si se tratare de modificaciones, éstas y los artículos que le son conexos, recibirán tres (3) discusiones. Si lo solicitado fuere el levantamiento de la sanción. La Asamblea Legislativa decidirá en una sola discusión.

La Asamblea legislativa decidirá sobre los puntos planteados por el Gobernador y podrá dar a las disposiciones objetadas y a las que tengan conexión a ellas una nueva redacción.

La decisión adoptada por la Asamblea Legislativa se hará llegar al Gobernador, quien procederá a promulgar la ley dentro de los ocho (8) días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones. Sin embargo, si la objeción se hubiese fundado en la inconstitucionalidad, el Gobernador podrá, dentro de este último término fijado para promulgar la ley, ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia para que esta decida acerca de la inconstitucionalidad alegada. La Corte decidirá en el término de diez (10) días desde el recibo de la comunicación del Gobernador. Si la Corte negare la inconstitucionalidad invocada, o no decida dentro del término anterior, el Gobernador del Estado deberá promulgar la Ley dentro de los cinco (5) días siguientes a la decisión de la Corte o al vencimiento de dicho término.

Como se ha apuntado de forma reiterada en los párrafos anteriores, el estatuto jurídico que rige la modificación y formación de leyes estatales tiene su fuente primaria en lo establecido por la Constitución de la República y la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos, aplicándose de forma complementaria las disposiciones legales estatales siempre que no contraríen la Constitución de la República.

El artículo 61 de la Constitución estatal de 1990 –invocado por la gobernadora– se encuentra referido al proceso de formación de las leyes previsto en el título V de aquella Constitución, pero no a la regulación del proceso de enmienda y reforma que es el aplicable a esa situación concreta. Conforme a esta regulación tal actuación de la gobernadora se encontraba expresamente vedada en el artículo 129:

El Gobernador no podrá objetar las enmiendas o reformas y estará obligado a promulgarlas dentro de los diez (10) días siguientes a su sanción si no lo hiciere se procederá conforme a lo establecido en el artículo 64 de esta Constitución.

El artículo 64 de la Constitución estatal al que remite la anterior disposición establece:

Cuando el Gobernador del Estado no promulgare la Ley en los términos señalados, el presidente de la Asamblea Legislativa o el de la Comisión Delegada, procederá a su promulgación, sin perjuicio de la responsabilidad en que aquel incurra por omisión. En este caso, la promulgación de la ley se hará en la Gaceta Oficial del Estado o en el órgano que la Asamblea o la Comisión Delegada estime conveniente.

Es decir, el artículo 127 de la Constitución de 1990 citado *supra* es claro cuando establece que el proyecto se discutirá según el procedimiento establecido para la elaboración de las leyes, el cual una vez aprobado se someterá a referendo y el gobernador no podrá objetar las enmiendas o reformas y estará obligado a promulgarlas (art. 129).

Lo dicho guarda cierto paralelismo con las enmiendas o reformas constitucionales relativas a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, contexto en el cual el proceso de reforma como unidad está conformado por una serie de fases en las que actúan órganos del poder constituido y del poder constituyente. No obstante en el concurso de tales actuaciones este último al ser superior al primero, de acuerdo al artículo 5 de la Constitución, tiene la decisión final de aprobación o rechazo del texto.

A este respecto, esta sala constitucional ya ha analizado el proceso de reforma y ha establecido:

[d]esde la distinción semántica de Poder Constituyente-Poder Constituido es claro apreciar que la reforma no es un acto del Poder Constituyente Originario, y como tal capaz de cristalizar una expresión de soberanía. La reforma es un acto del Poder Constituyente Derivado. Es una habilitación que se le hace al Poder Constituido de incidir en la Carta Magna; pero, como toda habilitación, debe cumplirse dentro de los límites y las condiciones que establece la Constitución y en el que se incluye, al menos en nuestro orden constitucional, a todos los detentadores legítimos del Poder

que dimana de la voluntad popular (Presidente de la República, Asamblea Nacional y ciudadanía en general).

Como un acto de adecuación histórica del documento jurídico-político fundamental, la Reforma es la concreción de múltiples factores (jurídicos, políticos, sociales, económicos) en el que participan diversidad de órganos para asegurar la legitimidad institucional y democrática del cambio, y que se verifica en un proceso complejo. La iniciativa, regulada en el artículo 342 de nuestra Constitución, puede tomarla la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por la mayoría de sus integrantes; el Presidente de la República en Consejo de Ministros; o un número no menor del quince por ciento de los electores y las electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral. La discusión y aprobación, regulada en el artículo 343, corresponde realizarla a la Asamblea Nacional. El referendo, regulado en el artículo 344 de la Constitución, corresponde ejercerlo al pueblo como validante definitivo de la reforma, y organizado por el Consejo Nacional Electoral conforme con el artículo 293.5 del Texto Fundamental. La promulgación, establecida en el artículo 346 eiusdem, corresponde al Presidente de la República.

El proceso descrito sintetiza claramente la conjugación de elementos políticos y jurídicos que se ciernen sobre el proceso de reforma constitucional.
[SC No. 669 del 28 de mayo de 2009]

Aunque las constituciones estatales no son fruto propiamente de un poder constituyente el paralelismo o aproximación que se desprende de la constitución de Cojedes de 1990, que tomaría como referencia el texto constitucional de 1961, es admisible y saludable desde la perspectiva de la participación ciudadana y de la soberanía popular. De esta manera la normativa invocada por la gobernadora –art. 61– no solo no resultaba aplicable, sino que su uso fue consecuencia de haber prescindido por completo del referendo ordenado por la Constitución de 1990.

Es de notar que, en todo caso, de resultar aplicable según criterio de esta sala el referido artículo 61 se toma contrario a la Constitución de la República en su artículo 214, que expresa:

*Artículo 214. El Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los diez días siguientes a aquel en que la haya recibido. Dentro de ese lapso podrá, en acuerdo con el Consejo de Ministros, **solicitar a la Asamblea Nacional, mediante exposición razonada, que modifique alguna de las disposiciones de la ley o levante la sanción a toda la ley o a parte de ella.***

La Asamblea Nacional decidirá acerca de los aspectos planteados por el Presidente o Presidenta de la República, por mayoría absoluta de los diputados o diputadas presentes y le remitirá la ley para la promulgación.

El Presidente o Presidenta de la República debe proceder a promulgar la ley dentro de los cinco días siguientes a su recibo, sin poder formular nuevas observaciones.

Cuando el Presidente o Presidenta de la República considere que la ley o alguno de sus artículos es inconstitucional solicitará el pronunciamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de diez días que tiene para promulgar la misma. El Tribunal Supremo de Justicia decidirá en el término de quince días contados desde el recibo de la comunicación del Presidente o Presidenta de la República. Si el Tribunal negare la inconstitucionalidad invocada o no decidiere en el lapso anterior, el Presidente o Presidenta de la República promulgará la ley dentro de los cinco días siguientes a la decisión del Tribunal o al vencimiento de dicho lapso. [Resaltado añadido]

El artículo 214 permite al Presidente de la República realizar observaciones al proyecto de ley para su modificación, remitiéndolas mediante un comunicado al órgano legislativo que deberá decidir a través de la mayoría absoluta lo conducente. En este sentido el procedimiento dispuesto en el artículo 214 no da lugar al inicio de las discusiones del proyecto como, en efecto, sucedió en el proceso de reforma de la Constitución de Cojedes con la reconducción de tres discusiones, sino a una única decisión de aprobación o rechazo en el seno del legislativo sobre tales formulaciones realizadas por el Poder Ejecutivo. Tal y como consta en las actas N° 04 del 15 de octubre de 2013 (anexo C); acta N° 12 del 5 de diciembre de 2013 (anexo D) y acta No. 01 del 10 de enero de 2014 (anexo E). El consejo legislativo dio, de este modo, inicio a las tres discusiones del proyecto.

1.3 Sobre la violación del proceso constitucional de formación de las leyes y la omisión de la consulta pública

Por último, como tercera objeción de forma, el consejo legislativo no solo omitió la realización del referendo conforme a lo expuesto, sino que tampoco realizó la consulta ciudadana como requisito mínimo obligatorio exigido constitucionalmente.

En los procesos de formación de las leyes estatales no puede prescindirse de esta fase consultiva, más aun tratándose de la Constitución estatal llamada a “regular la organización y funcionamiento de los poderes públicos estatales” [SSC 597/2011].

Ya se ha acotado sobre el estatuto jurídico que fija la observancia en la formación de las constituciones y leyes estatales conforme al criterio desarrollado por esta sala constitucional, el cual debe ceñirse a:

(i) la aplicación del procedimiento de formación de las leyes previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a su alcance previsto por la ley nacional; (ii) de manera subsidiaria, a lo determinado en el Reglamento de Interior y Debates de cada órgano legislativo estatal, siempre que se adecue a la Constitución y a la ley nacional en la materia. [SSC 1551/2012]

La Constitución dispone la consulta de los ciudadanos y de la sociedad organizada en el proceso de formación de las leyes. De esta manera se expone en el artículo 211:

La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos. Tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes los Ministros o Ministras en representación del Poder Ejecutivo; el magistrado o magistrada del Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; el o la representante del Poder Ciudadano designado o designada por el Consejo Moral Republicano; los o las integrantes del Poder Electoral; los Estados a través de un o una representante designado o designada por el Consejo Legislativo y los o las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el reglamento de la Asamblea Nacional.

La Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados –al cual se debe observancia de acuerdo al sistema de fuentes dispuesto en la estructura normativa y al criterio de la sala constitucional antes citado: SSC 597/2011; 1551/2012– regula el proceso de formación de leyes en el capítulo V titulado *De la formación de las Leyes*. A la vez se dispone en el artículo 39 lo referente a la consulta pública: “Cuando se legisle en materias relativas a los municipios y la sociedad civil, los mismos serán consultados por

el Consejo Legislativo del Estado a través de los mecanismos que establezca la ley.”

De esta manera el proceso de formación de las leyes estatales debe seguir las fases obligatorias previstas en la Constitución en la sección cuarta del capítulo I título V, considerando que las constituciones estatales conforme ha dicho esta sala constitucional son «actos en ejecución directa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela con rango de ley y de carácter regional». En este sentido, tanto la Constitución en el artículo 211 como el legislador orgánico han dispuesto la consulta de forma imperativa, esta última con el vocablo *serán* a la sociedad civil y a los municipios.

Esto ha sido puesto de relieve por esta sala constitucional en su reciente decisión No. 203/2014 del 25 de marzo en la que estableció el carácter imperativo de la consulta:

*se advierte que a diferencia del procedimiento legislativo establecido en el artículo 211 del Texto Constitucional, el supuesto fáctico de la aplicación de la norma así como el sujeto pasivo difieren palmariamente entre ambos, ya que en el caso del precitado artículo se establece **“La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada su opinión sobre los mismos”**, por lo que, el imperativo se encuentra dirigido al órgano legislativo de acuerdo con sus funciones naturales –formación de leyes–, ya que el supuesto de la ley habilitante es un supuesto excepcional en el proceso legislativo.*

La consulta como fase obligatoria en el proceso de elaboración de las normas ha permeado todo el ordenamiento jurídico venezolano. Ello, incluso, si se revisa la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, la cual en el art. 266 establece:

*El Concejo Municipal deberá consultar a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada, **durante el proceso de discusión y aprobación de los proyectos de ordenanzas**, a los fines de promover la incorporación de sus propuestas. Esta consulta se hará a través de diversas modalidades de participación, que garanticen **una consulta abierta** a los efectos de aprobar su contenido, todo de acuerdo con lo establecido en*

su Reglamento Interior y de Debates, y demás normativas relativas a la materia de participación.

El incumplimiento de este requisito será causal para la nulidad del respectivo instrumento jurídico. [Resaltado añadido]

En cuanto al reglamento de interior y debates –de aplicación subsidiaria conforme a lo estatuido por la sala en su jurisprudencia– desarrolla el procedimiento para la formación de las leyes en el título VIII arts. 167 y siguientes. El artículo 168 dispone la obligación de poner a disposición un ejemplar del proyecto a los órganos representativos de la sociedad civil organizada a los fines de garantizar que la ciudadanía en general sepa de su existencia, esto en los siguientes términos:

Verificación de las formalidades del proyecto de ley. Artículo 168. Recibido un proyecto de Ley, la Presidencia verifica si reúne los requisitos en la Constitución del Estado y en este Reglamento. En caso afirmativo, se imprime y se pone a disposición de los legisladores y las legisladoras y de los órganos representativos de la sociedad civil organizada. Igualmente, agenciará lo necesario para que la ciudadanía en general sepa de la existencia del proyecto y en la medida de lo posible pueda tener acceso a él. No puede iniciarse la discusión de un proyecto de ley, si previamente no se facilitan las copias de su original a todos los integrantes del Consejo Legislativo.

Este reglamento impone al consejo legislativo el deber de estimular la participación popular en el artículo 7, así como el derecho de participación ciudadana en las actuaciones del consejo en el artículo 8. Al ser obligatoria la consulta ha de ser pública, es decir, todos los interesados deben estar en posibilidad de saber que hay un proceso de consulta pública sobre un tema que les concierne, en tal sentido debe garantizarse la convocatoria y la publicidad de la convocatoria. Por tanto resulta ilustrativa la decisión 597/2011 –ya citada– sobre la convocatoria a consulta durante la discusión del proyecto de la Constitución del estado Zulia donde la sala toma en cuenta como criterios para la verificación del cumplimiento de esta fase –entre otros– la participación de las entidades que conforman el estado y la publicación de un aviso en prensa convocando a la sociedad para la formulación de propuestas, todo esto durante el proceso de discusión. Así estas convocatorias fueron realizadas en las fechas de celebración de las fases de

discusión del proyecto de ley estatal del Parlamento y dentro del proceso legislativo ni antes ni después sino durante, tal y como se establece el artículo 211 constitucional.

Así el sistema jurídico venezolano prevé, de forma obligatoria, el proceso de formación de las leyes que son aplicables a la creación de las constituciones estatales y la consulta ciudadana. La Constitución nacional y la legislación de desarrollo establecen la consulta ciudadana como requisito que condiciona la validez de las normas en todo proceso legislativo. Esta cuestión tampoco fue observada por los legisladores cojedeños, vulnerando las fases inexorables en el proceso de formación de las leyes constitucionalmente establecido en el artículo 211 de la Constitución.

Por las razones expuestas se demanda la nulidad por inconstitucionalidad de la Constitución del estado bolivariano de Cojedes, ya que son contrarias a los artículos 6, 19, 62, 70, 207, 208, 209, 211, 214.

CAPÍTULO II

2. De los vicios materiales en la Constitución del estado bolivariano de Cojedes publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 1069 del 20 de enero de 2014

2.1. Violación a la organización político-territorial y a la forma de Estado federal descentralizado establecida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes nacionales, así como al sistema de competencias constitucionales a través del vicio de extralimitación de funciones

Se demanda la nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 15, 16, 29 y 86.6 de la Constitución del estado bolivariano de Cojedes:

Artículo 15: Las Comunas serán las células geohumanas del territorio, sin menoscabo de la organización político territoriales existentes. Su organización y funcionamiento se regirá conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de las Comunas.

Artículo 16: Las Ciudades, Federaciones, Confederaciones, como instancias de agregación comunales formarán parte del territorio, conforme a lo consagrado en la Ley Orgánica de las Comunas.

La división político-territorial establecida en la Constitución divide el territorio nacional en estados: el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales mientras que estos se organicen por municipios (art. 16). En este sentido, la Constitución prevé que mediante la Ley Orgánica se garantice la autonomía municipal, la descentralización político administrativa y se regule la división político-territorial de la República.

En el artículo 16 de la Constitución, inserto dentro del título II *Del Espacio geográfico y de la división política* y del capítulo II *De la división política*, se establece:

Artículo 16. Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales. El territorio se organiza en Municipios.

La división políticoterritorial será regulada por ley orgánica que garantice la autonomía municipal y la descentralización políticoadministrativa. Dicha ley podrá disponer la creación de territorios federales en determinadas áreas de los Estados, cuya vigencia queda supeditada a la realización de un referendo aprobatorio en la entidad respectiva. Por ley especial podrá darse a un territorio federal la categoría de Estado, asignándosele la totalidad o una parte de la superficie del territorio respectivo.

De esta norma se desprende que las estructuras de la división políticoterritorial de la República están contempladas en la Constitución. Además, conforme preceptúa la disposición constitucional transcrita, la autonomía municipal debe ser garantizada, al menos en lo fundamental, por la legislación nacional. A esto se añade lo dispuesto en el artículo 164- numeral 2 de la Constitución, según el cual es competencia exclusiva de los estados: *“La organización de sus Municipios y demás entidades locales y su división políticoterritorial, conforme a esta Constitución y a la ley”*.

Ha de tenerse en cuenta, adicionalmente, lo señalado en el artículo 169 de la Constitución:

La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los Estados. La legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales relativos a los Municipios y demás entidades locales, establecerá diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes. En particular, dicha legislación establecerá las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponderá a los Municipios con población indígena. En todo caso, la organización municipal será democrática y responderá a la naturaleza propia del gobierno local.

Por tanto la competencia de los estados en relación con la organización municipal ha de ejercerse en conformidad con la Constitución y las leyes

nacionales. Sobre este punto la sala constitucional en su reciente decisión 1032 del 12 de julio de 2012 ratificó que:

Como puede verse de lo expuesto, los Municipios disponen de autonomía en distintas áreas, que en modo resumido pudieran mencionarse las normativas y financieras.

Ahora bien, en materia de organización, los municipios no sólo están sometidos a lo que establezca la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino también a las leyes orgánicas nacionales y a las leyes estatales. Así lo indica expresamente el texto fundamental que en su artículo 169 dispone lo que de seguida exponemos:

Artículo 169. La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que de conformidad con aquellas dicten los Estados.

La legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales relativos a los Municipios y demás entidades locales, establecerá diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes. En particular, dicha legislación establecerá las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponderá a los Municipios con población indígena. En todo caso, la organización municipal será democrática y responderá a la naturaleza propia del gobierno local.

En este mismo sentido, el artículo 164.2 eiusdem, al regular la competencia de los estados, establece lo siguiente:

Artículo 164. Es de la competencia exclusiva de los estados:

...omissis...

2. La organización de sus Municipios y demás entidades locales y su división políticoterritorial, conforme a esta Constitución y a la ley”

Como puede verse, el régimen constitucional venezolano es claro al prever que los Estados tienen dentro de sus competencias la de organizar a los municipios que los integran; siendo además que las competencias en materia de derecho público no sólo determinan un marco

de actuación para quienes ejercen el poder público, sino que además son de obligatorio cumplimiento. Es decir, traducido a la materia en estudio, los Estados no sólo tienen la competencia para organizar a sus municipios, sino que tiene la obligación de hacerlo y no pueden excusarse de su incumplimiento.

Al respecto, quiere dejar sentado esta Sala que la circunstancia de que los Estados tengan dentro de su competencia la organización de los municipios no implica que los mismos no tengan autonomía; esto es, no se niega la existencia de la “autonomía municipal” sino que ello constituye una característica de la misma.

Podrá, en consecuencia, el Municipio obrar con autonomía política en el ejercicio de las competencias que tanto la Constitución como las leyes le asignan; ello sin menoscabo de poder ser organizados por los Estados correspondientes.

Lo antes expuesto fue reafirmado por nuestra jurisprudencia constitucional cuando examinó la correspondiente disposición transitoria de la Constitución. Así se percibe a continuación:

Aunque desde el inicio de la vigencia de una nueva Constitución todo órgano creado por ella, en principio, está facultado para ejercer sus poderes, existen casos en que por previsión especial ello no es así. Es lo que ocurre en este caso, pues la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 7, ha limitado el poder de los Estados, ejercitable por sus Consejos Legislativos, de manera que se les impide organizar su territorio mientras la Asamblea Nacional no sancione una ley general sobre el régimen municipal.

La explicación es sencilla, sin negar la autonomía estatal y municipal en muy variados aspectos, la organización local está atribuida, al menos en su regulación fundamental, al Poder Nacional, por lo que la ley nacional es imprescindible para adaptarse totalmente a la nueva Constitución. Además, ésta ha previsto la posibilidad de un régimen municipal que presenta considerables cambios en relación con el contemplado por la de 1961, que fue el sustento de la actual Ley, en vigor desde 1989 (...) *el Constituyente ha querido, y así lo indicó expresamente, que en lo referente al ejercicio de la potestad organizativa de los Estados la situación no se viera alterada por la aplicación de normas que no fueran las que la Asamblea Nacional debe dictar.* [Sala Constitucional No. 1347/2003]

La disposición transitoria cuarta-numeral 7 –a la cual se refiere la sentencia antes citada– contiene el mandato dirigido al Poder Legislativo nacional para aprobar sanciones dentro del primer año contado a partir de su instalación:

La legislación que desarrolle los principios constitucionales sobre el régimen municipal. De conformidad con ella, los órganos legislativos de los Estados procederán a sancionar los instrumentos normativos que correspondan a la potestad organizadora que tienen asignada con respecto a los Municipios y demás entidades locales y a la división politicoterritorial en cada jurisdicción. Se mantienen los Municipios y parroquias existentes hasta su adecuación al nuevo régimen previsto en dicho ordenamiento.

Queda claro del articulado constitucional como del criterio de la sala que, hasta tanto se dictara la ley que regulara los principios relativos al municipio, los estados se encontraban vedados a desarrollar normas relativas a la organización político-territorial conforme al numeral 2 del artículo 164. En todo caso y, una vez dictada la Ley Orgánica, la labor normativa de los estados a través de las constituciones y demás actos normativos a nivel estatal deben estar sujetas a los preceptos expuestos en la Constitución y en la Ley Orgánica Nacional, ya que *“su correlación con respecto a la Constitución de la República y las leyes nacionales dictadas en mandato directo de ésta, es netamente de sujeción e irrestricto cumplimiento”* [sala constitucional No. 1551/2012].

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal –reformada en el año 2010, Gaceta Oficial 6015, artículo 1– establece:

Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto desarrollar los principios constitucionales, relativos al Poder Público Municipal, su autonomía, organización y funcionamiento, gobierno, administración y control, para el efectivo ejercicio de la participación protagónica del pueblo en los asuntos propios de la vida local, conforme a los valores de la democracia participativa, la corresponsabilidad social, la planificación, la descentralización y la transferencia a las comunidades organizadas, y a las comunas en su condición especial de entidad local, como a otras organizaciones del Poder Popular.

Así mismo, el artículo 19 dispone:

Artículo 19. Además de los municipios, son entidades locales territoriales:

1. *La comuna.*
2. *Los distritos metropolitanos.*
3. *Las áreas metropolitanas.*
4. *Las parroquias y demarcaciones dentro del territorio del Municipio, tales como la urbanización, el barrio, la aldea y el caserío.*

Los supuestos y condiciones establecidos en esta Ley, para la creación de demarcaciones dentro del territorio del Municipio, así como los recursos de que dispondrán, concatenadas a las funciones que se les asignen, incluso su participación en los ingresos propios del Municipio, deberán ser considerados en la ley estatal que la desarrolle.

*La comuna, como **entidad local** de carácter especial que se rige por su ley de creación, puede constituirse **dentro del territorio del Municipio** o entre los límites político administrativo de dos o más municipios, **sin que ello afecte la integridad territorial de los municipios donde se constituya.** [Resaltado añadido]*

La Ley Orgánica del Poder Público Municipal crea la figura de la comuna, pero viola la Constitución al disponer que ella puede establecerse “**dentro del territorio del Municipio o entre los límites político administrativo de dos o más municipios**”, ya que de acuerdo con el artículo 173 de la Constitución las nuevas entidades locales que pueden crearse con base en la ley deben hallarse “dentro del territorio municipal” y ser por definición expresiones o ramificaciones del municipio. En igual inconstitucionalidad incurre la Ley Orgánica de las Comunas en su artículo 1, pues desarrolla que estas son entidades locales donde:

[l]os ciudadanos y ciudadanas en el ejercicio del Poder Popular, ejercen el pleno derecho de la soberanía y desarrollan la participación protagónica mediante formas de autogobierno para la edificación del estado comunal, en el marco del Estado democrático y social de derecho y de justicia.

No estamos impugnando estas leyes, pero sí impugnamos en este recurso los artículos antes referidos de la Constitución de Cojedes que aluden a las comunas por ser contrarias a la Constitución. No obstante en el supuesto de que este alegato sea desestimado por esta sala constitucional

debe considerarse que nada autoriza al legislador estatal a calificar a las comunas como unas *células geohumanas*. De esta forma la previsión de la *comuna* por el legislador orgánico atiende a una naturaleza de *entidad local* no existiendo, así, ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

La inconstitucionalidad de la comuna como célula geohumana tiene otro fundamento relevante: no puede desvirtuarse la organización político-territorial de la República mediante estructuras paralelas de poder que respondan a una idea distinta de la organización territorial del estado y que desvían la participación ciudadana de su ámbito natural de ejercicio. Así el reconocimiento de entidades locales “*dentro del territorio del Municipio*” –ex artículo 173 de la Constitución y 19 de la LOPM– **implica la apertura a la participación ciudadana mediante diversos mecanismos de acuerdo al artículo 70 de la Constitución, pero no la creación de un nuevo cuerpo ajeno o extraño al poder municipal, ya que su actuación reside y se sujeta a la delimitada dentro del municipio de acuerdo a las normas antes transcritas. De esta manera y conforme a nuestro sistema jurídico, la participación como derecho y como principio establecido en la Constitución tiene un contenido y significación distinto al reconocimiento de una nueva estructura político-territorial o a la instauración de una organización territorial paralela de base sociopolítica y con proyección en el ejercicio de potestades públicas. Esta última orientación, presente en la definición de comuna de la norma impugnada, devendría en la concurrencia de la participación de la sociedad y del estado en un mismo sujeto.** Esta identidad de sujetos entre el estado y los entes colectivos ha sido descartada de forma repetida por la sala al analizar los órganos colectivos consagrados en la Constitución (pueblo, sociedad, sociedad civil, entre otros) a través de múltiples disposiciones y diferenciándolos del Estado. Al respecto resulta fundamental la doctrina sentada en la sentencia No. 1395 del año 2000 de esta sala constitucional.

Para abundar más sobre este punto la sala constitucional en su reciente decisión 1032 del 12 de julio de 2012 estableció:

Como puede verse, el régimen constitucional venezolano es claro al prever que los Estados tienen dentro de sus competencias la de organizar a los municipios que los integran; siendo además que las compe-

tencias en materia de derecho público no sólo determinan un marco de actuación para quienes ejercen el poder público, sino que además son de obligatorio cumplimiento. Es decir, traducido a la materia en estudio, los Estados no sólo tienen la competencia para organizar a sus municipios, sino que tiene la obligación de hacerlo y no pueden excusarse de su incumplimiento.

Al respecto, quiere dejar sentado esta Sala que la circunstancia de que los Estados tengan dentro de su competencia la organización de los municipios no implica que los mismos no tengan autonomía; esto es, no se niega la existencia de la “autonomía municipal” sino que ello constituye una característica de la misma.

Podrá, en consecuencia, el Municipio obrar con autonomía política en el ejercicio de las competencias que tanto la Constitución como las leyes le asignan; ello sin menoscabo de poder ser organizados por los Estados correspondientes.

La anterior decisión resulta de vital importancia por dos cuestiones fundamentales: i) que la regulación de la organización político-territorial tiene como fuente normativa primaria lo establecido en la Constitución y seguido de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, unidas a ellas están las disposiciones que dictan los estados respetando siempre el reconocimiento del municipio y su autonomía. Además, ii) al desarrollar el concepto de autonomía municipal se erige como límite al ejercicio de la competencia de ordenación del estado de forma que la Constitución permita sus diversas manifestaciones, las cuales se ejercen dentro del municipio. Este no puede verse vaciado o afectado en su autonomía con el reconocimiento y transferencia de competencias a estructuras políticas extraconstitucionales como son las comunas y ciudades comunales, tal y como pretende el artículo 86 numeral 6 que es objeto de impugnación:

Artículo 86: El Gobernador o Gobernadora del Estado Bolivariano de Cojedes, tendrá los siguientes deberes y atribuciones: 6.- Participar activamente en el Consejo Federal de Gobierno para impulsar el desarrollo productivo del estado, promoviendo ejes de desarrollo, encadenamiento productivo, ciudades comunales y facilitar la transferencia de competencia a las Comunas, Consejos Comunales u otras organizaciones del poder popular así como, proponer Distritos Motores de desarrollo ante el Presidente o Presidenta de la República.

Continuando con lo expuesto en los artículos 16 y 86.6 –ya citados e impugnados– de la Constitución del estado Cojedes, las instancias de *agregación comunales* o las *ciudades comunales* allí establecidas exceden el ámbito competencial reconocido al estado en el artículo 164.2 de la Constitución y contrarían la organización territorial contemplada en la Constitución.

El diseño de un estado comunal como *rumbo* establecido por la Constitución del estado Cojedes en su exposición de motivos y reflejado en la organización político-territorial no se compadece con la forma de estado prevista en la Constitución debido a su organización, así se establece en los artículos 4 y 16: “*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 forma constitucional del Estado federal descentralizado ha sido objeto de análisis de la sala constitucional en las sentencias No. 2495/2006-565/2008 recientemente reseñadas en la SC 973/2012, donde se estableció

Así, el enfoque del estado federal descentralizado consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es el de un sistema en el cual en el marco de la estructura político-territorial del Estado venezolano, es inherente al nivel nacional la potestad de coordinación en relación a los niveles estatales y municipales del ejercicio del Poder Público, tanto en las materias de competencia concurrente como en aquellas de competencia exclusiva nacional en las que de alguna forma intervengan los Estados y los Municipios. [SC 565/2008].

Reproduciendo el criterio de la SSC 2495/2006:

la decisión constituyente contenida en el artículo 4º de texto fundamental de 1999, en el sentido de que la estructura de nuestro Estado fuese federal descentralizada, no puede leerse, sin más, como lo pretenderían implícitamente los solicitantes, como el resultado de la opción constituyente por un Estado perfectamente (o absolutamente) descentralizado (lo que es lo mismo: por el modelo de federalismo dual), pero tampoco, lo cual es más obvio, por uno perfectamente (o absolutamente) centralizado.

Tanto la tesis del federalismo cooperativo, como la kelseniana de la gama de modelos entre los extremos descentralización-centralización,

rechazan la versión de un Estado en el que sus miembros tuviesen sólo competencias exclusivas y excluyentes, y en el que no se diesen relaciones de ninguna especie.

Pues, si bien es cierto que, ‘en hipótesis, cabe pensar en un régimen en el que la Constitución hubiera dividido la totalidad de las materias de gestión pública de forma neta y limpia, adjudicando bloques compactos a cada uno de los entes (...) que serán gestionados por cada uno de los entes en estricta incomunicación con los demás’ (al modo del federalismo dual), ‘un sistema tal no sería sencillo de plasmar, ni realista...’ (Cfr. Santamaría Pastor, J.A., Principios de Derecho Administrativo, I, pp. 182-183).

Por otra parte, hay que insistir también que si nuestra Constitución ha preferido un modelo de federalismo cooperativo, en los términos anteriormente explicados, a este modelo subyace, necesariamente, un orden de relaciones entre los diversos niveles de ejercicio del Poder Público que van, en algunas materias, desde la neta separación, hasta otros niveles en que las relaciones son o de cooperación o de supremacía.

De esta manera la organización político-territorial en estados: Distrito Capital, dependencias federales, territorios federales y, por último, municipios como unidad político primaria se debe a nuestra forma de Estado inserta en normas dotadas de una especial rigidez constitucional –dada por el agravamiento de sus mecanismos de modificación–. Esto es en el título relativo a los principios fundamentales de la Constitución.

Por otra parte la comuna prevista como una entidad local en ningún momento pudiese ser comprendida como estructura político-territorial del estado ni tampoco como parte de los órganos del poder público. Por estos motivos no tiene asidero el tratamiento de los consejos comunales, comunas y organizaciones de base del poder popular como órganos del poder público dentro del título IV capítulo II de la Constitución del estado bolivariano de Cojedes, cuyo artículo 29 establece:

La Ley creará los procedimientos y mecanismos para que el Estado Bolivariano de Cojedes, transfiera materias de su competencia a los municipios, consejos comunales, comunas y a las organizaciones de base del poder popular legítimamente constituidas, con el objeto de fomentar el proceso de descentralización y transferencia del Poder al

Pueblo, tal como lo dispone el artículo 184 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley que rige la materia.

Esta norma equipara a los municipios con los “*consejos comunales, comunas y a las organizaciones de base del poder popular legítimamente constituidas*” a pesar de que solo los primeros –y los mismos estados– pueden ser destinatarios de transferencias de *materias* propias de un nivel político-territorial, lo cual solo está previsto en la Constitución en relación con las competencias de la República (art. 157). En lo que respecta al artículo 165 de la Constitución, esta transferencia se circunscribe a *servicios y competencias* y no a la materia propiamente dicha que sigue estando bajo la titularidad estatal, conservando su carácter concurrente. Tampoco el artículo 184 de la Constitución, que alude el citado artículo 29, permite la transferencia de materias a las comunidades.

Siguiendo lo planteado en este apartado se consideran los artículos 15, 16, 29 y 86.6 de la Constitución del estado bolivariano de Cojedes contrarios a los artículo 4, 6, 16, 164.2, 168, disposición transitoria 4-numeral 7, de la Constitución nacional.

2.2. Violación del régimen constitucional sobre la división político-territorial y del sistema de competencias constitucionalmente establecido a través del vicio de usurpación de funciones

Se demanda la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 13 de la Constitución del estado Cojedes, el cual dicta:

Artículo 13: El Territorio del Estado Bolivariano de Cojedes, al igual que el territorio nacional, no podrá ser jamás cedido, traspasado, arrendado, ni en forma alguna enajenado, ni modificados sus límites, ni temporal o parcialmente traspasado, a estados extranjeros u otros sujetos de derecho internacional.

Las modificaciones de los límites territoriales del Estado sólo podrán ejecutarse mediante el cumplimiento de los parámetros establecidos en la Ley Orgánica de División Política Territorial o por solicitud de los Parlamentos Comunales, quienes podrán proponer ante la Asamblea Nacional un anteproyecto de Ley.

Este precepto habilita a los parlamentos comunales para plantear modificaciones de los límites territoriales del estado conforme a la La Ley Orgánica de división político-territorial. Esta disposición transgrede la Constitución de 1999 en su artículo 16, contenido en el capítulo II del título II bajo la rúbrica *De la División Política*, cuyo texto dispone:

Artículo 16. Con el fin de organizar políticamente la República, el territorio nacional se divide en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales y el de los territorios federales. El territorio se organiza en Municipios.

La división politicoterritorial será regulada por ley orgánica que garantice la autonomía municipal y la descentralización politicoadministrativa. Dicha ley podrá disponer la creación de territorios federales en determinadas áreas de los Estados, cuya vigencia queda supeditada a la realización de un referendo aprobatorio en la entidad respectiva. Por ley especial podrá darse a un territorio federal la categoría de Estado, asignándosele la totalidad o una parte de la superficie del territorio respectivo.

El artículo 16 antes transcrito no solo preceptúa una reserva de ley en materia de división político-territorial, sino que establece unos principios y presupone otros que no pueden ser alterados por una ley o constitución estatal. La división político-territorial de la República es, además, una materia reservada al legislador nacional conforme al sistema competencial dispuesto en la Constitución. En este sentido el artículo 156.23 es expreso al disponer: “*Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional (...) 23. Las políticas nacionales y la legislación en materia naviera, de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, aguas, turismo y ordenación del territorio.*”

La sala constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el contenido del artículo 16 en conexión con la disposición transitoria cuarta numeral siete de la Constitución, tanto que esta limitó el poder de los estados ejercitable por sus consejos legislativos, de acuerdo al artículo 164.2 de la Constitución, impidiéndoles organizar sus municipios hasta que la Asamblea Nacional dictase una ley sobre el régimen municipal. Así lo ha dejado claro la sala en la decisión No. 597/2011:

Aunado a las anteriores consideraciones, esta Sala estima que igualmente se comprueba una violación del texto constitucional en los Pa-

rágrafo Primero y Segundo del referido artículo 5. En tal sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece en su artículo 16 que el territorio de la República se divide en el de los Estados, el del Distrito Capital, el de las dependencias federales, los territorios federales y que el territorio se organiza en Municipios, pero además que “la división político territorial será regulada por ley orgánica, que garantice la autonomía municipal y la descentralización político administrativa. Dicha ley podrá disponer la creación de territorios federales en determinadas áreas de los Estados, cuya vigencia queda supeditada a la realización de un referendo aprobatorio en la entidad respectiva. Por ley especial podrá darse a un territorio federal la categoría de Estado, asignándosele la totalidad o una parte de la superficie del territorio respectivo”, por lo que de conformidad con los artículos 156.33 y 187.1 eiusdem, corresponde a la Asamblea Nacional legislar sobre la división político territorial, sin perjuicio de la competencia de los Estados regular la “organización de sus Municipios y demás entidades locales y su división político territorial, conforme a esta Constitución y a la ley” –artículo 164.2 eiusdem–.

Sin embargo, dado que esta Sala mediante sentencia N° 1.347/03, estableció que “lo dispuesto en el numeral 7 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución debe ser entendido como una prohibición para los Estados de modificar sus leyes de división político-territorial o de regulación sobre sus municipios, hasta que la Asamblea Nacional sancione la ley sobre régimen municipal”, por lo que no podía ese Consejo Legislativo legislar sobre la extensión de su territorio y su respectiva división político territorial, toda vez que a la fecha no se ha dictado la correspondiente ley orgánica -artículo 16 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela-, por lo que todo lo relativo a la distribución del territorio del Estado Zulia debe regularse por la Ley de Reforma Parcial de la Ley de División Político Territorial del Estado Zulia, publicada en la Gaceta Oficial del Estado Zulia, N° 256 extraordinario del 8 de marzo de 1995.

En efecto, la decisión 1347 del 27 de mayo de 2003 a la que hace referencia la anterior sentencia estableció:

*[A]unque desde el inicio de la vigencia de una nueva Constitución todo órgano creado por ella, en principio, está facultado para ejercer sus poderes, existen casos en que por previsión especial ello no es así. Es lo que ocurre en este caso, pues la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 7, **ha limitado el poder de los Estados, ejercitable por sus Consejos Legislativos, de manera que se les impide organizar su territorio***

mientras la Asamblea Nacional no sancione una ley general sobre el régimen municipal (...) La explicación es sencilla, sin negar la autonomía estatal y municipal en muy variados aspectos, la organización local está atribuida, al menos en su regulación fundamental, al Poder Nacional, por lo que la ley nacional es imprescindible para adaptarse totalmente a la nueva Constitución. Además, ésta ha previsto la posibilidad de un régimen municipal que presenta considerables cambios en relación con el contemplado por la de 1961, que fue el sustento de la actual Ley, en vigor desde 1989 (...) Ambas razones hacen que carezca de sentido que los Estados, que al fin de cuentas deben sujetarse al legislador nacional en esta materia organizativa, actúen con base en textos que fueron concebidos para dar desarrollo a una realidad distinta, cuando lo cierto es que la Asamblea Nacional está obligada a sancionar una ley que debe ser en muchos aspectos diferente de la actual (...) Como se ha dicho, la Ley Orgánica de Régimen Municipal está vigente –lo contrario conduciría a un indeseable vacío–, pero el Constituyente ha querido, y así lo indicó expresamente, que en lo referente al ejercicio de la potestad organizativa de los Estados la situación no se viera alterada por la aplicación de normas que no fueran las que la Asamblea Nacional debe dictar. Se trata de una excepción, por lo que en el resto de su articulado no hay limitación y los Estados (o Municipios) pueden ejercitar sus poderes constitucionales, con base en su desarrollo legal, así éste hubiera nacido a la luz de los preceptos de 1961. [Resaltado añadido]

De lo expuesto hasta aquí queda claro, tanto del texto de la Constitución como de la jurisprudencia de esta sala, que la organización político-territorial es competencia del poder público nacional, el cual conforme al artículo 16 debe sancionar la regulación fundamental en la materia que en todo caso debe garantizar y respetar la autonomía municipal. De ahí que la competencia de los estados de organizar “sus municipios y demás entidades locales y su división politicoterritorial” se viere limitada hasta tanto el poder público nacional dictase “la legislación que desarrolle los principios constitucionales sobre el régimen municipal” [Disp. Trans. Cuarta ord. 7]. En todo caso, una vez dictada esa ley tal competencia debe respetar la autonomía municipal como límite constitucional. Además la división político-territorial de la República es una competencia reservada al poder público.

Del artículo 16 de la Constitución se desprende, adicionalmente, que los límites o la integridad territorial de los estados no pueden ser modifi-

cados por una simple decisión del Poder Legislativo nacional a solicitud de los parlamentos comunales, pues ello vulneraría flagrantemente la garantía constitucional de la existencia y autonomía de los estados como entidades políticas propias. Del propio artículo 16 constitucional se colige que solo mediante la celebración de un referendo aprobatorio en la entidad respectiva podría afectarse el ámbito territorial de los estados sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar para la demarcación de límites a través de sus consejos legislativos. En suma, la Asamblea Nacional no puede adoptar por sí sola la decisión de cercenar la extensión territorial de un estado.

La importancia de la celebración de un referendo en caso de afectación de la integridad de entidades territoriales ha sido destacada por la jurisprudencia, incluso, en el ámbito local. Este criterio fue el sostenido en la sentencia No. 1043/2004 y cuya aclaratoria fue sentada en la 1375 del 21 de julio de 2004. Estas decisiones desarrollan los elementos para el ejercicio de la competencia estatal de organización de su territorio en argumentos que merecen ser reproducidos en extenso:

*Esta Sala reconoció –en su fallo del 27 de mayo de 2003, primero en esta causa, por el cual se interpretó la Constitución en lo relativo a la creación de municipios- que la Ley Orgánica de Régimen Municipal se encuentra vigente, salvo previsión especial en sentido contrario. Precisamente, sostuvo la Sala, es lo que ocurre con la Disposición Transitoria Cuarta, número 7, de la Constitución, que limitó el poder de los Estados, ejercitable por sus Consejos Legislativos, de manera que se les impide organizar su territorio mientras la Asamblea Nacional no sancione una ley general sobre el régimen municipal.(...) Esa disposición constitucional –interpretada por esta Sala– tiene explicación y así se destacó en el fallo del 27 de mayo de 2003: que, sin negar la autonomía estatal y municipal en muy variados aspectos, la organización local está atribuida al Poder Nacional, al menos en su regulación fundamental, por lo que se hace necesaria una ley nacional adaptada a la nueva Constitución que sirva de marco regulatorio a los Estados y Municipios. No puede perderse de vista que la actual Constitución prevé un régimen municipal que presenta considerables cambios en relación con el contemplado por la de 1961, que fue el sustento de la actual Ley, en vigor desde 1989 y que debe ser prontamente sustituida. (...) **La creación de nuevas entidades locales no es asunto de poca importancia. Por el contrario, debe estar rodeada de garantías, pues esas entidades son el centro del poder local, el más***

cercano a los ciudadanos y el encargado de velar por los servicios básicos. No en balde la actual Ley Orgánica de Régimen Municipal prevé varias condiciones de estricto cumplimiento para el surgimiento de municipios, todos guiados por la necesidad de dar efectiva satisfacción a los servicios colectivos. La Sala partió de la intención del Constituyente: si el Texto Fundamental de 1999 se basa en una nueva concepción del régimen local, parecería inapropiado permitir el nacimiento de nuevas entidades que, tal vez, luego no respondan a las disposiciones del legislador nacional. La gravedad de la cuestión exigió, pues, la suspensión temporal del poder estatal para dividir su territorio (...) En consecuencia, declara la Sala que, mientras la Asamblea Nacional dicte la ley que en este proceso se le ha exigido, los Estados están en la posibilidad de dividir su territorio, siempre que lo hagan con base en los requisitos previstos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y con el régimen referendario establecido en la Constitución, a propósito de la participación ciudadana en las materias de interés. Ahora bien, es obvio que el Constituyente no ha querido que la creación de municipios se haga de la misma manera en que se ha hecho desde la sanción de la actual Ley Orgánica de Régimen Municipal. De haberlo pretendido, hubiera sido inútil mantener el régimen existente hasta que se sancionase un nuevo texto que se basase en los nuevos preceptos del Texto Fundamental. En tal virtud, la Sala es del parecer que la aplicación de esa ley debe venir acompañada de algún requisito adicional que se amolde a la nueva concepción del Estado que impone la Constitución. Al efecto es menester destacar que la Constitución de 1999 se basa, entre otras cosas, en el principio de participación del pueblo en la adopción de las decisiones que le incumben. De esta manera ha sido preceptuado en el artículo 62, según el cual todos los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos de manera directa, y los artículos 71 y siguientes, relativos al referéndum popular. Esta Sala ha puesto de relieve esa característica de nuestro actual orden constitucional y considera preciso aplicarla al caso de autos. En concreto, la Sala es del criterio de que la creación de nuevas entidades locales debe sujetarse a un referéndum previo convocado de conformidad con el artículo 71 constitucional, según el cual las materias de especial trascendencia estatal, municipal y parroquial pueden ser objeto de un referéndum de tipo consultivo. En el presente caso, debe el Consejo Legislativo del Estado Zulia convocar y cumplir dicho referéndum, en un lapso no mayor de 30 días anteriores a la decisión formal dictada por ese órgano de crear un nuevo municipio, el cual deberá cumplir los extre-

mos normativos correspondientes Por ello, fija como regla aplicable a los casos que se presenten a partir de esta fecha, y mientras se mantenga la omisión por parte de la Asamblea Nacional, la creación de nuevas entidades se hará según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, a lo que debe sumarse el referéndum previsto en el artículo 71 de la Constitución, en el que deben participar los habitantes del Municipio respectivo, inscritos en el Registro Electoral, cuyo resultado es vinculante y requisito sine qua non en el proceso de formación de la Ley por tratarse de una omisión constitucional. [Resaltado añadido]

De acuerdo con estos principios la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, reformada en el año 2010, regula las condiciones que deben concurrir para que el consejo legislativo –como órgano legislativo a nivel estatal– organice sus municipios y demás entidades locales, así en sus artículos 9 y 10 desarrolla los extremos para la creación de nuevos municipios:

Artículo 9. La potestad de los estados para organizar sus municipios y demás entidades locales se regirá por lo dispuesto en la Constitución de la República y en las disposiciones de esta Ley, así como en la Constitución y leyes estatales respectivas.

Artículo 10. Para que el Consejo Legislativo pueda crear un Municipio deben concurrir las siguientes condiciones:

1. Una población asentada establemente en un territorio determinado, con vínculos de vecindad permanente.
2. Un centro poblado no menor a la media poblacional de los municipios preexistentes en el estado, excluidos los dos de mayor población. Este requisito deberá ser certificado por el Servicio Nacional de Estadística. En caso de no existir otro Municipio en esa entidad para hacer comparación, se requerirá de una población no menor de diez mil habitantes.
3. Capacidad para generar recursos propios suficientes para atender los gastos de gobierno y administración general, y proveer la prestación de los servicios mínimos obligatorios. A los efectos del cumplimiento de este requisito, deberá constar en acta la opinión favorable del órgano rector nacional en la materia de presupuesto público. Igualmente, deberá constar la opinión del Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas. En dicha opinión motivada, se determinarán los efectos socioeconómicos en el o los municipios que resulten segregados.

Cumplidas estas condiciones, el Consejo Legislativo una vez aprobada la ley de creación del nuevo Municipio, someterá el instrumento legal a un referéndum aprobatorio, donde participarán todos los habitantes del Municipio afectado.

Tanto la jurisprudencia constitucional como la Ley Orgánica del Poder Público Municipal imponen, pues, la realización de un referendo. Esta sala constitucional, luego de la entrada en vigor de un nuevo orden que consagra la participación como uno de sus principios fundamentales, estableció que hasta tanto el órgano legislativo nacional dictase la legislación en materia municipal se añadiría a la aplicación de la derogada ley del régimen municipal el extremo constitucional previsto en el artículo 71 de la nueva Constitución en lo que respecta a la realización de un referendo consultivo para los asuntos de especial trascendencia: **parroquial, municipal y estatal**. El legislador positiviza esta exigencia en el artículo 10, último párrafo, a través de un referendo aprobatorio de la ley estatal que cree un nuevo municipio de acuerdo al artículo 73.

Dos cuestiones fundamentales deben destacarse de lo anterior: la redacción y contenido del artículo 13, segundo párrafo de la Constitución del estado Cojedes. Esto resulta inconstitucional al facultar a la Asamblea Nacional para alterar los límites o la integridad territorial del estado, más aún al no prever la realización de un referendo como requisito *sine qua non*. De esta manera la ley estatal, cuya sujeción a los mandatos constitucionales y a las leyes nacionales es de irrestricto cumplimiento, vulnera los extremos para el ejercicio legítimo de la competencia dada a los estados en el artículo 164.2 constitucional.

Así mismo, otra cuestión ha de ser puesta en relieve y es que tanto la jurisprudencia constitucional como la ley hablan de la creación de un nuevo municipio o cualquier otra entidad territorial por el **consejo legislativo** como órgano del poder estatal, tal y como de forma expresa lo señala la Constitución en el artículo 162: *“Artículo 162. El Poder Legislativo se ejercerá en cada Estado por un Consejo Legislativo conformado por un número no mayor de quince ni menor de siete integrantes, quienes proporcionalmente representarán a la población del Estado y de los Municipios.”*

De esta forma es el consejo legislativo y no los llamados *parlamentos comunales* la expresión del poder legislativo a nivel estatal. Conforme a la Constitución y la ley a este consejo le corresponde el ejercicio de aquella atribución competencial manifestada a través de leyes estatales. De manera que el artículo 13 de la Constitución de Cojedes al consagrar la posibilidad de que los llamados *parlamentos comunales* propongan ante la Asamblea Nacional un anteproyecto de ley para modificar los límites territoriales del estado lo que genera es un desconociendo de la significación del consejo legislativo como expresión de la autonomía política de los estados y como instancia que debería tener protagonismo en la materia sin sustituir a los electores. Todo será regulado en la Ley Orgánica de División Político-Territorial de la República.

Además, ello vulnera el artículo 162 y 204 de la Constitución. Esta última disposición establece la figura de la iniciativa legislativa y menciona de forma expresa a quiénes corresponde. Esta disposición constitucional establece:

Artículo 204. La iniciativa de las leyes corresponde:

- 1. Al Poder Ejecutivo Nacional.*
- 2. A la Comisión Delegada y a las Comisiones Permanentes.*
- 3. A los y las integrantes de la Asamblea Nacional, en número no menor de tres.*
- 4. Al Tribunal Supremo de Justicia, cuando se trate de leyes relativas a la organización y procedimientos judiciales.*
- 5. Al Poder Ciudadano, cuando se trate de leyes relativas a los órganos que lo integran.*
- 6. Al Poder Electoral, cuando se trate de leyes relativas a la materia electoral.*
- 7. A los electores y electoras en un número no menor del cero coma uno por ciento de los inscritos e inscritas en el Registro Civil y Electoral.*
- 8. Al Consejo Legislativo, cuando se trate de leyes relativas a los Estados.*

La iniciativa legislativa corresponde, conforme al transcrito artículo 204 constitucional, a los órganos ahí mencionados. En este aspecto la redacción de la norma es clara en dos sentidos: tanto excluyente al no prever

la posibilidad de que los llamados *parlamentos comunales* hagan uso de esta herramienta legislativa, como exclusivo al disponer que cuando se trate de leyes relativas a los estados la iniciativa corresponderá a los consejos legislativos. De allí que la argüida inconstitucionalidad también halle fundamento en el vicio de usurpación de competencias constitucionales vulnerando el artículo 162 y 204 de la Constitución.

Por los motivos antes expuestos se demanda la nulidad del artículo 13 de la Constitución de Cojedes por inconstitucionalidad en relación con los artículos 16, 156.23, 71, 73, 162, 204 de la Constitución de la República.

2.3. Violación a la distribución de poderes constitucionalmente establecida. Violación al principio de competencia y a la reserva legal

Se demanda la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 66 de la Constitución bolivariana del estado Cojedes, el cual dispone:

Deberá consultarse a los otros órganos del poder público del Estado Bolivariano de Cojedes, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad civil los proyectos de leyes para oír su opinión sobre los mismos. Tendrán derecho de palabra en los referidos procedimientos legislativos el Gobernador o Gobernadora o quien éste o ésta designe, un representante del Poder Ciudadano Estadal, un Alcalde o Alcaldesa que escoja la asociación de Alcaldes del Estado y los representantes de las Comunas, Consejos Comunales u otras organizaciones de base del poder popular, en los términos que establezcan la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la ley y el Reglamento Interior y de Debates del Consejo Legislativo.

El artículo 66 de la Constitución de Cojedes enuncia la existencia de un *poder ciudadano estadal*. Sobre la inconstitucionalidad de crear un poder ciudadano a través de las constituciones estadales, la sala constitucional ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse. Así en la decisión No. 111/2004 este tribunal declaró que:

En primer lugar, el artículo 136 de la Constitución de la República prescribe que el Poder Público Nacional se divide en los siguientes poderes: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Por su parte, el artículo 156, numeral 31, establece que es de la competencia del Poder Público Nacional “La organización y administración nacio-

nal de la justicia, del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo”, y en el numeral 32, y con un objetivo manifiestamente general, se afirma que corresponde a dicho Poder legislar sobre la organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional e institucionales nacionales del Estado.

Es decir, el nivel nacional del Poder Público, cuenta entre sus órganos con un Poder Ciudadano, integrado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República (art. 273 de la Constitución de la República); y al órgano legislativo nacional le corresponde legislar sobre la organización y funcionamiento de dicho poder.

En segundo lugar, al Poder Estatal se le atribuyó la potestad de legislar sobre las materias de su competencia. No obstante, de un estudio detallado del Capítulo III, Título IV de la Constitución de la República, referido al Poder Público Estatal, y particularmente su artículo 164, que expresa las competencias exclusivas de los Estados, puede concluirse que en la organización de tales entidades federales no fue incluido un Poder Ciudadano, ni les fue conferida de ninguna forma ni en ningún grado la potestad de legislar sobre el ejercicio de la Defensoría del Pueblo o del Ministerio Público.[Resaltado añadido]

Del extracto citado no quedan dudas acerca de la competencia exclusiva que tiene el poder central en la organización del poder ciudadano, cuyo carácter exclusivo no solo lleva al reconocimiento expreso a tal nivel de gobierno de esa atribución constitucional, sino a la imposibilidad de ejercerla en que se encuentra cualquier otro nivel político territorial. En este caso concreto el poder público estatal.

Al respecto el artículo 156.31 de la Constitución establece:

Artículo 156. Es de la competencia del poder público nacional:

(...) 31. La organización y administración nacional de la justicia, del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo».

El numeral 32 dispone:

La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y te-

*territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y **funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional.*** [Resaltado añadido]

En concordancia con estas disposiciones el artículo 187. 1 de la Constitución preceptúa: “*Corresponde a la Asamblea Nacional: Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional.*”

Tal como se expuso en otros apartados de este recurso: al ejercer facultades normativas debe respetarse la distribución constitucional de competencias. En tal sentido cabe recordar que mediante decisión del 23 de marzo de 2007, No. 950, este alto tribunal estableció:

*Como puede apreciarse de la disposición transcrita [refiriéndose al artículo 156.32 antes citado], el constituyente estableció en forma clara que el funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado **es materia reservada al legislador nacional.** En este sentido, aprecia la Sala que el artículo 25 de la Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios Públicos o Funcionarias Públicas y los o las Particulares ante el Consejo Legislativo del Estado Lara o sus Comisiones, dictada por el Consejo Legislativo de ese Estado (objeto de impugnación), prevé la citación –para la comparecencia ante el Consejo Legislativo– de funcionarios de la Administración Pública Nacional, lo cual incide en el funcionamiento de esta Administración Pública Nacional.* [Resaltado añadido]

De esta manera y de acuerdo al criterio pacífico de la sala constitucional –vid. sentencias 1182/2000; 1395/2001; 3255/2003; 565/2008; 780/2011 y 973/2012– ha quedado sentado que:

Aunque se reitera que constitucionalmente los Estados están favorecidos por el principio de autonomía para organizar sus Poderes Públicos, debe advertirse que tal autonomía es relativa y por tanto está sometida a diversas restricciones establecidas en la Constitución y en la ley; por ello, si bien es posible que los Estados puedan desarrollar normas especiales vinculadas a las competencias propias del artículo 164 de la Constitución, ellas deben adecuarse al ordenamiento jurídico nacional

que necesariamente las afecta, en la medida que la homogeneidad o estandarización por normas de rango legal dictadas por la Asamblea Nacional –en el ámbito de sus competencias–, viabilizan la consecución de un funcionamiento eficaz y adecuado de la prestación de servicios y bienes a los intereses generales de la nación (Vid. sentencias de esta Sala, Nos. 597 del 26 de abril de 2011, caso: “Municipio Maracaibo del Estado Zulia”; 780 del 24 de mayo de 2011, caso: “Julián Isaías Rodríguez Díaz”; y 781 del 24 de mayo de 2011, caso: “Julián Isaías Rodríguez Díaz”)

En esta línea es relevante la opinión de la Defensoría del Pueblo expuesta en el caso de la impugnación de la Constitución del estado Apure, donde se declaró inconstitucional la creación de un poder ciudadano estatal mediante sentencia No. 973 del año 2013 antes referida. La Defensoría del Pueblo señaló como tercero adhesivo al recurso:

las normas contenidas en los artículos 52, 94, 111, numeral 21; 144 y 145 de la Constitución del Estado Apure están viciadas de inconstitucionalidad en virtud de vulnerar en forma flagrante el PRINCIPIO DE LEGALIDAD y el PRINCIPIO DE LA DIVISIÓN DE PODERES PÚBLICOS, así como el PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL, dado que contienen disposiciones relativas al Poder Ciudadano, el cual es un órgano del Poder Público Nacional, cuya regulación legal corresponde a la Asamblea Nacional, su integración y funciones se encuentran establecidas en los artículos 273 y siguientes de la Carta Magna, así como en la Ley Orgánica del Poder Ciudadano. [Mayúscula en el original]

En consecuencia el consejo legislativo del estado cojedes ha vulnerado las competencias constitucionalmente establecidas, usurpando funciones del Poder Legislativo nacional al crear un poder ciudadano estatal. Ahora bien, por los motivos antes expuestos se demanda la nulidad del artículo 66 de la Constitución de Cojedes por inconstitucionalidad en relación con los artículos 156.31 y 32; y 187.1 de la Constitución de la República.

2.4. Violacion de la regulación nacional del sistema de contrataciones públicas y del principio de legalidad de la administración pública

Se demanda la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 86.14 de la Constitución del estado bolivariano de Cojedes:

Artículo 86: El Gobernador o Gobernadora del Estado Bolivariano de Cojedes, tendrá los siguientes deberes y atribuciones: (...) 14.- Adjudicar por vía directa y simplificada, contratos de suministros, obras o servicios a las Comunas, Consejos Comunales u otras organizaciones del poder popular de conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal.

El citado precepto de la Constitución de Cojedes faculta al gobernador para adjudicar de manera *directa* los contratos de suministros, obras o servicios en el supuesto mencionado y sin mayores formalidades, cautelas o restricciones, lo cual es contrario a la Constitución.

Las modalidades de selección de contratistas se encuentran reguladas a nivel nacional en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas, en concreto, la contratación directa está prevista en el Capítulo VI de dicho decreto, cuyo artículo 101 establece:

*Se podrá proceder **excepcionalmente** por Contratación Directa, independientemente del monto de la contratación, **siempre y cuando la máxima autoridad del contratante, mediante acto motivado, justifique adecuadamente su procedencia**, en los siguientes supuestos: (...) 13. Cuando se trate de contrataciones a organizaciones socioproductivas creadas en el marco de la Ley que rige el sistema económico comunal o comunidades organizadas mediante la adjudicación de proyectos para impulsar el desarrollo de las mismas.*

La norma transcrita es clara al declarar el carácter excepcional de los sistemas de adjudicación directa, la cual requiere de un acto motivado de la máxima autoridad contratante. A este respecto el artículo 6 numeral 29 define la contratación directa como “*la modalidad de selección de contratista que realiza el contratante, aplicando los supuestos cualitativos contemplados en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley.*”

Así esta es una potestad que ostenta la máxima autoridad contratante cuyo contenido ha de ser interpretado de manera restrictiva, a la vez, su excepcionalidad radica en la flexibilización de los principios de transparencia, igualdad, competencia –entre otros– que orientan la interpretación de las leyes sobre contratación pública, tal y como se encuentra establecido en la exposición de motivos del decreto ley. Esto se encuentra reafirmado en la exigibilidad de un acto motivado que tienda a justificar la aplicación de los supuestos taxativamente enunciados por el legislador en el artículo 101.

Estos principios tienen consagración constitucional y rigen la actuación de la administración pública. En este sentido el artículo 141 en la sección segunda del título IV de la Constitución establece:

Artículo 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

La motivación de los actos de la administración pública es manifestación del principio de legalidad que representa base esencial del Estado social de derecho y de justicia establecido en el artículo 2 de la Constitución de la República y sirve como mecanismo de interdicción de la arbitrariedad. El acto motivado resulta un extremo formal y sustancial del principio de legalidad de los contratos y de la actuación de la administración pública, lo cual resulta de obligatorio pronunciamiento en los contratos de adjudicación directa. Así ha quedado expreso en el artículo 6 del decreto ley mencionado cuyo numeral 30 establece:

Acto Motivado para Contratación Directa: Acto dictado conforme a la Ley que regula la materia de procedimientos administrativos, que debe contener toda la información que justifique la contratación, y especialmente: exposición sucinta de los hechos, justificación legal, fundamentación y decisión de la contratación directa con mención del contratista seleccionado.

Así mismo el reglamento en la materia –vigente en todo lo que no colida con el novísimo decreto ley– establece en su artículo 117 la procedencia de la contratación directa solo en aquellos casos en los que se hubiere agotado los procedimientos competitivos. De este modo se muestra en los siguientes términos:

Artículo 117 Procedencia de Contratación Directa por agotamiento de procedimientos competitivos El órgano o ente contratante, efectuado el procedimiento señalado en el Artículo 90 de la Ley de Contrataciones Públicas, y declarada desierta la Consulta de Precios, podrá proceder a la Contratación Directa prevista en el numeral 12 del artículo 76 de la citada Ley. Para proceder a esta modalidad deben siempre agotarse los procedimientos de acuerdo a los supuestos cuantitativos que correspondan.

De forma que el legislador estatal no puede otorgar en la constitución una atribución abierta y general al gobernador para una competencia reconocida en la legislación nacional con carácter excepcional y restrictivo. Esta atribución en los términos previstos en la constitución estatal, ignorando los extremos legales que en aplicación de la Constitución se han desarrollado, contraría los principios de participación, transparencia, rendición de cuentas y legalidad previstos en el artículo 141.

Por lo anteriormente expuesto se demanda la nulidad del artículo 86.14 de la Constitución del estado bolivariano de Cojedes al ser contrario con lo establecido en el artículo 141 de la Constitución

2.5. Violación de las competencias del poder público nacional en relación con el régimen socioeconómico establecido en la constitución

Se demanda la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 100 de la Constitución del estado bolivariano de Cojedes:

Artículo 100: El Gobierno del Estado Bolivariano de Cojedes, apoyará todas aquellas iniciativas y propuestas formuladas por las comunas, consejos comunales u otras organizaciones del poder popular que tengan por objeto el trueque y el intercambio justo y solidario de bienes, servicios, saberes y conocimientos, en forma periódica. Se podrán usar monedas comunales como instrumento alternativo a la moneda de curso legal en aquellos espacios donde las células geohumanas así lo decidan. Este proceso estará regido por la Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal.

Por su parte el artículo 318 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone:

Las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela. El objetivo fundamental del Banco Central de Venezuela es lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.

El Banco Central de Venezuela es persona jurídica de derecho público con autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia. El Banco Central de Venezuela ejercerá sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos superiores del Estado y la Nación.

Para el adecuado cumplimiento de su objetivo, el Banco Central de Venezuela tendrá entre sus funciones las de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito y las tasas de interés, administrar las reservas internacionales, y todas aquellas que establezca la ley.

Esta norma regula varias cuestiones: i) constitucionaliza la unidad monetaria en una frase que no ofrece dudas: *La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar*. Precedida y seguida de un punto esta oración blindada con la fuerza normativa de la Constitución al *bolívar* como la unidad monetaria. ii) Establece la posibilidad de instituir una moneda común como parte de los procesos de integración en la región que, en todo caso, deberá aprobarse por la vía de tratado internacional. iii) Prevé un sistema de competencias en lo que respecta al sistema monetario nacional que, de forma exclusiva y obligatoria, está a cargo del Banco Central de Venezuela, entidad perteneciente al poder público nacional.

Es preciso destacar que el Banco Central de Venezuela “*es una persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, de naturaleza única, con plena capacidad pública y privada, integrante del Poder Público Nacional*” [Resaltado añadido. Artículo 1 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela].

Las competencias del poder público nacional se encuentran establecidas en el artículo 156 de la Constitución y en lo que respecta al sistema monetario dicho artículo reza: “*Es de la competencia del Poder Público Nacional: 11. La regulación de la banca central, del sistema monetario, del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda.*”

De esta forma compete solo al poder público nacional a través del Banco Central de Venezuela lo correspondiente al régimen monetario de la nación estando vedados a los estados y municipios regular mediante sus

leyes y ordenanzas en esa materia. El Decreto con Rango y Fuerza de Ley del Banco Central de Venezuela, recientemente reformado, establece en consonancia con el artículo 318 de la Constitución que el bolívar es la unidad monetaria en los siguientes términos:

Artículo 106. La unidad monetaria de la República Bolivariana de Venezuela es el bolívar. En caso de que se instituya una moneda común, en el marco de la integración latinoamericana y caribeña, podrá adoptarse la moneda que sea objeto de un tratado que suscriba la República.

El artículo 106 reproduce de esta forma al artículo 318 constitucional y dispone como única excepción el establecimiento de una moneda comunitaria que, en todo caso y al instituirse por la vía de tratado internacional, presupone el ejercicio de una competencia conferida al Presidente de la república conforme el artículo 236.4 de la Constitución: *“Artículo 236. Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: 4. Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales.”*

El ordenamiento constitucional venezolano proscribe de esta manera la adopción de cualquier otra moneda distinta al bolívar salvo la única excepción establecida por la vía de tratado internacional. Dicho de este modo el reconocimiento en la constitución de Cojedes de una moneda comunal no solo contraría el sistema de competencias reconocido al poder público nacional, sino que es contrario al régimen monetario establecido en la Constitución.

Por tanto la única moneda de curso legal en el territorio nacional es el bolívar, y puede encontrar asidero constitucional una moneda distinta **solo a través de la integración económica regional por medio de tratado internacional.**

Esta afirmación se ve confirmada por el legislador nacional no solo con la ley del Banco Central de Venezuela ya referida, sino cuando a través del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos define por divisa cualquier moneda distinta al Bolívar. De este modo se manifiesta en el artículo 2:

Todas las monedas diferentes al bolívar, entendido este como la moneda de curso legal en Venezuela, incluidos los depósitos en ban-

cos e instituciones, las transferencias, cheques bancarios y letras, títulos valores o de crédito, así como cualquier otro activo u obligación que este denominado o pueda ser liquidado o realizado en moneda extranjera en los términos que establezca el Banzo Central de Venezuela y conforme al ordenamiento jurídico venezolano. [Resaltado añadido]

De esta manera la emisión y circulación cualquier moneda, billete, cheques u otra modalidad en el territorio como *moneda* distinta al bolívar no solo genera una situación inconstitucional, sino que podría constituir un delito tipificado en la legislación venezolana.

Por lo anteriormente expuesto se demanda la nulidad del artículo 100 de la Constitución del estado bolivariano de Cojedes al ser contrario con lo establecido en los artículos 156.11 y 318 de la Constitución.

2.6. Violación a los principios fundamentales del pluralismo político, la democracia y la preeminencia de los derechos humanos contenidos en el título I de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Se demanda la nulidad por inconstitucionalidad de los siguientes artículos de la Constitución del estado bolivariano de Cojedes:

Artículo 6: El Gobierno del Estado Bolivariano de Cojedes, tiene como fines esenciales la defensa, el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad socialista 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 reconocidos y consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y esta Constitución; la educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.

Artículo 104: El Estado Bolivariano de Cojedes, promoverá el desarrollo de un modelo económico productivo intermedio, diversificado e independiente, fundado en los valores humanísticos de la cooperación y la preponderancia de los intereses comunes sobre los individuales, que garantice la satisfacción de las necesidades sociales y materiales del pueblo, la mayor suma de estabilidad política y social y la mayor suma de felicidad posible; creando las mejores condiciones para la construcción colectiva y cooperativa de una economía socialista.

Estos dos artículos violan el principio constitucional del pluralismo político por cuanto incluyen como fin esencial del gobierno del estado Cojedes la construcción de una *sociedad socialista* (art. 6) y promueven un modelo de economía socialista (art. 104). Esto lesiona el pluralismo político, pues –en virtud del mismo– la Constitución debe estar abierta a distintas concepciones filosófico-políticas y a diversos modelos político-económicos que no pueden ser sacralizados o constitucionalizados si no son opciones válidas dentro del juego democrático y la alternancia.

El pluralismo político está reconocido como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 2 de la Constitución y forma parte de los principios intangibles del Gobierno en sus distintos niveles, según se expone en el artículo 6: *“El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.”*

Además, este principio está vinculado a la prohibición constitucional de discriminación por motivos de *“raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona”*, artículo 21.1 CRBV.

La relevancia constitucional de estas disposiciones no radica solo en preservar la igualdad –por equiparación o diferenciación como ha sido el criterio de la sala– de los titulares de derechos en la protección y disfrute de los mismos, sino en el deber del estado de que sus decisiones políticas no generen condiciones para el ejercicio de los derechos que favorezcan, indebidamente, a unos sectores frente a otros o impongan una posición ideológica, religiosa o moral que excluya a todo aquel que no se identifique con sus postulados.

Los poderes públicos –cualquiera que sea su naturaleza: legislativa, ejecutiva, judicial o nivel: estatal, regional, municipal– deben abstenerse de participar tomando posiciones activas sobre ideas y creencias políticas, morales, filosóficas, estéticas, entre otras. Ello implica que deben, en principio, dar el mismo trato a todas las ideas y creencias. Esto ha sido desarrollado en la teoría constitucional y política como el principio de neutralidad

ideológica del estado (Diez-Picazo, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, pág. 255, 2008). El pluralismo político está ligado, igualmente, a la neutralidad de concepciones filosóficas o del bien y, por esta vía, con la libertad de conciencia, de enseñanza y de opinión. Es además un presupuesto de la participación democrática.

El citado artículo 6 de la Constitución del estado Cojedes se aparta, abiertamente, del principio de pluralismo político al pretender conferir carácter vinculante a una ideología concreta: el socialismo. Esta idea erige la construcción de una sociedad socialista como uno de los fines del gobierno estatal. Lo hace, además, alterando lo dispuesto en el artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, donde se afirma que:

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

La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines.

Nótese que el artículo 6 de la Constitución del estado Cojedes recoge la formulación del artículo 3 de la Constitución de la República y la aplica al gobierno del estado, pero introduce un cambio esencial: sustituye la alusión a la justicia por la mención del socialismo, en lugar de referirse a una *sociedad justa y amante de la paz* (art. 3 CRBV) habla de una *sociedad socialista y amante de la paz*, la cual vulnera el pluralismo, pues mientras la justicia es un valor superior del ordenamiento que es común a las distintas doctrinas filosófico-políticas, que está abierto a diversas lecturas, el socialismo es una ideología concreta y omnicomprendiva que en forma de sistema responde a las preguntas fundamentales sobre su relación con el estado entre los intereses colectivos y los individuales, entre la propiedad privada y la pública, entre la autoridad y la libertad. Mientras que en una democracia estas cuestiones son susceptibles de variadas aproximaciones y posturas dentro del marco principista de la Constitución.

Así mismo el artículo 104 de la Constitución del estado bolivariano de Cojedes objetó de impugnación al consagrar un sistema económico circunscrito a la ideología y al programa político socialista encauzado al proceso productivo dentro del cual está, naturalmente, el trabajo y los postulados de dicha doctrina, lo cual resulta incompatible con las obligaciones a cargo del estado impuestas en el artículo 89 numeral 5 de la Constitución:

El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:

6.- Se prohíbe todo tipo de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición.

El régimen socioeconómico previsto en la Constitución, especialmente en su artículo 299, no se corresponde con un modelo político económico específico como el socialismo ni con otro modelo particular. Más bien se inscribe dentro de la idea general de una economía mixta con una gran elasticidad o flexibilidad que admite inclinaciones favorecedoras o limitativas de la intervención estatal dentro del amplio marco de los principios constitucionales. Por ello es inconstitucional establecer que el estado Cojedes debe promover las condiciones que permitan instaurar una economía socialista.

El pluralismo político no significa en modo alguno indiferencia ideológica del estado. La propia Constitución contiene orientaciones valorativas. No obstante, tales orientaciones parciales compartidas están estructuralmente abiertas a la diversidad de las concepciones globales o comprensivas que conviven en la sociedad y se prohíbe al estado la proclamación de un credo político, filosófico o moral unitario. El establecimiento así de una ideología por parte del estado como la socialista afecta la esfera de elección de la persona como titular de la libertad de conciencia consagrada en el art. 61 de la Constitución, el cual dispone:

Artículo 61. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte su personalidad o constituya delito. La objeción de conciencia no puede invocarse para eludir el

cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos.

Es preciso insistir en que *la construcción de una sociedad socialista* niega la diversidad de tendencias y opiniones ideológicas, políticas o filosóficas existentes en el propio concepto de *sociedad* como entidad grupal heterogénea, ya que coloca como fin del gobierno estatal la consecución de un modelo concreto de sociedad: la socialista.

Podrían aquí reseñarse múltiples conceptos de sociedad desde Bobbio, Marx, Hegel, Gramsci y todos parten de la existencia de relaciones y situaciones de conflicto dadas por las diferencias: algunas vinculadas al ámbito económico y de las necesidades, otros vinculados a aspectos histórico-culturales. Hasta esta sala constitucional ha dado crédito a la innegable condición heterogénea y plural de la sociedad cuando en su decisión No. 1395 del año 2000 definió a los entes colectivos así:

*5) Debido a lo etéreo que resulta el concepto de sociedad civil, ella tiene que estar conformada por actores sociales organizados en forma democrática, los cuales por interpretación del artículo 293 de la Constitución de 1999, que señala que los procesos electorales de las organizaciones de la sociedad civil, los puede dirigir el Consejo Nacional Electoral, tienen que ser organismos con funcionamiento democrático, con un número de miembros que permita elecciones, por lo que **la sociedad civil no puede estar representada por individualidades, por mas notables que sean, por autopostulados, por grupúsculos sin personalidad jurídica y organizaciones semejantes.** Si bien es cierto que la sociedad civil y otros entes, carecen de personalidad jurídica, sus actores sociales deben tenerla, como resultado del artículo 293 eiusdem. Ahora bien, no toda organización no gubernamental (ONG), por el hecho de serlo puede ser representante de la sociedad civil, ni pertenece a ella. Sus finalidades pueden ser inocuas en relación a las áreas de participación que les señala la Constitución y las leyes.*

*La necesidad de una vida democrática y la designación de sus directivos mediante elecciones, asambleas, etc, conduce a que los actores sociales con poder representativo, sean personas jurídicas. La ley deberá señalar las condiciones de estas personas jurídicas para ser tenidas por tales representantes, lo que incluye un registro de ellas. Mientras esto sucede la legitimación en juicio corresponde a personas jurídicas con un grupo representativo de personas naturales, ya que **a juicio de esta Sala un universo de va-***

rios miembros, permite la discusión de ideas y la toma de decisiones con discusión previa, así como la elección de un representante que es mas legítimo que la autorepresentación que se atribuye una persona.

6) Los actores sociales que conforman la sociedad civil son organizaciones no gubernamentales de la más diversa índole, pero sus voceros no pueden ser ni militares activos, ni religiosos. Si los militares en servicio activo y quienes no son de estado seglar, tienen limitaciones para ejercer cargos como los de gobernadores (artículo 160 de la Constitución), de alcaldes (artículo 174 eiusdem), de Presidente de la República (artículo 227 de la vigente Constitución); de jueces (artículo 11 de la Ley de Carrera Judicial); o para ejercer la abogacía (artículo 12 de la Ley de Abogados); y otras leyes limitan su acceso a cargos representativos, mal pueden representar a la sociedad civil. [Resaltado añadido]

El anterior extracto refleja de forma expresa que la democracia como forma de estado de gobierno y principio constitucional establecido en nuestro texto constitucional de 1999 es un método de construcción de voluntades a través de mecanismos de elección de mayorías, ello no justifica por parte de los órganos del poder público la imposición de una única visión: la de *la sociedad socialista o la economía socialista*. El propio concepto de representación en el sistema democrático implica por antonomasia el principio de pluralidad.

El Reglamento de Interior y Debates del Consejo Legislativo del estado Cojedes establece en su artículo 6:

Es fin esencial del Consejo Legislativo del Estado el ejercicio democrático de la voluntad popular a la cual está sometido. Además, el Consejo Legislativo es el órgano del Poder Público que expresa la pluralidad democrática del Estado Cojedes, resultante del ejercicio libre de la voluntad popular. Sus actos han de reflejar en cuanto fuere posible, el sentimiento de la diversidad de criterios coexistentes en la entidad o en su defecto de la mayoría de los ciudadanos y de las ciudadanas, en sus actuaciones prevalece el espíritu democrático, alentando la participación ciudadana en sus decisiones, fomentando el debate creador y desarrollando una cultura cívica y de sana crítica frente al Poder Público en su generalidad. [Resaltado añadido]

La idea de representación política en la democracia es la de una representación diversa y plural. Los actos de los poderes públicos y, en este caso, del consejo legislativo del estado Cojedes están obligados en virtud del principio democrático a reflejar los *criterios coexistentes en la entidad* y su constitución estatal, como acto emanado de su seno, no puede bajo la vigencia de la Constitución de 1999 ni en virtud de su carácter representativo y democrático sacralizar un único modelo de sociedad o un proyecto de sociedad y modelo productivo anclado a una única ideología política.

Por lo anteriormente expuesto los artículos 6 y 104 de la Constitución del estado Bolivariano de Cojedes son contrarios a los artículos 2, 6, 21.1, 61, 85.5 y 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

2.7. Violación a la participación política como derecho y como principio reconocidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Se demanda la nulidad por inconstitucionalidad de los siguientes artículos de la Constitución del estado bolivariano de Cojedes:

Artículo 120: La enmienda a esta Constitución se tramitará por la iniciativa del quince por ciento de los ciudadanos o ciudadanas inscritos o inscritas en el Registro Civil y Electoral respectivo o del treinta por ciento de los integrantes del Consejo Legislativo o del Gobernador o Gobernadora del Estado Cojedes en Consejo de Secretarios.

Cuando la iniciativa parta del Consejo Legislativo, la enmienda requerirá la aprobación de este por la mayoría de sus integrantes y se discutirá en su seno según el procedimiento establecido en esta Constitución para la formación de leyes. Aprobadas las mismas de acuerdo con lo que señala esta Constitución, se procederá a enumerarlas consecutivamente y se publicarán a continuación de esta Constitución sin alterar el texto de esta, y se anota al pie del artículo o artículos enmendados, la referencia de número y fecha de enmienda que lo modificó. Igual procedimiento se aplicará a las solicitadas por los ciudadanos o ciudadanas y el Gobernador o Gobernadora.

Artículo 121: La Reforma Constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales de la presente Constitución.

Se tramitará por la iniciativa de la mayoría del voto de los integrantes del Consejo Legislativo, el Gobernador o Gobernadora en Consejo de Secretarios o un número no menor del quince por ciento de los electores o electoras inscritos o inscritas en el Registro Civil y Electoral que lo solicite.

La iniciativa de reforma Constitucional del Consejo Legislativo tendrá una primera discusión en el periodo de sesiones correspondientes a la presentación de la misma, una segunda discusión por título o capítulo según sea el caso, en la tercera y última discusión será artículo por artículo y se aprobará el proyecto en un plazo no mayor de dos años, contados a partir de la fecha en la cual conoció y aprobó la referida solicitud. Igual procedimiento se aplicará a las solicitadas por los ciudadanos y ciudadanas y el Gobernador o Gobernadora.

El proyecto de reforma aprobado se remitirá al Gobernador o Gobernadora y estará obligado u obligada a promulgar las enmiendas o reformas, dentro de los diez días siguientes a su aprobación. Si no lo hiciere, se aplicara lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la presente Constitución y las leyes.

La regulación en la Constitución estatal de Cojedes de las vías de modificación del texto constitucional no contempla ningún mecanismo de participación popular. Es sabido que desde la entrada en vigor de la Constitución de 1999 la participación ha de impregnar todos los ámbitos de la gestión pública y, aún más, los procesos de elaboración de las leyes como se refleja en los artículos 70 y 211 de la Constitución.

Esta exigencia de participación en la formación de las leyes es aplicable a las constituciones estatales, tal como lo ha indicado la propia sala constitucional:

A l compartir las constituciones estatales la naturaleza jurídica de las leyes de ese ámbito político territorial, deben garantizar para su validez, no la realización de un referéndum aprobatorio en los términos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino la participación ciudadana en el procedimiento de consulta, conforme a la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados. Así, es esa la debida interpretación de la norma cuya nulidad se solicitó, acorde con el régimen jurídico venezolano de los Consejos Legislativos de los Estados y a la interpretación que a la luz de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha de dársele al artículo 15.1 de la Ley Orgánica

de los Consejos Legislativos de los Estados, de manera que su contenido sea acorde con los principios y garantías del Texto Fundamental. [Resaltado añadido, SC 597/2011 caso constitución del edo. Zulia]

En esta decisión la sala establece como extremo mínimo para garantizar la *validez* de las constituciones estatales –tenidas como normas estatales con rango de ley de carácter regional SSC 597/2011– la participación ciudadana a través del procedimiento de consulta. En tal sentido en los procesos de formación de las leyes estatales no puede prescindirse de esta fase consultiva, incluso tratándose de la constitución estatal llamada a “*regular la organización y funcionamiento de los poderes públicos estatales*” [SSC 597/2011].

Lo expuesto se ve reforzado por el criterio de la sala constitucional relativo a la aplicación –a la elaboración de las leyes estatales– del procedimiento de formación de las leyes establecido en la Constitución de la República como norma básica o de mínimos:

(i) la aplicación del procedimiento de formación de las leyes previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y a su alcance previsto por la ley nacional; (ii) de manera subsidiaria, a lo determinado en el Reglamento de Interior y Debates de cada órgano legislativo estatal, siempre que se adecue a la Constitución y a la ley nacional en la materia. [SSC 1551/2012]

Acudiendo a la primera fuente normativa la Constitución de la República prescribe la consulta a los ciudadanos y a la sociedad organizados en el proceso de formación de las leyes. De este modo se dicta en su artículo 211:

*La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, **consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos.** Tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes los Ministros o Ministras en representación del Poder Ejecutivo; el magistrado o magistrada del Tribunal Supremo de Justicia a quien éste designe, en representación del Poder Judicial; el o la representante del Poder Ciudadano designado o designada por el Consejo Moral Republicano; los o las integrantes del Poder Electoral; los Estados a través de un o una representante designado o designada por el Consejo Legislativo y los o las representantes de la*

sociedad organizada, en los términos que establezca el reglamento de la Asamblea Nacional. [Resaltado añadido]

Por tanto el texto constitucional estatal no puede obviar, al regular los procedimientos para su modificación, la consulta ciudadana ya que esto resulta flagrantemente contrario a los mínimos exigidos por la Constitución que están excluidos de la esfera disponible por el legislador estatal.

La Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados –a la cual se debe observancia de acuerdo al sistema de fuentes dispuesto en la estructura normativa y el criterio de la sala constitucional antes citado: SSC 597/2011; 1551/2012– regula el proceso de formación de las leyes en el capítulo V *De la formación de las Leyes* y en el artículo 37 establece:

El proceso de formación, discusión y aprobación de las leyes, se regulará por lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y lo previsto en el Reglamento Interior y de Debates de cada Consejo Legislativo Estatal. En ningún caso podrán ser aprobadas leyes que no hayan sido sometidas a un mínimo de dos (2) discusiones.

El artículo 39 de dicha ley dispone en lo que respecta a la consulta pública: *“Cuando se legisle en materias relativas a los municipios y la sociedad civil, los mismos serán consultados por el Consejo Legislativo del Estado a través de los mecanismos que establezca la ley.”*

El proceso de formación de las leyes estatales debe seguir las fases obligatorias previstas en la Constitución en la sección cuarta del capítulo I título V. Hay que considerar que las constituciones estatales, conforme ha dicho la sala constitucional, son “actos en ejecución directa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela con rango de ley y de carácter regional». En igual sentido el legislador orgánico ha dispuesto la consulta de forma imperativa a la sociedad civil y a los municipios.

La consulta, como fase obligatoria en el proceso de elaboración de las normas, ha permeado todo el ordenamiento jurídico venezolano. Así la LOPPM establece en el art. 266:

El Concejo Municipal deberá consultar a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada, durante el proceso de discusión y aprobación de los proyectos de ordenanzas, a los fines de promover la incorporación de sus propuestas. Esta consulta se hará a través de diversas modalidades de participación, que garanticen una consulta abierta a los efectos de aprobar

su contenido, todo de acuerdo con lo establecido en su Reglamento Interior y de Debates, y demás normativas relativas a la materia de participación.

El incumplimiento de este requisito será causal para la nulidad del respectivo instrumento jurídico. [Resaltado añadido]

Además de obligatoria la consulta ha de ser pública, es decir, todos los interesados deben estar en posibilidad de saber que hay un proceso de consulta pública sobre un tema que les concierne. En tal sentido debe garantizarse la convocatoria y la publicidad de la convocatoria. Asimismo la Ley Orgánica de la administración pública establece la nulidad de cualquier proyecto normativo en los órganos o entes del sector público que no sea sometido a consulta, tal como dispone su artículo 140:

El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas según el procedimiento previsto en el presente Título.

De este modo queda corroborado que el sistema jurídico venezolano prevé de forma obligatoria la consulta pública dentro del proceso de formación de las leyes, lo cual comprende a las constituciones estatales.

En cuanto al Reglamento Interior y de Debates –de aplicación subsidiaria o complementaria conforme a lo estatuido por la sala en su jurisprudencia– se observa que este desarrolla el procedimiento para la formación de las leyes en el título VIII, arts. 167 y siguientes. El artículo 168 dispone la obligación de poner a disposición un ejemplar del proyecto a los órganos representativos de la sociedad civil organizada con los fines de garantizar que la ciudadanía en general sepa de la existencia del proyecto, esto en los siguientes términos:

Verificación de las formalidades del proyecto de ley. Artículo 168. Recibido un proyecto de Ley, la Presidencia verifica si reúne los requisitos en la Constitución del Estado y en este Reglamento. En caso afirmativo, se imprime y se pone a disposición de los legisladores y las legisladoras y de los órganos representativos de la sociedad civil organizada. Igualmente, agenciará lo necesario para que la ciudadanía en general

sepa de la existencia del proyecto y en la medida de lo posible pueda tener acceso a él. No puede iniciarse la discusión de un proyecto de ley, si previamente no se facilitan las copias de su original a todos los integrantes del Consejo Legislativo.

Este reglamento impone al consejo legislativo el deber de estimular la participación popular en el artículo 7, así como el derecho de participación ciudadana en las actuaciones del consejo en el artículo 8. De esta forma en el marco normativo regulador de los procedimientos para la formación de leyes y constituciones estatales se impone la participación de la ciudadanía. Así al prever las propias constituciones estatales los procesos de enmienda y reforma de sus preceptos deben, también, prever de manera expresa la fase de consulta obligatoria durante la discusión de la modificación constitucional proyectada para adecuarse a la Constitución de la República y al resto del ordenamiento nacional de rango orgánico y ordinario.

De esta manera el procedimiento regulado en los artículos 120 y 121 de la Constitución del estado Cojedes fueron redactados sin la observancia de los imperativos constitucionales que condicionan la validez de las normas ni tampoco siguiendo el criterio desarrollado por la sala que, como se ha citado, exige la consulta pública como estándar mínimo para la validez de los instrumentos.

Recuérdese que la participación fue incorporada en la Constitución de 1999 como principio fundamental, así se dicta en el artículo 6 de la Constitución: *“El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.”*

También es esencial recalcar que la participación es un derecho fundamental (art. 62) a través de los distintos mecanismos políticos y los enunciados en el artículo 70 constitucional. La sala constitucional, interpretando el ordenamiento jurídico conforme al principio de participación, ha dicho que:

En virtud de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el ejercicio de la actividad gubernamental

debe darse en el marco del principio de participación, entonces se tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean. (...) Al consagrar la Constitución la participación como principio, no solamente se establece un parámetro interpretativo del ordenamiento jurídico, sino una verdadera obligación en todos los órganos del Poder Público de materializar ese principio en el desarrollo de sus competencias, por lo que el Estado y los ciudadanos deberán actuar en un marco de responsabilidad y eficacia mínima. Esa responsabilidad y eficacia, que se deriva del ejercicio directo del Poder Público por la sociedad organizada, no se circunscribe al reconocimiento del control social o comunitario -al margen de los controles intraestatales- sino la imposición a cargo de la sociedad en su conjunto y cada uno de sus integrantes del principio de autoresponsabilidad, ya que el pueblo (...) al tener la posibilidad de determinar los parámetros en los cuales se desarrollará su actividad, debe asumir las consecuencias de la calidad y efectividad de su intervención o de su falta de participación. El alcance del principio de participación en el ordenamiento jurídico venezolano, se materializa tanto en el derecho de los ciudadanos a tomar parte en el ejercicio del poder público y su control, sino fundamentalmente en el principio de autoresponsabilidad, el cual postula que la sociedad debe beneficiarse e igualmente sufrir los efectos de su participación o abstención. [SSC No. 471/06 y 1.117/06]

En estas decisiones de la sala se interpreta la participación como principio del orden constitucional y como derecho, lo cual impone un deber de percibir al sistema jurídico bajo una idea de *pro-participación* que se extiende a todos los poderes públicos, incluyendo al legislador en los tres niveles de gobierno cuando va a redactar sus normas. En este orden expositivo la participación se vincula con la actuación del consejo legislativo. Ello se deriva, incluso, de las normas que rigen su actuación interna como es el Reglamento de Interior y Debates en su artículo 2:

Es principio rector de la actuación del Consejo Legislativo del Estado Cojedes que la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo. En consecuencia, en el ámbito de su competencia y en el ejercicio de sus funciones, el Cuerpo Legislativo y sus integrantes están obligados a promover la participación popular en la toma de decisiones, desarrollando una cultura y acción política democrática y participativa, sustentada en el principio de corresponsabilidad que conlleve a que los ciudadanos y las ciudadanas desempeñen el rol que les corresponde como sujetos plenos de derecho

En ausencia de previsión –dentro del proceso de enmienda y reforma constitucional estatal como sí está contemplada en la Constitución y la Ley Orgánica de los concejos legislativos– la sociedad civil y los ciudadanos quedan desprovistos de mecanismos que permitan materializar dichos derechos de participación, ignorándose las fases imperativas que el constituyente venezolano ha fijado en el proceso de formación de las leyes y al cual, conforme a jurisprudencia transcrita, el legislador estatal se encuentra sujeto. El proceso de consulta en la formación de instrumentos normativos, al condicionar la validez de las normas, es OBLIGATORIO para el legislador de manera que su omisión en las fases de enmienda y reforma es contraria al espíritu democrático de la Constitución de 1999 y sus leyes de desarrollo.

En concordancia con lo anterior resulta, también, motivo de inconstitucionalidad que la Constitución vigente –objeto de impugnación– nada dice sobre la participación popular en los procedimientos de enmienda y reforma. Mientras que el texto estatal precedente de 1990 –el cual se encontraba en vigencia antes de la entrada en vigor de la Constitución de 2014– disponía en caso de enmienda constitucional la aplicación del proceso de elaboración de las leyes que incluye la consulta –artículo 126–. La reforma, en cambio, cuenta con el deber de someterla a referéndum – artículo 127– de manera que resulta regresivo la exclusión de tales sistemas de participación en el nuevo texto. En efecto el artículo 127 relativo a la reforma de la Constitución de 1990 establecía:

Artículo 127. La reforma general de la Constitución se tramitará de la siguiente manera:

1. La iniciativa deberá partir de las dos terceras partes (2/3) de los miembros de la Asamblea Legislativa o bien de las dos terceras (2/3) partes de los Concejos Municipales. En este último caso, para admitir el proyecto se requerirá el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los diputados presentes para la sesión convocada al efecto;
2. La Reforma General se iniciará en sesiones ordinarias, pero su tramitación podrá concluir en las sesiones extraordinarias siguientes;
3. El proyecto se discutirá según el procedimiento establecido para la elaboración de las leyes;

4. El proyecto aprobado se someterá a referéndum en la oportunidad que fije la Asamblea Legislativa, para que el pueblo se pronuncie a favor o en contra de la reforma. El escrutinio se llevará a conocimiento de la Asamblea Legislativa, la cual declarará sancionada la nueva constitución si fuere aprobada por la mayoría de los integrantes de la Entidad Federal. El Consejo Supremo Electoral ejercerá la organización y vigilancia de los procesos de referéndum, prestará apoyo técnico para su realización y hará del conocimiento de la Asamblea Legislativa sus resultados.

En este orden de ideas los vicios de inconstitucionalidad aquí planteados no solo consideran la omisión de la consulta como fase obligatoria, sino la eliminación del referendo contemplado en la Constitución anterior del estado Cojedes como requisito para su reforma, pues ello lesiona el principio de progresividad en el disfrute de los derechos humanos, establecido en el artículo 19, al desmejorar la regulación estatal del derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos y así está dispuesto en el artículo 62. Ambos preceptos de la Constitución de la República disponen:

Artículo 19. 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 esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

Artículo 62. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.

En definitiva, esta sala constitucional del supremo tribunal ha establecido que “la progresividad de los derechos humanos se refiere a la tendencia general de mejorar cada vez más la protección y el tratamiento de estos derechos”, SC 2507/2005. Por esta razón una ley estatal derogatoria

de una anterior no puede sustraer de los ciudadanos un derecho que ya se encontraba dentro de su acervo jurídico, máxime cuando estos luego han sido ratificados y constituyen parte de los principios fundamentales de la Constitución de la República de 1999 y las leyes nacionales en materia a las cuales el legislador estatal debe estricta observancia.

La participación es uno de los principios fundamentales previstos en el título I de la Constitución, cuyo artículo 6 establece: *“Artículo 6. El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables.”*

La sala constitucional, de manera pacífica y reiterada, ha interpretado el contenido y alcance de este principio:

*Si se afirma que en virtud de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el ejercicio de la actividad gubernamental debe darse en el marco del principio de participación, entonces se tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean (...). **Al consagrar la Constitución la participación como principio, no solamente se establece un parámetro interpretativo del ordenamiento jurídico, sino una verdadera obligación en todos los órganos del Poder Público de materializar ese principio en el desarrollo de sus competencias, por lo que el Estado y los ciudadanos deberán actuar en un marco de responsabilidad y eficacia mínima.** Esa responsabilidad y eficacia, que se deriva del ejercicio directo del Poder Público por la sociedad organizada, no se circunscribe al reconocimiento del control social o comunitario -al margen de los controles intraestatales- sino la imposición a cargo de la sociedad en su conjunto y cada uno de sus integrantes del principio de autoresponsabilidad, ya que el pueblo (...) al tener la posibilidad de determinar los parámetros en los cuales se desarrollará su actividad, debe asumir las consecuencias de la calidad y efectividad de su intervención o de su falta de participación. El alcance del principio de participación en el ordenamiento jurídico venezolano, se materializa tanto en el derecho de los ciudadanos a tomar parte en el ejercicio del poder público y su control, sino fundamentalmente en el principio de autoresponsabilidad, el cual postula que la sociedad debe beneficiarse e igualmente sufrir los efectos de su participación o abstención. [Sentencias de esta sala Nros. 471/06 y 1.117/06 ratificadas por muchas decisiones de esta misma sala: 1326/2009; 597/2011; 172/2012 por todas]*

Del anterior extracto se deriva, por tanto, la *obligación* de todos los órganos del poder público de materializar este principio en el desarrollo de sus competencias y de interpretar las normas conforme al principio pro-participación al ser un valor o arquetipo fundamental de todo el sistema jurídico. De esta manera los órganos del estado en todos sus niveles deben legislar e interpretar sus normas promoviendo la inclusión de la ciudadanía en los asuntos de su interés. La sala ha dicho con relación a este aspecto:

*Al instituirse el principio de participación como un parámetro interpretativo, ello comporta a cargo del juez un imperativo de carácter bifronte, que se materializa por una parte en la obligación de interpretar el ordenamiento jurídico en orden a favorecer el ejercicio del derecho a participación y, por la otra, en asumir las manifestaciones o el resultado del ejercicio del derecho de participar como un arquetipo o valor fundamental que incide en la totalidad del sistema normativo objeto de modificación -Cfr. Sentencias de esta Sala Nros. 471/06 y 1.117/06-. **Sobre el primer aspecto, se postula entonces la necesidad de una interpretación pro participación que conlleva preferir aquellas que contribuyan al ejercicio del derecho de participación a las constituyan una restricción al mismo (...)** Ahora bien, al sostener la Sala que el juez debe asumir las manifestaciones o el resultado del ejercicio del derecho de participar como un arquetipo o valor fundamental que incide en la totalidad del sistema normativo objeto de modificación, no afirma un nuevo sistema jerárquico de las fuentes normativas que responda a su origen o formación –así una ley aprobada por la Asamblea Nacional conforme al procedimiento para la formación de las leyes y una producto de la iniciativa popular aprobada mediante referendo aprobatorio, tiene el mismo rango y valor que los actos que en ejecución directa de la Constitución comparten la misma naturaleza jurídica–, pero lo que sí conlleva, es que **las normas constitucionales que se producen como consecuencia de un proceso de enmienda o reforma constitucional al ser consecuencia directa del ejercicio de la soberanía o del poder constituyente sobre la materia objeto de revisión, responden a un nuevo orden y visión de la sociedad sobre tales materias, lo cual conlleva a una necesaria contextualización de las modificaciones normativas en el sistema jurídico constitucional y legal preexistente.** [Resaltado de la sala, Ssentencia No.1326 de 2009]*

El consejo legislativo del estado Cojedes tenía la obligación de observar el bloque jurídico referido a las modificaciones de las constituciones

estadales y de interpretarlo conforme a la Constitución de la República bajo un criterio que propiciara la participación en lugar de cerrarla, como ocurrió. Incluso considerando que el texto vigente hasta el momento de redactar la constitución –objeto de impugnación en este recurso– preveía de forma expresa el referendo en el proceso de reforma, posteriormente debiéndose reforzar tal mecanismo o ampliarlo aún más. Dicho así una legislación que reduzca la participación es contraria al principio de progresividad establecido en el artículo 19 y al criterio que con carácter vinculante ha desarrollado la sala constitucional y que tiene sustento en los artículos 6 y 62 de la Constitución.

Por lo anteriormente transcrito se demanda la nulidad de los artículos 120 y 121 de la Constitución del estado bolivariano de Cojedes por ser contrarios a los artículos 6, 19, 62, 70 y 211 de la Constitución.

CAPÍTULO III

PETITORIO

Con fundamento en las razones de hecho y de derecho expuestas anteriormente, respetuosamente, solicitamos a esa sala constitucional:

ADMITA la presente demanda de nulidad por inconstitucionalidad.

DECLARE CON LUGAR la demanda y, en consecuencia, la nulidad total por inconstitucionalidad de la CONSTITUCIÓN DEL ESTADO BOLIVARIANO DE COJEDES publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria del estado Cojedes No. 1069, de fecha 20 de enero de 2014.

De manera subsidiaria que se declare la nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 6, 15, 16, 21.1, 29, 61, 66, 85.5, 86.6, 100, 104, 120 y 121 de la CONSTITUCIÓN DEL ESTADO BOLIVARIANO DE COJEDES publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria del estado Cojedes No. 1069, de fecha 20 de enero de 2014.

Como domicilio procesal de nuestro representado indicamos la siguiente dirección: Calle la Iglesia, edificio centro Solano Plaza, piso 7 oficina 7-A, Instituto de Estudios Parlamentarios Fermín Toro.

Es justicia que esperamos en la ciudad de Caracas a la fecha de su presentación.

CIUDADANOS

**PRESIDENTE Y DEMÁS MAGISTRADOS DE LA SALA
ELECTORAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

Su Despacho.-

Ref. recurso contencioso electoral

Demanda contencioso electoral contra la omisión de convocatoria por el Consejo Nacional Electoral de la elección de los Diputados al Parlatino

Nosotros, Timoteo de Jesús Zambrano Guédez, titular de la cédula de identidad No.4.254.097, actuando en mi carácter de diputado ante el Parlamento Latinoamericano y actuando también como elector inscrito en el registro electoral, según se desprende de la documentación que se adjunta marcada *A*, asistidos por los abogados Jesús María Casal Hernández, Jesús Ollares, María Eugenia Contreras y Jaiber Núñez titulares de las cédulas de identidad No. V-9.120.434, 6.242.440, 15.926.075 y 21.092.108, respectivamente de este domicilio e inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nos. 31.328, 36.019, 122.826 y 239.461 en su orden, quienes actuamos además en nuestro propio nombre como ciudadanos de la República y como electores inscritos en el registro electoral conforme se desprende de la documentación que se adjunta marcada *B*, comparecemos ante esta sala electoral del Tribunal Supremo de Justicia a fin de interponer recurso contencioso electoral de conformidad con el artículo 213 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales y 179 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en contra de la omisión en la que incurrió el Consejo Nacional Electoral al no haber efectuado la convocatoria a la elección directa, universal y secreta de los representantes de Venezuela al Parlamento Latinoamericano (Parlatino) como se desprende de la convocatoria a elecciones parlamentarias a celebrarse el próximo 6 de diciembre de 2015, contenida en la resolución N° 150622-141 de fecha 22 de junio de 2015 y publicada en Gaceta Electoral N° 757 de 25 de junio de 2015, que se anexa al presente escrito marcado *C*, demanda que interponemos en los siguientes términos:

1. Del cumplimiento de los requisitos de forma para la admisión del presente recurso contencioso electoral

1.1. De la competencia para la interposición del presente recurso

En el caso de autos se interpone recurso contencioso electoral en contra de la omisión del Consejo Nacional Electoral al no efectuar la convo-

convocatoria a la elección directa, universal y secreta de los representantes de Venezuela al Parlamento Latinoamericano (Parlatino) como se desprende de la convocatoria a elecciones parlamentarias a celebrarse el próximo 6 de diciembre de 2015, contenida en la resolución N° 150622-141 de fecha 22 de junio de 2015 y publicada en Gaceta Electoral N° 757 del 25 de junio de 2015, la cual no incluyó la elección de los representantes ante el Parlatino. Esta omisión del Consejo Nacional Electoral se produjo en virtud de la solicitud presentada por el presidente de la Asamblea Nacional al Consejo Nacional Electoral, respaldada por la mayoría parlamentaria en la cual se requirió al Consejo Nacional Electoral no convocar las elecciones al Parlatino, ya que la designación de los representantes correspondientes es facultad de la Asamblea Nacional sin que sea necesario realizar una elección universal y directa. Tal solicitud dio lugar a la omisión contra la que ahora accionamos, como luego se explicará.

En cuanto a la competencia de esta sala electoral para conocer del presente recurso contencioso electoral debemos aludir a las disposiciones legales que regulan este aspecto. El artículo 195 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales establece: *“Los actos, omisiones o actuaciones del Consejo Nacional Electoral agotan la vía administrativa y sólo podrán ser recurridos por ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.”*

Por su parte el artículo 27 numeral 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dispone que es competencia de esa sala electoral:

1. Conocer las demandas contencioso electorales que se interpongan contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, tanto los que estén directamente vinculados con los procesos comiciales, como aquellos que estén relacionados con su organización, administración y funcionamiento.

Precisamente el ente rector del poder electoral es el Consejo Nacional Electoral, según lo prevé el artículo 292 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De acuerdo con las disposiciones transcritas las omisiones en las que incurra el directorio del Consejo Nacional Electoral solo podrán ser demandadas en sede judicial, fundamentalmente a través del recurso contencioso electoral. Tal es el caso de la omisión de ese ente electoral verificada

al no efectuar la convocatoria a la elección directa, universal y secreta de los representantes de Venezuela al Parlamento Latinoamericano (Parlatino) como se desprende de la convocatoria a elecciones parlamentarias a celebrarse el próximo 6 de diciembre de 2015, contenida en la resolución N° 150622-141 de fecha 22 de junio de 2015 y publicada en Gaceta Electoral N° 757 del 25 de junio de 2015. En consecuencia es esta sala electoral la competente para el conocimiento y decisión de este recurso contencioso electoral y así solicitamos sea declarado.

1.2. De la admisibilidad del recurso contencioso electoral

Establecida la competencia de esa sala para conocer y decidir el presente recurso debe señalarse que en el caso de autos se cumple con todas las condiciones de admisibilidad exigidas por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concreto, las previstas en los artículos 180 y 181 de la Ley:

Artículo 180. En el escrito correspondiente se indicará con precisión la identificación de las partes y contendrá una narración circunstanciada de los hechos que dieron lugar a la infracción que se alegue y de los vicios en los que haya incurrido el supuesto o supuesta agravante.

Artículo 181. El incumplimiento de los extremos antes señalados provocará la inadmisión de la demanda, salvo que se trate de omisiones no sustanciales que no impidan la comprensión de las pretensiones interpuestas.

Así es claro que en el presente escrito contentivo del recurso contencioso electoral se indica con precisión **(i)** la identificación de las partes, **(ii)** la narración de los hechos y **(iii)** los vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad en que incurre la omisión del Consejo Nacional Electoral al no efectuar la convocatoria a la elección directa, universal y secreta de los representantes de Venezuela al Parlamento Latinoamericano (Parlatino), tal como se desprende de la convocatoria a elecciones parlamentarias a celebrarse el próximo 6 de diciembre de 2015, contenida en la resolución N° 150622-141 de fecha 22 de junio de 2015 y publicada en Gaceta Electoral N° 757 del 25 de junio de 2015.

Por tanto, siendo que el presente recurso cumple con los requerimientos previstos en el artículo 180 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y no se verifica causal de inadmisibilidad alguna ni existe omisión

sustancial que impida la comprensión de las pretensiones interpuestas debe, forzosamente, admitirse la demanda y así formalmente lo solicitamos.

1.3. De la tempestiva interposición de la demanda

Finalmente advertimos que nos encontramos dentro del plazo establecido para interponer el recurso contencioso electoral. En efecto la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia determina que:

Artículo 183. La demanda contencioso electoral deberá intentarse en un plazo máximo de quince días hábiles contados a partir de que se produzca la publicidad del acto, si se trata de actos expresos; desde la oportunidad en que el interesado o interesada tenga conocimiento de la ocurrencia del hecho, en caso de actuaciones materiales o vías de hecho; desde el momento en que la decisión ha debido producirse, si se trata de abstenciones u omisiones. En caso de actos expresos que dicten los órganos del Poder Electoral, el lapso de caducidad transcurrirá, bien desde la oportunidad en que haya sido notificado o notificada personalmente el o la demandante, o bien desde se publicación en la Gaceta Electoral, según lo que ocurra primero. [Destacado nuestro]

Por cuanto en el caso de autos se demanda la omisión del Consejo Nacional Electoral al no efectuar la convocatoria a la elección directa, universal y secreta de los representantes de Venezuela al Parlamento Latinoamericano (Parlatino). Omisión en la cual incurrió ese ente rector electoral al momento de formular la convocatoria a elecciones parlamentarias a celebrarse el próximo 6 de diciembre de 2015, contenida en la resolución N° 150622-141 de fecha 22 de junio de 2015 y publicada en Gaceta Electoral N° 757 del 25 de junio de 2015. Debe entenderse que el plazo de caducidad comenzó a correr el día 25 de junio de 2015, fecha en que la resolución adquirió eficacia y, por ende, es evidente que estamos aún en tiempo hábil para intentar este recurso contencioso electoral y así solicitamos sea declarado.

1.4. De la legitimación activa para la interposición de este recurso contencioso electoral

El recurso contencioso electoral puede ser interpuesto por *todos los interesados o interesadas*. Así el artículo 179 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dispone que todo aquel que tenga interés legítimo

podrá interponer esa demanda: **“Artículo 179.** *La demanda contencioso electoral se propondrá ante la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia por cualquier persona que tenga interés legítimo.*”

Es relevante conocer cuál ha sido la interpretación que esa sala electoral ha hecho del interés legítimo:

En cuanto a la admisibilidad de la acción propuesta, observa esta Sala Electoral que el artículo 19, aparte 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia señala que “[s]e **declarará inadmisibile la demanda, solicitud o recurso cuando (...) sea manifiesta la falta de representación o legitimidad que se atribuya al demandante, recurrente o accionante.** [Corchetes y resaltado de la sala]

Por su parte prevé el artículo 236 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política que:

***El Recurso Contencioso Electoral podrá ser interpuesto, por los partidos políticos y los grupos de electores, y por las personas naturales o jurídicas que tengan interés según sea el caso, para impugnar la actuación, o la omisión de que se trate. Asimismo, dispone el numeral 1° del artículo 230, eiusdem, aplicable por remisión expresa del artículo 241 de la misma ley, que el recurso “...deberá interponerse mediante escrito, en el cual se hará constar: 1. La identificación del recurrente y, en su caso, de la persona que actúe como su representante, con expresión de los nombres y apellidos, domicilio, nacionalidad y número de la cédula de identidad, así como del carácter con que actúa.* [Resaltado de la sala]**

En virtud de ello, cabe advertir que la legitimación es la cualidad necesaria para ser partes, siendo la regla general en esta materia que la persona que se afirma titular de un interés jurídico propio, tiene legitimación para hacerla valer en juicio (legitimación activa). En ese sentido, la legitimación *ad causam*, es un problema de afirmación del derecho, es decir, está supeditada a la actitud que tome el actor en relación a la titularidad del derecho. Si la parte actora se afirma titular del derecho entonces está legitimada activamente, si no, entonces carece de cualidad activa. [Sentencia de la sala electoral del Tribunal Supremo de Justicia de 19 de junio de 2008, caso *Carlos Bayardo Estupiñán Sifontes y otros contra Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela*]

De la sentencia citada se colige que estarán legitimados para interponer el recurso contencioso electoral quienes afirmen ostentar la titularidad del interés legítimo que se pretende defender.

Adicionalmente en cuanto a la legitimidad para actuar en materia contencioso electoral debe tenerse en cuenta lo expresado en la sentencia de la sala electoral nº 113 de fecha 14 de agosto de 2013, donde la referida sala indicó lo siguiente:

*cabe observar, que la legitimidad para **la interposición de recursos contenciosos electorales está determinada por el interés del recurrente sobre el acto impugnado**, lo que se deriva del grado de la vinculación material que exista entre el recurrente y el thema decidendum. De lo anterior, esta Sala entiende, entonces, que el interés exigido, implica una relación de causalidad entre la situación jurídica subjetiva de los recurrentes y el acto o actuación cuya nulidad pretenden, lo que se establece con base a su complejidad, pues para el contencioso administrativo general, esta relación es personal y directa, mientras que **se le califica de simple en el caso del contencioso electoral**. [Negrillas de la sala]*

En el caso de autos los firmantes estamos legitimados para interponer el presente recuso como diputados al Parlamento Latinoamericano interesados en que se respeten sus normas de integración o como ciudadanos titulares del derecho al sufragio, que pretende ser cercenado al suprimirse nuestra facultad de elegir directamente a los representantes de Venezuela ante el Parlatino. Por lo que nos afecta gravemente la violación al principio de progresividad de los derechos fundamentales a la luz, incluso, de la bases comicial octava del proceso constituyente de 1999 y del Estatuto Electoral del Poder Público, así como la violación de las normas contenidas en el Estatuto del Parlatino, en la Ley Orgánica del Poder Electoral y en la Ley Orgánica de Procesos Electorales por las razones que exponemos en seguida. Por tanto, evidentemente somos titulares no solo de un interés legítimo sino, incluso, de un derecho constitucional de acuerdo con la Constitución y las leyes aplicables. Así solicitamos respetuosamente sea declarado.

2. Punto previo: naturaleza jurídica del Parlamento Latinoamericano (Parlatino) y del modo de escogencia de representantes de Venezuela ante el Parlatino

El Parlamento Latinoamericano (Parlatino) es un órgano internacional de integración que, según dispone el *Tratado de Institucionalización del Parlamento Latinoamericano*, estará conformado por “los Congresos o Asambleas Legislativas nacionales de los Estados Partes democráticamente constituidos en América Latina, que participarán en el mismo haciéndose representar por delegaciones constituidas pluralmente.”

Los principios fundamentales y propósitos del Parlatino son, de acuerdo a ese tratado de institucionalización y al estatuto que lo desarrolla, la defensa de la democracia y el ejercicio del derecho al sufragio como mecanismo por excelencia de la representación democrática y de la participación ciudadana.

En el marco de tales premisas fundamentales, el artículo 5 del estatuto del Parlatino dispone que: “*Integran el Parlamento Latinoamericano los Congresos y Asambleas Legislativas de los Estados Partes, democráticamente constituidos en América Latina, que participarán en el mismo haciéndose representar por delegaciones de carácter permanente y pluralista*”, lo cual va acompañado del énfasis en la especial relevancia de la escogencia de sus miembros “*en forma universal, directa y secreta*” (Artículo 5, párrafo 2). Esas delegaciones que representan a los parlamentos nacionales en el Parlatino serán acreditadas o designadas por cada parlamento nacional “*hasta tanto se establezca el procedimiento de elección universal, directa y secreta de los parlamentarios latinoamericanos*” [artículo 6 eiusdem].

Se desprende pues directamente de esa norma, en el contexto del objetivo y propósitos del Parlatino, que la tendencia debe ser la escogencia de sus miembros mediante sufragio universal, directo y secreto. Una vez alcanzada esa posibilidad debe mantenerse en el tiempo sin que sea posible retroceder a la escogencia indirecta o interna de las delegaciones por parte de cada parlamento nacional.

Precisamente en acatamiento y desarrollo de tales principios democráticos a partir de 1998 en Venezuela la elección de los miembros al Parlatino se ha realizado mediante elecciones universales, directas y secretas lo que implicó el reconocimiento, a favor de todos los electores, del derecho fundamental a la participación política en la elección de los representantes venezolanos al Parlatino mediante el derecho al sufragio activo —de todos los electores— y del sufragio pasivo —de todos aquellos que quisieran optar como candidatos a diputados al Parlatino—. Derechos vinculados a los posteriormente recogidos y desarrollados en los artículos 62 y 63 de la Constitución de 1999.

La adquisición y el ejercicio de esos derechos fundamentales a partir de 1998 implicaron sin duda una importante conquista de los venezolanos en el ámbito de sus derechos políticos y, así, han venido ejerciéndolos durante estos últimos 17 años.

El constituyente de 1999 tuvo muy presente esa conquista ciudadana y por ende una vez aprobada la Constitución, con fundamento en el principio de progresividad de los derechos fundamentales que rigió como límite esencial de la redacción de ese nuevo texto constitucional, aprobó el Estatuto Electoral del Poder Público en el año 2000, el cual dispuso en sus considerandos que ***“los representantes de Venezuela en los parlamentos Latinoamericano y Andino, respectivamente, deben ser elegidos en forma democrática, de manera directa y transparente por el pueblo”***. De ese modo se regularon las reglas y procedimientos para su elección.

Al actuar de esta forma la Asamblea Nacional Constituyente estaba dando cumplimiento al mandato del poder constituyente originario de instaurar una democracia social y *participativa*, lo cual se sumaba a lo dispuesto en la base comicial octava aprobada en el referendo del 25 de abril de 1999 donde debía respetarse *“el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre”*. Esto obligaba a mantener el sistema de elección popular de los representantes ante el Parlatino que ya había sido contemplado en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que entró en vigor en 1998 y que fue aplicado ese mismo año en las elecciones del 8 de noviembre de 1998.

Conviene recordar que ese estatuto electoral fue dictado por la Asamblea Nacional Constituyente para regular las primeras elecciones bajo el imperio de la Constitución. Por ello ha sido considerado como un acto de rango constitucional y de vigencia provisional que ha sido sucedido por la Ley Orgánica de Procesos Electorales.

Ese rango constitucional del estatuto electoral del poder público fue determinado por la sala constitucional mediante sentencia n° 180 del 28 de marzo de 2000 al señalar respecto de dicho cuerpo normativo que ***“Se trata de normas complementarias de la Constitución de igual rango que ella, las cuales, de existir, permiten minimizar los vacíos y lagunas de que adolezca el texto constitucional.”***

A partir del año 2000 y en cumplimiento de ese estatuto electoral del poder público, el Consejo Nacional Electoral ha regulado y organizado sistemáticamente los procesos comiciales necesarios para la elección directa, universal y secreta de los representantes venezolanos ante el Parlatino. Del mismo modo las leyes reguladoras de la materia electoral así lo han asumido y determinado.

En efecto, la Ley Orgánica del Poder Electoral otorga competencia al Consejo Nacional Electoral para organizar las elecciones de los representantes del Parlatino (artículo 33), lo cual supone que su escogencia deberá ser necesariamente mediante procesos electorales.

Por su parte el artículo 65 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas garantiza la participación de los pueblos y comunidades indígenas en la elección de miembros al Parlatino y establece que esos miembros *“serán elegidos de acuerdo con las leyes electorales que rigen la materia”*. Esto, nuevamente, demuestra que para el legislador venezolano la designación de esos representantes es de naturaleza electoral. Asimismo el artículo 58 de las *Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular* reconoce que esa representación es consecuencia de un mandato de elección popular, es decir, consecuencia del ejercicio del derecho al sufragio.

Especialmente relevante es el artículo 191 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, el cual dispone lo siguiente:

Cuando los acuerdos o tratados internacionales legalmente suscritos por la República Bolivariana de Venezuela requieran un proceso electoral para elegir representantes a organismos deliberantes de competencia internacional, los mismos serán organizados, supervisados y dirigidos por el Consejo Nacional Electoral; a tales fines el proceso se realizará en forma simultánea con la elección de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional bajo la modalidad lista, incluyendo la representación indígena correspondiente y de acuerdo con las normas electorales que dicte al respecto el Consejo Nacional Electoral.

Dicha norma, sin duda, reafirma el sistema de elección popular previsto en el estatuto electoral y afianza el argumento de que la elección democrática y directa de los representantes de Venezuela ante el Parlatino debe mantenerse, pues el estatuto del Parlatino –de acuerdo con sus artículos 4, literal o) y 6 antes señalados– es un instrumento internacional que requiere, al menos como objetivo o punto de llegada no reversible, la elección por sufragio universal y directo de los parlamentarios latinoamericanos en consonancia con lo previsto en el artículo 191 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales.

En consecuencia debe afirmarse que en Venezuela existe el derecho fundamental a la participación ciudadana y al sufragio activo y pasivo para la elección de los representantes venezolanos al Parlatino. Derechos que han supuesto una conquista democrática y política, debiendo ser preservados y respetados por los órganos del poder público sin que sea posible su disminución o supresión.

3. De las razones de derecho que fundamentan este recurso contencioso electoral

El Consejo Nacional Electoral, mediante resolución N° 150622-141 de fecha 22 de junio de 2015 y publicada en Gaceta Electoral N° 757 del 25 de junio de 2015, convocó oficialmente la realización del proceso de elecciones parlamentarias nacionales para el día 6 de diciembre de 2015 y, asimismo, fijó el cronograma electoral.

Ahora bien, en esa oportunidad el Consejo Nacional Electoral incurrió en la omisión de no efectuar la convocatoria a la elección directa, universal

y secreta de los representantes de Venezuela al Parlamento Latinoamericano (Parlatino).

El antecedente de esta omisión fue la solicitud presentada al Consejo Nacional Electoral por el presidente de la Asamblea Nacional en fecha 16 de abril de 2015 mediante la cual planteó a ese órgano comicial que la designación de los representantes ante el Parlatino correspondía a la Asamblea Nacional por lo que no era preciso convocar una elección con ese propósito, conforme se desprende de notas de prensa marcadas *D*. El Consejo Nacional Electoral, mediante anuncio de fecha 7 de mayo de 2015, vertido en *nota de prensa* (ver anexo *E*) y afirmó haber conocido de tal *decisión* de la Asamblea Nacional. Este anuncio o nota de prensa del Consejo Nacional Electoral carece de las formalidades para ser considerado un acto jurídico y fue solo un antecedente de la omisión que ahora se ha concretado en virtud de la convocatoria a elecciones a la Asamblea Nacional contenida en la Gaceta Electoral N° 757 del 25 de junio de 2015.

De esta forma el Consejo Nacional Electoral, al prescindir de la convocatoria a las elecciones al Parlatino, incurrió en una omisión lesiva de los principios constitucionales y normas legales mencionadas. Una omisión que le es imputable completamente, ya que la Asamblea Nacional no ha dictado disposición legal alguna que faculte a dicho ente comicial para obviar la elección directa de los representantes al Parlatino. El Consejo Nacional Electoral no puede eludir sus responsabilidades constitucionales invocando una supuesta decisión del Poder Legislativo.

Debe subrayarse que no ha habido decisión alguna de la Asamblea Nacional sobre esta materia, sino solamente una solicitud del presidente de la Asamblea Nacional apoyada por una mayoría de diputados. Una decisión del Poder Legislativo sobre el asunto solo podría expresarse a través de la ley como acto jurídico vinculante u obligatorio en el marco de la Constitución, más aún considerando que ya existen normas legales sobre la materia que quedarían sin efecto en virtud de tal solicitud.

En todo caso estamos accionando contra la omisión de convocatoria a las elecciones de los representantes al Parlatino en que ha incurrido el Consejo Nacional Electoral y no contra una supuesta e inexistente decisión de la Asamblea Nacional ni contra la convocatoria a elecciones de

diputados a la Asamblea Nacional, siendo esta perfectamente válida. Tampoco recurrimos contra la mencionada *nota de prensa* que solo es un antecedente explicativo de la omisión que se ha producido.

Tal abstención del Consejo Nacional Electoral resulta flagrantemente violatoria del principio de progresividad de los derechos fundamentales: la Constitución de 1999, el Estatuto Electoral del Poder Público dictado por la Asamblea Nacional Constituyente en el año 2000, el Estatuto del Parlatino, la Ley Orgánica del Poder Electoral y la Ley Orgánica de Procesos Electorales. Asimismo resulta un grave desconocimiento de sus competencias constitucionales y legales como garante del ejercicio del derecho al sufragio activo y pasivo y del derecho a la participación en los asuntos públicos.

De la violación a las bases democráticas de la Constitución de 1999, al artículo 350 y al principio de progresividad de los derechos fundamentales y a los derechos fundamentales a la participación política y al sufragio establecidos en los artículos 62 y 63 de la Constitución

Tal como se explicó en el capítulo anterior de este escrito la elección de los representantes al Parlatino desde 1998 se ha realizado mediante el sufragio universal, directo y secreto de los electores venezolanos. Por ende la ausencia de esa elección directa de los representantes de Venezuela ante el Parlatino resulta violatoria del principio de progresividad de los derechos fundamentales, específicamente de los derechos a la participación política y al sufragio activo y pasivo reconocidos en los artículos 62 y 63 de la Constitución de 1999.

Así, por cuanto en Venezuela desde 1998 se ha establecido el modo más democrático de elección de los representantes al Parlamento Latinoamericano no es lícito que ahora, 17 años después, se suprima por omisión ni desmejore ese derecho.

La Constitución de 1999 consagra claramente el principio de progresividad en materia de derechos humanos en su artículo 19 lo que impide adoptar retrocesos en los niveles de disfrute o garantía de estos derechos, tal como ocurre con la supresión o prescindencia de las elecciones al Parlatino. Esto supone, además, una abierta vulneración del principio

constitucional de la democracia participativa y del deber de favorecer la participación política (preámbulo y artículos 6 y 62 constitucionales) en concordancia con el derecho al sufragio establecido en el artículo 63 *eiusdem*, pues obviamente hay mayor participación cuando el pueblo puede elegir directamente a sus representantes ante una instancia parlamentaria en lugar de hacerlo en segundo grado. La regresión que implica la eliminación por omisión de la elección directa de los representantes ante el Parlamento vulnera también principios contenidos en las bases comiciales que soportaron el proceso constituyente del cual nació la vigente Constitución y que ahora imponen límites a todo poder constituido.

Tal como lo ha declarado la sala constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, los límites a la Asamblea Nacional Constituyente resultantes de la base comicial octava aprobada por el pueblo en 1999 encuentran actualmente plasmación en el artículo 350 de la Constitución y obligan a todo poder público. Así lo ha establecido dicha sala con carácter vinculante en sentencia n° 24/2003 al referirse a la previsión, en nuestra Carta Magna, de la Asamblea Nacional Constituyente como mecanismo de cambio constitucional:

al incorporar el Constituyente esta modalidad de revisión constitucional en la Constitución de 1999 estableció, en el artículo 350, último del Capítulo III, los límites a este Poder, que sigue en lo fundamental lo contenido en la Base Octava ya aludida. El régimen constitucional resultante, así como la normativa legal o las autoridades públicas que se funden o deriven de dicho régimen, deben respetar la tradición republicana, la independencia, la paz, la libertad, la democracia y los derechos humanos.

La alusión a los derechos humanos recogida en el artículo 350 de la Constitución ha de entenderse de forma comprensiva de la progresividad que rige en esta materia, la cual aludía dicha base comicial octava al destacar “*el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre*” y que ha reiterado el artículo 19 de la Constitución.

En varias oportunidades se ha pronunciado la sala constitucional acerca del alcance del principio de progresividad de los derechos fundamentales. Así dicho principio ha sido entendido por esa sala, especialmente en su sentencia n° 1.488/2006 y ratificada en el fallo 2.413/2006, como

“la irreversibilidad en el campo de acción de un derecho humano así como la obligación de ampliar y optimizar dicho campo de acción. Es la determinación irrenunciable del ámbito de ejercicio del mismo, y cualquier limitación a dicho ámbito, que vulnere el mismo injustificadamente, viola dicho principio, y, por ende, el derecho humano de que se trate” [Destacado nuestro].

Ese mismo fallo, al continuar con su motiva, explanó una serie de consideraciones relacionadas con el principio de progresividad en el contexto del asunto allí debatido. Al respecto precisó:

Esto, además, debemos concatenarlo con otro principio introducido por la Constitución en su artículo 19, que es el de progresividad, y que tiene su origen en el Derecho Internacional de los derechos humanos y ha sido introducido en nuestro máximo texto normativo por el Constituyente de 1999. Sobre las consecuencias de tal principio, debemos citar a Villán Durán cuando afirma que la doctrina destaca (...) como caracteres específicos de este sector del ordenamiento su progresividad, pues su ámbito, tanto material como formal, se extiende de modo continuado e irreversible.”(Villán Durán, Carlos. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Instituto Internacional de Derechos Humanos. Estrasburgo. 1995. p. 52).

Esta progresividad en consecuencia, no debe ser confundida con cierta idea de progresividad en los mal llamados derechos prestacionales, en los que algunos pretenden ver como de cumplimiento progresivo, o mejor aún, de incumplimiento parcial, pues la obligación del Estado respecto de los derechos inherentes a la persona son de cumplimiento inmediato y no sometidos a plazo o condición. De ahí el reto de un sistema basado en el Derecho y la justicia de cumplir con lo que expresa el autor antes citado:

*“En lo que respecta a los caracteres que son propios del derechos internacional de los derechos humanos, recordemos con K. VASAK que se trata de un derecho ideológico, por cuanto se basa en la superioridad de los valores que son inherentes a la persona humana y aspira a expresar la ideología común de la humanidad. **Además, es un derecho derivado de los derechos nacionales, desempeñando al mismo tiempo un papel unificador de las distintas legislaciones nacionales y un derecho mínimo, pues los tratados de derechos humanos representan un estándar mínimo de normas que son susceptibles de ampliación”.** [Villán Durán, Carlos. Ob. cit. p. 51. Énfasis de la sala]*

En consecuencia, la Constitución al establecer el carácter progresivo de los derechos humanos, no sólo establece la necesidad de optimizar en relación

a su respeto por parte del Estado y de su cabal ejercicio por parte de los ciudadanos, sino que además, establece un fin del Estado, de modo que su incumplimiento no sólo afecte a un individuo en particular, sino que exprese el fracaso de un elemento trascendente en nuestra concepción como sociedad organizada.

Por tanto, suprimir el derecho de los electores venezolanos a la participación ciudadana mediante la elección de manera universal directa y secreta de sus representantes al Parlatino y eliminar el derecho de aquellos venezolanos que quieran postularse a ese cargo para ser electos popularmente implica una grave y evidente regresión en el goce y disfrute de los derechos fundamentales, que se traduce en violación del principio constitucional de progresividad de los derechos fundamentales y del derecho a la participación política.

Por ende, la omisión en la que incurrió el Consejo Nacional Electoral al no incluir la elección directa, universal y secreta de los representantes de Venezuela al Parlamento Latinoamericano (Parlatino) en la convocatoria a elecciones parlamentarias a efectuarse el próximo 6 de diciembre de 2015, contenida en la resolución N° 150622-141 de fecha 22 de junio de 2015 y publicada en Gaceta Electoral N° 757 de 25 de junio de 2015, debe ser declarada inconstitucional y en consecuencia, debe esta sala electoral ordenar al Consejo Nacional Electoral la inmediata convocatoria a la elección de los representantes venezolanos al Parlatino en los comicios convocados para el 6 de diciembre de 2015 o, en su defecto, ordenar a ese ente que convoque a tal elección de representantes al Parlatino para fecha posterior, pero de manera cierta y sin dilación. Asimismo debe esta sala electoral declarar que no es posible, a futuro, que los órganos electorales incurran en retrocesos de esta naturaleza respecto de los derechos políticos y constitucionales de los ciudadanos. Así solicitamos sea decidido.

3.1. De la violación a la Constitución y a la legislación electoral que dispone la elección directa, universal y secreta de los representantes al Parlatino

La omisión de convocatoria por el Consejo Nacional Electoral a la elección democrática de los representantes al Parlatino, que no fue incluida en la convocatoria de comicios parlamentarios para el próximo 6 de diciembre de 2015, implica la violación de principios y derechos de rango constitucional y legal que han reconocido y desarrollado ese derecho a la elección directa, secreta y universal de los representantes al Parlatino.

Como antes se explicó: el Estatuto Electoral del Poder Público de 2000, aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente, dispuso en sus considerandos que ***“los representantes de Venezuela en los parlamentos Latinoamericano y Andino, respectivamente, deben ser elegidos en forma democrática, de manera directa y transparente por el pueblo”***. Al hacerlo daba cumplimiento a los fundamentos y límites del proceso constituyente de 1999 como se apuntó.

Por ello debe asumirse que la voluntad del constituyente fue que esa designación sea consecuencia de una elección democrática. El Consejo Nacional Electoral no puede, en modo alguno, ir en contra de la voluntad constituyente.

En el caso de autos, esa norma de rango constitucional al igual que las normas legales de desarrollo, esto es el artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, el artículo 65 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas y el artículo 58 de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular han sido violadas por la abstención del Consejo Nacional Electoral que implica supresión de la elección directa, secreta y universal de los representantes venezolanos al Parlatino.

Especialmente censurable es la violación del artículo 191 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales el cual dispone, sin excepciones, que cuando los acuerdos o tratados internacionales legalmente suscritos por la República requieran un proceso electoral para elegir representantes a organismos deliberantes de competencia internacional, que es precisamente el supuesto verificado en este caso concreto con el Parlamento Latinoamericano, *“los mismos serán organizados, supervisados y dirigidos por el Consejo Nacional Electoral; a tales fines el proceso se realizará en forma simultánea con la elección de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional bajo la modalidad lista, incluyendo la representación indígena correspondiente”* [destacado nuestro].

Se insiste en la convocatoria efectuada mediante resolución N° 150622-141 de fecha 22 de junio de 2015 y publicada en Gaceta Electoral N° 757 del 25 de junio de 2015 donde el Consejo Nacional Electoral incumplió la obligación que le impone ese artículo 191 de la Ley Orgánica de Procesos

Electoral de incluir en una misma convocatoria la elección de diputados a la Asamblea Nacional y la elección de los representantes al Parlatino. Elección esta última necesariamente democrática en atención al principio de progresividad de los derechos.

En todo caso, más allá de lo dispuesto en dicho precepto y de la indicada simultaneidad en la convocatoria, el principio constitucional de progresividad, concordado con el derecho a la participación política y en particular al sufragio, obliga a que se proceda a la convocatoria para las elecciones de los representantes al Parlatino, pues está próximo a vencer el periodo para el que fueron electos los actuales representantes.

Así solicitamos sea declarado y en consecuencia se ordene al Consejo Nacional Electoral la inmediata inclusión de esa elección universal, directa y secreta de los representantes venezolanos al Parlatino en las venideras elecciones del 6 de diciembre de 2015 o, en su defecto, se ordene a ese ente rector que convoque a tal elección de representantes al Parlatino para fecha posterior, pero de manera cierta y sin dilación.

3.2. De la violación al Tratado de Institucionalización del Parlamento Latinoamericano y al Estatuto del Parlamento Latinoamericano

En tercer lugar la abstención del Consejo Nacional Electoral demandada en esta oportunidad es contraria a las normas, principios y propósitos que insuflan el Parlamento Latinoamericano y que están plasmadas en el tratado de institucionalización del mismo y su estatuto.

Como antes se expuso, los principios fundamentales y propósitos de ese órgano internacional son la defensa de la democracia y el ejercicio del derecho al sufragio como mecanismo por excelencia de la democracia representativa, la participación ciudadana y el pluralismo político (artículos 2 y 3 del tratado y 3 y 4 del estatuto). Además, según se desprende del artículo 5 de su estatuto, se da especial relevancia a la escogencia de sus miembros “*en forma universal, directa y secreta*” (artículo 5, parágrafo 2).

Asimismo se viola el artículo 6 del mismo estatuto, pues una vez que los representantes de un país sean elegidos democráticamente no puede

luego retrocederse a la escogencia indirecta o interna de las delegaciones por parte del Parlamento nacional.

Sería un contrasentido y una paradoja que se abandone la elección directa de los representantes de un país ante un órgano internacional cuya razón de ser es la defensa de la democracia y la promoción del sufragio universal, directo y secreto. Por ende la falta de convocatoria que se demanda en esta oportunidad viola el espíritu, propósito y razón del Tratado de Institucionalización del Parlamento Latinoamericano y su Estatuto y así solicitamos sea declarado.

4. PETITORIO

Por todas las razones que anteceden solicitamos a esa sala electoral, que de acuerdo con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, **ADMITA** el presente recurso contencioso electoral y, en la definitiva, **DECLARE** inconstitucional la omisión en la que incurrió el Consejo Nacional Electoral al no convocar la elección directa, universal y secreta de los representantes de Venezuela al Parlamento Latinoamericano (Parlatino), lo cual se desprende de la convocatoria a elecciones parlamentarias a efectuarse el próximo 6 de diciembre de 2015, contenida en la resolución N° 150622-141 de fecha 22 de junio de 2015 y publicada en Gaceta Electoral N° 757 de 25 de junio de 2015. En consecuencia, **ORDENE** al Consejo Nacional Electoral la inmediata convocatoria a la elección de los representantes venezolanos al Parlatino en los comicios a celebrarse el próximo 6 de diciembre de 2015 o, en su defecto, **ORDENE** al Consejo Nacional Electoral convoque a tal elección de representantes al Parlatino para fecha posterior, pero de manera cierta y sin dilación.

Téngase como domicilio procesal el siguiente: Centro Solano Plaza, piso 7, oficina 7-A, Calle la Iglesia, Sabana Grande. Teléfono 7622002.

**IV. JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL
(ENERO 2016-ENERO 2017)**

El primer año de la nueva Asamblea Nacional

Gabriela Camacho A.

Desde su instalación en el año 2016 la Asamblea Nacional solo ha encontrado obstáculos, especialmente judiciales. El Tribunal Supremo de Justicia se encargó de bloquear las actividades legislativas de control y otras que el órgano parlamentario tiene constitucionalmente atribuidas. Desde anular su control político hasta privarlo de su potestad de dictar leyes e incluso de auto-reglamentarse. La asamblea se vio, poco a poco, limitada y cercenada.

En las líneas siguientes se dará un vistazo a los aspectos más relevantes del primer año de la Asamblea Nacional respecto del cerco que el Tribunal Supremo de Justicia ha aplicado contra ella desde su instalación –e incluso antes– hasta diciembre de 2016.

1. Sobre el caso Amazonas

Apenas comenzaba el año 2016 y ya había ocurrido el primer golpe: la sala electoral, en su sentencia N° 260 del 30 de diciembre de 2015, suspendió con una medida cautelar los efectos de los actos de totalización, adjudicación y proclamación de los candidatos electos por el estado Amazonas y la región sur indígena en el proceso electoral realizado el 6 de diciembre de 2015 para elegir a los diputados a la Asamblea Nacional.

No obstante en enero de 2016 se juramentaban tres de los cuatro diputados afectados y en respuesta a tal acción la sala electoral volvió a tomar una decisión inconstitucional. La sentencia N° 1 del 11 de enero de 2016 ratificó el contenido de la anterior sentencia N° 260, declarando que los diputados juramentados y la junta directiva de la Asamblea se encontraban

en desacato hasta que cesara la incorporación de aquellos y determinando, además, la nulidad de cualquier acto que adoptara la Asamblea Nacional mientras persistiera tal incorporación.

Apenas así, sin haber comenzado siquiera a ejercer sus funciones, la Asamblea Nacional había sido atacada por el Tribunal Supremo de Justicia. Sin embargo eso no fue todo.

Después de varios meses sin una decisión respecto de las oposiciones formuladas contra la medida cautelar que mantenía a los diputados de Amazonas fuera de sus curules, la sala electoral dictó la sentencia N° 108 del 1° de agosto de 2016 en la que se declaraba a la junta directiva y al resto de la Asamblea Nacional en desacato por haber incorporado nuevamente a dichos diputados. Tal acto se había realizado días antes de la sentencia. Se reiteró entonces la actuación inconstitucional de la sala y no se daba aún respuesta a la oposición de la medida cautelar.

Días más tarde, finalmente, la sala electoral decidió declarar sin lugar las oposiciones contra la medida, manteniéndose la misma en vigencia. La sentencia N° 126 del 11 de agosto de 2016 no solo afectó la conformación de la Asamblea, sino que además negó a su junta directiva la intervención para oponerse a la medida cautelar, desconociendo lo establecido en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional y su facultad de representación en juicio. La sala estableció –de forma inconstitucional y contraria al reglamento– que el Reglamento Interior y de Debates permite que el presidente de la junta directiva de la asamblea se circunscriba únicamente a la dirección de la actividad parlamentaria y no le admite actuar en juicio como se pretendía.

La sala constitucional, además de avalar la declaratoria del desacato de la Asamblea en distintas sentencias, estableció en el número 952 del 21 de noviembre de 2016 que la desaprobación parlamentaria del decreto de estado de excepción no tenía validez por estar incorporados los diputados de Amazonas. No le bastó a la sala que estos solicitaran su desincorporación por medio de una carta leída en la plenaria, sino que aquella debía sujetarse a formalidades adicionales. De este modo continuó así el ataque contra el estado Amazonas, sus diputados y la misma Asamblea Nacional.

2. Sobre los estados de excepción y la facultad de control político

Como indican la Constitución y la Ley Orgánica de Estados de Excepción, la Asamblea Nacional tiene la facultad de aprobar –o no– un decreto de estado de excepción. Pese a ello la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia indicó en su sentencia 7 del 11 de febrero de 2016 que el control político que ejerce la Asamblea al aprobar o improbar estos decretos no afecta la validez, vigencia y eficacia de los mismos, es decir, es un mero control sin efectos jurídicos. En este caso la Asamblea se había pronunciado en contra del Decreto N° 2.184, publicado en Gaceta Oficial N° 6.214 Extraordinario del 14 de enero de 2016, mediante el cual el Presidente de la República declaró un estado de emergencia económica. Para el tribunal la decisión de la Asamblea no afectó la eficacia del decreto y, por tanto, declaró que continuaba vigente.

De igual manera se pronunció la sala en las sentencias N° 184 del 17 de marzo de 2016 (prórroga del Decreto N° 2.184); N° 411 del 19 de mayo de 2016 (constitucionalidad del Decreto N° 2.323); N° 615 del 19 de julio de 2016 (prórroga del Decreto N° 2.323); N° 810 del 21 de septiembre de 2016 (constitucionalidad del Decreto N° 2.452) y N° 952 del 21 de noviembre de 2016 (prórroga del Decreto N° 2.452).

Es necesario hacer un paréntesis respecto de la sentencia N° 810, pues tuvo una ampliación o aclaratoria por la sala –sentencia N° 814 del 11 de octubre de 2016– para establecer que el decreto de excepción y emergencia económica se mantenía vigente por encontrarse la Asamblea en desacato. Además, por tal situación el presupuesto nacional debía presentarse ante la misma sala constitucional y no ante el órgano parlamentario. Por demás una declaración sumamente grave, pues se priva a la Asamblea de su legítima y exclusiva facultad para aprobar o no la ley de presupuesto. La extralimitación en que incurre la sala es evidente.

Ahora bien, una sentencia fundamental en lo que a control político respecta es la N° 948 del 15 de noviembre de 2016, donde la sala constitucional admite una acción de amparo presentada por el procurador general contra el “[a]cuerdo para iniciar el Procedimiento de Declaratoria de Responsabilidad Política del Presidente de la República ante la Grave Ruptura

del Orden Constitucional y Democrático y la Devastación de las Bases Económicas y Sociales de la Nación” del 25 de octubre de 2016. En esta decisión se ordena a la Asamblea Nacional abstenerse de continuar con el juicio político y se prohíbe a la misma convocar y realizar actos que alteren el orden público, instigaciones contra autoridades y poderes públicos, así como otras actuaciones al margen de los derechos constitucionales y del orden jurídico. La posible responsabilidad política del Presidente no puede ser examinada según el máximo tribunal de la República.

3. Sobre el régimen de comparecencias, las facultades de control e investigación y la autonomía normativa de la Asamblea Nacional

Siguiendo con el hilo de sentencias que atentaron contra la integridad y el trabajo de la Asamblea Nacional es necesario mencionar una de las más importantes, complejas y extensas: la sentencia N° 9 de la sala constitucional publicada el 31 de marzo de 2016. En esta decisión la sala tocó varios aspectos:

- 1.1. En primer lugar señaló que para ejercer su facultad de control sobre los funcionarios del Gobierno y la administración pública nacional, la Asamblea debe primero acudir al vicepresidente ejecutivo; esto es, no puede requerir información o incluso la comparecencia de ministros y otros funcionarios de forma directa.
- 1.2. Que el control parlamentario previsto en los artículos 187.3 y 222 al 224 de la Constitución comprende al poder ejecutivo nacional pero no a los demás poderes públicos, a los funcionarios de los estados o municipios ni a los integrantes de la fuerza armada nacional.
- 1.3. Que la Asamblea Nacional tampoco podría investigar ni revocar o anular la elección de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, aunque aquella fue realizada por la propia Asamblea en período anterior.
- 1.4. Por último desaplicó la sala el régimen sancionatorio previsto en la *Ley sobre el Régimen para la Comparecencia de Funcionarios y Funcionarias Públicos y los o las particulares ante la Asamblea Nacional*.

Esta sentencia fue sumamente grave dado que limitó varias facultades de la Asamblea en un solo texto. Así anuló en gran parte las facultades de control e investigación sobre órganos del poder público y la facultad de revisar sus propias actuaciones.

En relación con la autonomía normativa de la Asamblea Nacional pesa otra sentencia de la sala constitucional, N° 269 de fecha 21 de abril de 2016, que admitió el recurso de nulidad de la reforma al Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional y otorgó medidas cautelares. Los artículos impugnados se referían a la periodicidad y al desarrollo mismo de las sesiones del órgano parlamentario, así como a las funciones de control pero, en particular, se destaca en el pronunciamiento de la sala referida al informe sobre el impacto e incidencia presupuestaria y económica o el de la Dirección de Asesoría Económica y Financiera de la Asamblea Nacional que debe acompañar a los proyectos de ley, los cuales se ordena deberán consultarse al ejecutivo —a través del vicepresidente— antes de su discusión.

Se impone de esta manera un límite adicional e inconstitucional a la discusión legislativa que la Asamblea desarrolla en cumplimiento de una función inherente a su propia existencia.

Por otro lado, acerca de la facultad de control tampoco se le permitió a la Asamblea ejercerla respecto de la empresa estatal más importante. La sentencia N° 893, del 25 de octubre de 2016, declaró nula la investigación parlamentaria sobre presuntas irregularidades en Petróleos de Venezuela (PDVSA) durante la gestión de Rafael Ramírez. La sala alegó que PDVSA está siendo constantemente monitoreada por distintos organismos y que la investigación podría traer consecuencias negativas para la empresa respecto a los procesos arbitrales en que se encuentre, así como a los inversionistas y países extranjeros. Por tanto, con criterios ajenos a la Constitución se impide a la Asamblea ejercer control sobre la empresa que provee al Estado de millones de dólares al año.

4. Sobre la facultad legislativa y las leyes anuladas

La principal facultad de la Asamblea, como es de esperarse y ya se anticipó, también fue objeto de cercenamiento por parte de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En primer lugar es preciso mencionar la nulidad de la reforma a la Ley del Banco Central de Venezuela que fue sancionada por la Asamblea Nacional el 3 de marzo de 2016. En este caso, por medio de la sentencia N° 259 del 31 de marzo de 2016, la sala constitucional ratificó la vigencia de la ley afirmando que lo que se pretendía con la reforma era tomar el control del Banco Central. Por otro lado se indicó que el mismo no está obligado a publicar datos de interés como las cifras de información macroeconómica, violando lo establecido en los artículos 58 y 319 de la Constitución.

Luego de la nulidad de esta ley corresponde recordar lo ocurrido con la Ley de Amnistía y Reconciliación Nacional que fue sancionada el 29 de marzo de 2016. Mediante la sentencia N° 264 del 11 de abril de 2016 la sala constitucional declaró la nulidad de esta ley sin considerar el contenido real de la misma y su constitución, sino solamente razones políticas. En esta actuación la sala no tomó en cuenta las amnistías decretadas anteriormente en Venezuela.

Apenas diez días después la sala constitucional bloqueó una posible enmienda constitucional con su sentencia N° 274/2016. En ella la sala indicó como *hecho notorio comunicacional* que la mesa de la Unidad Democrática, junto a los diputados electos a la Asamblea Nacional que fueron postulados por ella, deseaban lograr que Nicolás Maduro cesase en el ejercicio de su cargo antes de terminar el tiempo establecido para ello. Así se indicó que no era posible que una enmienda tuviese carácter retroactivo y que “utilizar la figura de la enmienda constitucional con el fin de acortar de manera inmediata el ejercicio de un cargo de elección popular, como el de Presidente de la República, constituye a todas luces un **fraude a la Constitución** [negritas del texto original]. Otro obstáculo para el órgano parlamentario.

Ahora bien, dentro de los casos analizados relativos a la facultad legislativa resalta de forma particular la *Ley de Bono para Alimentos y Medicinas a Pensionados y Jubilados*. Mediante sentencia N° 327 del 28 de abril de 2016 la sala constitucional declaró que la ley era *conceptualmente* constitucional. ¿A qué se refería? A que, en su criterio, la ley era constitucional pero requería de la consulta del ejecutivo por medio de la vicepresiden-

cia ejecutiva para establecer su viabilidad económica (según sentencia N° 269/2016). Hasta los momentos el ejecutivo no ha respondido a la correspondiente solicitud e informe remitidos por la Asamblea Nacional.

Otra ley invalidada por la sala constitucional fue la Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia mediante la sentencia N° 341 del 5 de mayo de 2016. De nuevo se declaró inconstitucional la ley bajo el insólito argumento, entre otros, de que “la iniciativa legislativa en materia de organización y procedimientos judiciales corresponde de manera exclusiva y excluyente al Tribunal Supremo de Justicia” (artículo 204, ordinal 4).

Siguiendo con una parte del enorme listado de sentencias que vulneran las atribuciones de la Asamblea Nacional cabe mencionar la *Ley de Otorgamiento de Títulos de Propiedad a Beneficiarios de la Gran Misión Vivienda Venezuela y otros Programas Habitacionales del Sector Público*, declarada inconstitucional mediante la sentencia N° 343 del 6 de mayo de 2016. En esta decisión la sala constitucional reitera el criterio de la sentencia N° 269/2016 al establecer que es necesario el informe de viabilidad económica en los términos allí señalados. Aunado a ello afirma que la ley “contra- viene los fines del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia al no garantizar que el ejercicio progresivo del derecho de las familias a una vivienda digna no ceda ante el derecho de propiedad”. Para la sala el otorgamiento del efectivo derecho de propiedad es regresivo para los derechos de los habitantes de estos conjuntos habitacionales.

En este orden de ideas, el derecho a la salud de los venezolanos también se vio afectado por decisiones del Tribunal Supremo de Justicia con su sentencia N° 426 del 9 de junio de 2016, se estableció la inconstitucionalidad de la *Ley Especial para Atender la Crisis Nacional de Salud*. Esta ley, que serviría para mejorar la situación crítica de salud de los venezolanos, se declaró inconstitucional porque –para la sala– el tema de la salud es parte del contenido del decreto de estado de excepción y no puede ser abordado por el órgano parlamentario mientras aquel se prolongue. Es decir, la Asamblea no puede dictar leyes sobre materias que estén contenidas en el decreto de estado de excepción y de emergencia económica. Ello, como lo demás relatado *supra*, es a todas luces inconstitucional.

5. Sobre las solicitudes ante órganos internacionales y similares

También se han dictado sentencias dirigidas a obstaculizar la llamada diplomacia parlamentaria. En este apartado destaca la sentencia N° 478 del 14 de junio de 2016 respecto de la acción de amparo constitucional presentada por el procurador general de la República contra las “presuntas actuaciones, vías de hecho y amenazas de daño Inminente, presuntamente emanadas del Presidente, de la Junta Directiva y de la Mayoría de diputados que conforman la Asamblea Nacional”. El origen del amparo eran estos acuerdos parlamentarios: “*Acuerdo exhortando al cumplimiento de la Constitución, y sobre la responsabilidad del Poder Ejecutivo Nacional, del Tribunal Supremo de Justicia y del Consejo Nacional Electoral para la preservación de la paz y ante el cambio democrático en Venezuela*” y “*Acuerdo que respalda el interés de la comunidad internacional acerca de G-7, OEA, UNASUR, MERCOSUR y Vaticano en la crisis venezolana*”.

La sala declaró que la Asamblea Nacional pretendía dirigir las relaciones exteriores de la República y usurpar competencias del Presidente de la República, lo cual no es cierto, pues ni la Asamblea Nacional ni su junta directiva han invocado la representación de la República ante instancias internacionales ni han pretendido dirigir dichas relaciones.

6. Otras decisiones

Además de la decisión sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, otra sentencia de la sala constitucional resolvió asuntos de su propio interés: la N° 614 del 19 de julio de 2016. En esta ocasión se declaró nula la *Comisión Especial para el Rescate de la Institucionalidad del Tribunal Supremo de Justicia*, así como la sesión en la que se aprobó su informe final. La sala no valoró la serie de irregularidades que dieron lugar a la designación de magistrados del Tribunal Supremo de Justicia de diciembre 2015 y, de tal manera, impidió la revisión parlamentaria de tales designaciones e incluso, según sentencia del 2017, su revisión judicial.

Otra sentencia que resultó sumamente grave es la N° 808 del 2 de septiembre de 2016 en la que se declaró la inconstitucionalidad de la *Ley de*

Reforma Parcial del Decreto N.º 2165 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación de Oro. Podría pensarse que es otra decisión que vulneró la facultad legislativa de la Asamblea, pero realmente va más allá: la sala constitucional centró su alegato de inconstitucionalidad en el supuesto desacato a la sentencia de la sala electoral N.º 260/2015, previamente declarado por esta última. Siendo así se anuló a todo un órgano y poder del Estado por una sentencia inconstitucional.

Llamó también la atención el pronunciamiento respecto a la nacionalidad del Presidente Nicolás Maduro. Por medio de la sentencia N.º 907, del 28 de octubre de 2016, la sala constitucional declaró que Maduro es venezolano y que no posee otra nacionalidad. Esto basándose en documentos que supuestamente reposaban en el expediente al que nunca se tuvo acceso público y que no pudo ser comprobado por la Asamblea Nacional, la cual adelantaba una investigación parlamentaria al respecto.

Finalmente es necesario mencionar la sentencia N.º 1086 del 13 de diciembre de 2016 relativa a la designación de los rectores del Consejo Nacional Electoral. En esta decisión la sala constitucional sostuvo que, por el supuesto desacato de la Asamblea, las actuaciones parlamentarias relativas al proceso de designación de los nuevos funcionarios del CNE “carecen de validez, eficacia y existencia jurídica” y procedió luego la sala a efectuar las correspondientes designaciones con base en una omisión legislativa realmente inexistente.

7. Conclusiones

La Asamblea Nacional, como órgano democrático, atravesó por un primer año turbulento y difícil. No solo por los ataques del ejecutivo nacional, sino principalmente por el bloqueo que el Tribunal Supremo de Justicia aplicó en todos los frentes.

La principal facultad, la legislativa, fue anulada en los primeros meses del año 2016 cuando se declaraban inconstitucionales todas las leyes sancionadas, incluso vulnerando derechos fundamentales mediante dichas declaratorias. Luego se incluyó el argumento del desacato que sirvió como base para gran parte de las decisiones posteriores.

Resalta la actuación, especialmente criticable, de la sala electoral que con su primera decisión –la medida cautelar de suspensión de efectos– y la siguiente del desacato marcó el comportamiento de todo un Tribunal contra uno de los poderes del Estado. El desacato fue la carta blanca con la que la sala constitucional privó de la mayor parte de sus competencias a la Asamblea Nacional sin siquiera considerar en muchos casos los argumentos jurídicos de cada asunto. Ello sin tener en cuenta la delicada situación en la que se ubicó al estado Amazonas, cuyos electores aún siguen sufriendo las consecuencias de esa extralimitación judicial.

El control político también se vio severamente afectado, pues tenemos más de un año en estado de excepción –inconstitucional, por supuesto– y no ha sido posible para la Asamblea frenarlo cuando es una facultad que tiene legítimamente atribuida. Además, no se le ha permitido tampoco evaluar la eventual responsabilidad política del Presidente de la República, quien es el autor de dichos decretos.

Las facultades de control e investigación sufrieron severas restricciones con la sentencia N° 9/2016 y quedó luego en evidencia que para la sala constitucional ello no fue suficiente, apartando a PDVSA y al BCV de la mínima posibilidad del control parlamentario.

Entonces la Asamblea Nacional que llegó a ser para muchos una esperanza de control político, financiero y de desarrollo legislativo terminó siendo un órgano bloqueado, anulado y sometido al dictamen de un Tribunal pro-gubernamental. Los primeros doce meses no fueron sencillos y de forma inconstitucional e ilegal se privó de acción a nuestro órgano parlamentario del ámbito nacional.

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

Análisis crítico del tratamiento que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y el Poder Legislativo nacional le han dispensado a la autonomía municipal

Ricardo Baroni Uzcategui

1. Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad realizar un análisis crítico acerca del tratamiento que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) le dispensó a la autonomía municipal a los fines de poder determinar si esa institución resultó fortalecida o debilitada tras el proceso constituyente de 1999, así como tratar de precisar las causas de su fortalecimiento o de su debilitamiento, según sea el caso. Asimismo, procederemos a confrontar las normas constitucionales que regulan la autonomía municipal con la manera en que esa institución ha venido siendo abordada por el poder público nacional, específicamente por órgano de su rama Legislativa, a los fines de verificar si ese abordaje ha respetado o no el contenido esencial o núcleo duro de la autonomía municipal.

Ahora bien, con el propósito de poder cumplir las metas y objetivos que nos hemos trazado como punto previo consideramos indispensable realizar algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica, contenido, garantías y límites constitucionales de la autonomía municipal a la luz de las disposiciones de la C RBV. Para poder luego examinar cómo el legislador nacional puede limitarla sin alterar o lesionar sus contenidos esenciales lo que *–sin qua nom–* se requiere para precisar si la autonomía municipal,

como garantía institucional, se ha robustecido o menguado desde el punto de vista de su tratamiento en el texto constitucional y si ha sido respetada y preservada por el Poder Legislativo nacional.

2. La autonomía municipal: naturaleza jurídica, contenidos, garantías y límites constitucionales

a) Naturaleza jurídica de la autonomía municipal

El artículo 168 de la Constitución de 1999 es del tenor siguiente: “**Artículo 168.-** Los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y de la ley.”

Se establece así la autonomía como de la esencia de los municipios que, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua,¹ es la “[p]otestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios.”

En nuestro derecho constitucional la autonomía es una condición originaria para el ejercicio de un poder local, ya que permite que los municipios puedan dictar su propia ley y puedan elegir a sus autoridades e invertir sus recursos de la manera que mejor estimen. Pero es también un principio constitucional y una garantía institucional. Es un principio constitucional por el solo hecho de estar en el texto constitucional y es una garantía institucional porque protege al municipio de interferencias o intervenciones por parte de los otros poderes públicos.

Por otra parte, la autonomía municipal es un principio que se encuentra enraizado en lo más profundo de la tradición constitucional y en la conciencia de todos los venezolanos como garantía del régimen democrático. No obstante la otrora Corte Suprema de Justicia, en sala plena, si bien declaró que la autonomía municipal garantizada en la Constitución era un concepto de estricto derecho positivo que proviene de “*postulados ideológicos básicos del Estado Venezolano.*”²

1 DRAE consultado en <http://dle.rae.es/?id=4TsdBo>

2 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, de fecha 13/11/1989, caso “*Herberto Contreras Cuenca*”. Revista de Derecho Público, n° 83, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 199 y ss.

Vemos así que la autonomía municipal es muchas cosas al mismo tiempo: es una potestad originaria para el ejercicio de un poder local; es un concepto de derecho positivo; es un principio constitucional; es una garantía institucional de rango constitucional y es uno de los postulados ideológicos básicos del Estado venezolano, lo cual no debemos confundir con el concepto de municipio ya que, a pesar de que ambas nociones son inescindibles, una cosa es el municipio y otra es la autonomía municipal.

En ese orden de ideas, el municipio –en virtud de su diseño constitucional– posee una triple naturaleza jurídica: es un poder público (Art. 136 CRBV); es la unidad política primaria de la organización nacional (Art. 168 CRBV) y es un ámbito de demarcación territorial (Art. 16 CRBV).

Que el municipio sea un poder público significa que es una manifestación de cómo el Estado venezolano se organiza, es decir, en términos orgánicos u organizativos el municipio –o más propiamente dicho el poder municipal y junto con el poder nacional y estatal– es la manera en que el Estado se organiza de forma vertical. Esto comporta, al mismo tiempo, un sentido funcional que convierte a los municipios en órganos investidos de autoridad que realizan, cumplen y materializan en la práctica las funciones y fines del Estado. El municipio es un órgano al cual se le han dado potestades públicas y competencias de rango constitucional y legal para cumplir las funciones o fines del Estado. Asimismo, el municipio es también un ámbito de demarcación territorial, pero no es cualquier demarcación territorial sino la básica, la primaria.

En efecto, de conformidad con el artículo 16 de la Constitución, el territorio se divide en municipios lo que significa que el territorio venezolano no puede dividirse u organizarse desde la óptica política-territorial de otra manera distinta. Esto se traduce en que no puede haber otra unidad inferior distinta del municipio. Pero este no solo es un ámbito de demarcación territorial, sino que es mucho más que eso: es la unidad política primaria de la organización nacional y es la persona jurídica-política primaria dentro del Estado venezolano al estar más cerca de la población y que posee competencias específicas que se ejercen a través de los contenidos de la autonomía municipal previstos en el artículo 168 de la CRBV, siendo

por esa misma razón donde la participación ciudadana se hace más viva y palpable.

En conclusión, el municipio es un poder público que es manifestación de cómo el Estado venezolano se organiza y se distribuye verticalmente, a la vez que posee funciones y competencias propias para cumplir los fines del Estado. Pero, al mismo tiempo, es el ámbito de demarcación política-territorial primaria de la organización nacional. Por tanto la autonomía vendría a ser un límite o freno de actuación para el resto de los poderes públicos en inmiscuirse o invadir las competencias que tanto la Constitución como la ley les confieren a los municipios. Dicho de otra manera, la autonomía municipal es una especie de escudo protector de los municipios que tiene como finalidad impedir que los otros poderes públicos lo avasallen, despojándolo o usurpando sus competencias, pero también diciéndole al municipio hasta donde puede actuar en el ejercicio de esas competencias. De allí que su misión principal sea de la de fungir como garantía institucional de protección del poder municipal ante los otros poderes.

b) Contenidos esenciales de la autonomía municipal

Ahora bien, el contenido de la autonomía municipal como tal está desarrollado expresamente en el artículo 168 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual dispone que la autonomía municipal comprende: *“1. La elección de sus autoridades.; 2. La gestión de las materias de su competencia; 3. La creación, recaudación e inversión de sus ingresos.”*

En relación a los contenidos y alcances de la autonomía municipal, Brewer-Carías³ ha dicho lo siguiente:

la autonomía municipal comprende una autonomía política, una autonomía normativa, una autonomía organizativa, una autonomía tributaria y una autonomía administrativa; siendo la garantía más general de dicha autonomía, frente a los otros poderes públicos del Estado.

La autonomía política implica que el Municipio sólo puede estar gobernado por sus autoridades electas mediante sufragio universal, directo y secreto, que son los miembros de los Consejos Municipales y los Alcaldes. **La autonomía normativa** implica que los Consejos

3 Allan R. Brewer-Carías, Sobre el Régimen Municipal en Venezuela, pp. 6-7, consultado en http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2_41efb849fea8/Content/II,%204,%20814.%20Brewer.%20Sobre%20el%20r%C3%A9gimen%20municipal%20en%20Venezuela%202014.pdf

Municipales tienen potestad de dictar sus leyes locales u ordenanzas municipales en los asuntos de su competencia, (...). **La autonomía tributaria** implica que los Municipios son los que pueden establecer y regular los tributos municipales, (...), de acuerdo con las normas de la propia Constitución y dentro de los límites por ella indicados. **Y la autonomía administrativa** se refiere a la libre gestión de los asuntos de su competencia (art. 168.2 C.), lo que implica la posibilidad de las autoridades municipales de invertir los ingresos municipales en la forma como lo juzguen conveniente, sin intervención alguna del poder nacional o del poder estatal. [Negrillas de Ricardo Baroni]

De lo anterior se aprecia que la autonomía municipal en Venezuela tiene, por lo menos en términos formales, una amplitud considerable que abarca la autonomía política, normativa, tributaria y administrativa o de gestión.

Ahora bien, cuando hablamos de contenidos esenciales de la autonomía municipal estamos haciendo alusión a un núcleo duro que no puede ser trastocado, alterado o sofocado por el legislador sin desnaturalizar la esencia de dicha autonomía, ya que de lo contrario quedaría vaciada de contenidos y dejando de ser aquello que quería el constituyente que fuese: una garantía institucional protectora del poder municipal.

Así las cosas, como dijéramos antes, en el artículo 168 se hace mención expresa a los contenidos de la autonomía municipal: **(i)** autonomía política, **(ii)** autonomía normativa, **(iii)** autonomía tributaria y financiera y **(iv)** autonomía administrativa o de gestión. Ese es el núcleo duro de la autonomía municipal, pero a su vez esos contenidos fundamentales de la autonomía municipal –vistos por separados– tienen contenidos esenciales.

En lo que concierne a la autonomía política su esencia o núcleo duro implica auto-gobierno y elección democrática por parte de las autoridades del municipio, lo cual es vital para ser autónomo, ya que si no hay auto-gobierno o no hay elección democrática de las autoridades, tampoco hay ni autonomía ni pluralidad política y menos aún participación ciudadana. Esa es precisamente la gran diferencia que hay entre el municipio y otras instancias que dependen del poder nacional como, por ejemplo, los consejos comunales.

En cuanto a la autonomía normativa implica la potestad que detenta el municipio para dictar su propio ordenamiento jurídico en las materias de su propia competencia a través de las ordenanzas, es decir, es la facultad para legislar en las materias de su competencia exclusiva, lo que significa que esas materias no pueden ser reguladas por una ley nacional o estatal ya que cae dentro de la autonomía normativa originaria del municipio.

En lo referente a la autonomía tributaria –que es una potestad originaria– se traduce en que el municipio puede crear, determinar y recaudar tributos en las materias expresamente señaladas en el artículo 179, numeral 2° de la Constitución. En cuanto a la autonomía financiera implica la potestad del municipio de invertir sus ingresos propios de la manera que juzgue más conveniente a sus intereses. Asimismo, no podemos dejar de mencionar que el constituyente señala en el artículo 180 de la CRBV el contenido esencial o núcleo duro de la autonomía tributaria el cual va de la mano con la autonomía normativa por el principio de la reserva legal tributaria. En este artículo se expresa que *“la potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades.”*

Por último tenemos la autonomía administrativa que, según nuestro criterio, es la más difícil de definir y de darle contenido esencial. Esta autonomía implica independencia funcional de gestión y organización por parte del municipio. Vale recalcar que esta puede determinar su propia organización administrativa de la forma que más le convenga, es decir, una alcaldía no tiene porque conservar la misma estructura organizativa que otras. Unos municipios podrán tener entes descentralizados y otros no. En lo que concierne a la autonomía de gestión, que alude a cómo el municipio gestiona sus competencias. Implica que tiene la libertad para gestionar de la manera que mejor le parezca, por supuesto, siempre dentro del Estado de derecho.

En síntesis, estos son un poco los contenidos esenciales de las distintas manifestaciones de la autonomía municipal y, por eso, dicha autonomía es una garantía institucional a favor de los municipios, ya que su respeto resulta indispensable para el resto de los poderes públicos por cuanto les

impone límites de actuación que no pueden ser traspasados en desmedro de la municipalidad.

Ahora bien, la autonomía municipal no es soberanía porque no tiene que estar sometida a determinados controles, tan solo a aquellos establecidos en la propia Constitución. Esto es consecuencia directa del Estado de derecho, el cual no es más que el sometimiento del poder a la ley. Por tanto, como mecanismo que rige a la autonomía municipal se encuentran el control jurisdiccional de las actuaciones del municipio, el control fiscal y demás órganos propios para cualquier ente público.

En conclusión, la autonomía es una premisa indispensable para los municipios porque comporta un abanico de consecuencias y de manifestaciones muy importantes que son los que se reflejan a través de esa autonomía política, tributaria, administrativa y normativa y que tienen que delimitarse con absoluta precisión a los fines de evitar que sus contenidos esenciales sean violados. Por último, en la medida en que la Constitución permita que la ley limite a la autonomía municipal, en esa misma medida se debe tener mucho más claro cuáles son los contenidos esenciales de la autonomía municipal para poder saber qué aspectos no pueden ser tocados, alterados o desconocidos por el legislador.

c) Garantías constitucionales de la autonomía municipal

De una lectura con pupila zahorí a la Constitución de 1999 nos percatamos de las garantías constitucionales que el constituyente consagró a favor de la autonomía municipal, las que podemos clasificar *básicamente en dos grupos*: (i) garantías constitucionales comunes a todos los poderes públicos y (ii) garantías constitucionales específicas del poder público municipal.

Dentro del primer grupo tenemos las garantías propias que dimanar de la circunstancia de ser un **Estado de derecho**, lo que implica el principio de legalidad, el principio de separación de poderes y el principio de responsabilidad del Estado, es decir, el Estado sometido al derecho y que cumple con un marco de juridicidad del cual no puede y debe salirse. Esto significa que el resto de los poderes públicos no deben inmiscuirse en la manera en que los municipios ejercen las atribuciones y competencias que

tanto la Constitución como la ley les otorga. Ya veremos más adelante que estas garantías funcionan como un límite en el actuar de los municipios, ya que tampoco se puede inmiscuir en la manera en que el resto de los poderes públicos ejercen las atribuciones y competencias que la Constitución y la ley les asignan.

Otro aspecto que vale la pena destacar es el de **Estado democrático**, cuyo análisis omitimos en este trabajo porque alude más a las garantías que la Constitución otorga a los ciudadanos con capacidad de ser electores para el ejercicio de sus derechos políticos, es decir, el derecho de participar libremente en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, pero que tiene una gran incidencia sobre el municipio, puesto que es la fuente de poder más cercana al ciudadano. "Ergo es el escenario..." es el escenario más natural para que la ciudadanía participe directamente en los asuntos públicos.

En cuanto a las garantías específicas que la Constitución consagró a favor de los municipios tenemos las siguientes: En primer lugar está **el principio de la unidad política primaria del municipio**, es decir, la concepción del municipio como unidad política primaria, lo cual está previsto en los artículos 16 y 168 de la Constitución donde se garantiza que este no pueda ser sustituido por otra unidad distinta a él. En segundo lugar se encuentra **la autonomía municipal propiamente dicha** prevista en el artículo 168. Esta protege al municipio de interferencias o intervenciones arbitrarias por parte de los otros poderes públicos al precisar los contenidos de esa autonomía.

En tercer lugar se halla **el principio de descentralización político-territorial** previsto en los artículos 16, 157 y 158 de la CRBV. Aquí es importante tener claro y presente la relación directa entre descentralización y municipio. Para el constituyente la descentralización político-territorial es una política nacional que necesariamente implica la transferencia de competencias por parte del poder público nacional a favor de los municipios y de los estados que persigue "*profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando las mejores condiciones, tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales*" (Art. 158 CRBV). A pesar que los artículos 157 y 158 de la Constitución

no expresan que el municipio sea el destinatario directo de la descentralización, **aún así** es innegable que es su destino natural porque el objetivo de la descentralización es profundizar la democracia, acercando el poder a la población y creando mejores condiciones para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales. Así pues, al ser el municipio la unidad política primaria y, por ende, la fuente de poder más cercana a los ciudadanos, quién mejor que él entonces para ser beneficiario de la descentralización de competencias. Si examinamos el artículo 16 de la Constitución vemos que nos habla de la descentralización y de la autonomía municipal en el marco de la división político-territorial cuando dice que *“La división político-territorial será regulada por ley orgánica, que garantice la autonomía municipal y la descentralización políticoadministrativa”*. Es decir que la división político-territorial está íntimamente unida a la autonomía municipal y a la descentralización. Por supuesto, la descentralización es una garantía a la autonomía municipal, ya que en la medida en que el poder nacional transfiera competencias a los municipios no solo expone la posibilidad de ejercer esas competencias, sino también la titularidad sobre las mismas. Si a ello le sumamos que, también, deberían transferirse los recursos financieros para que los municipios puedan ejercer esas competencias. No solo tenemos municipios más fuertes, sino con más recursos capaces de ejercer más competencias y prestar más servicios de manera eficiente como consecuencia natural de una política de descentralización bien llevada y mejor planificada. De esta manera tendremos un Estado democrático más fuerte y sólido. En conclusión, la descentralización político-territorial es un principio fundamental de nuestra Constitución que funge como base y garantía no solo del poder municipal, sino de la democracia por ser de todos los poderes públicos el más cercano al ciudadano. Esto origina una mayor participación ciudadana en la gestión de los asuntos públicos que los tocan más de cerca.

Otras de las garantías constitucionales específicas de los municipios es el **principio de gestión de las competencias propias de la vida local** previsto en el encabezado del artículo 178:

Artículo 178. Es de la competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local,

en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social, de conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la materia, la promoción de la participación, y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad, en las siguientes áreas. [Subrayados de Ricardo Baroni]

Lo primero que surge de esta norma es la consagración de competencias originarias a favor de los municipios: algunas ejercidas de manera exclusiva y otras de manera concurrentes, especialmente con el poder público nacional. Pero también consagra la posibilidad de que el legislador nacional pueda, mediante ley, crear nuevas competencias a favor de los municipios, es decir, la asignación de competencias derivadas.

Este es un artículo sumamente interesante y, en cierta medida, complejo ya que tiene una mezcla de atribuciones y materias. En efecto, primero nos dice que es competencia de los municipios “*el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local (...)*”. Aquí la norma nos está hablando de funciones, es decir, los municipios tienen función legislativa y ejecutiva, esta última en sus dos vertientes: función de gobierno y función administrativa sobre las materias de su competencia.

Por otra parte, el artículo 178 nos da luces acerca de cuáles son las materias que por naturaleza son municipales a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con las competencias implícitas del poder público nacional (Art. 156, 33° CRBV). En efecto, esa norma de manera clara y contundente expresa cuáles son las materias cuya competencia es municipal, señalando que son aquellas que conciernen *a la vida local*. Esto significa que todo lo que concierna a la vida local, por antonomasia, es municipal porque la propia CRBV así lo expresa. Esto es muy importante sobre todo al momento de dilucidar conflictos de competencias entre el municipio y los otros poderes públicos, ya que nos da luces al momento de interpretar. Si un asunto por naturaleza concierne a la vida local es municipal, no nacional ni estatal.

El artículo 178, además, nos dice que es de la competencia de los municipios “*la promoción de la participación, y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad*”. Gracias a este planteamiento se reitera que todo aquello que esté relacionado con el desarrollo económico y social de la comunidad es municipal y es ahí, entonces, donde entran las materias señaladas en sus ocho (8) numerales.

Ahora bien, lo realmente importante de esa norma es que define lo que se entiende por el ámbito de lo municipal, es decir, nos expresa cuál es el ámbito de las competencias municipales: es todo aquello que verse sobre la gestión de cualquier asunto que concierna a la vida local. Todo lo que sea local por esencia es municipal: lo que implique ordenación y promoción del desarrollo económico y social, dotación y prestación de servicios públicos domiciliarios dentro de la vida local. Todo lo que implique el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad, es decir, esas materias por naturaleza deben estar en el municipio implicando una garantía institucional a su favor.

A veces no es fácil determinar cuándo una competencia es propia de la vida local. En cambio hay otras que son muy de perogrullo que sean locales, por ejemplo, los servicios públicos domiciliarios, los cementerios y servicios funerarios. Pero otras pueden ser más complicada si nos referimos a materia de seguridad o vialidad, ya que la vialidad municipal es local pero hay un ámbito que excede a lo local y, por ello, hay situaciones donde a veces no es fácil determinar cuándo una competencia es de la vida local o no. El tema ambiental ¿es local? ¿no es local? No siempre es fácil hacer esas precisiones, ya que *aspectos propios de la vida local* es un concepto jurídico indeterminado. Si se determina que algo por su naturaleza concierne a la vida local es competencia exclusiva del municipio, pero a la vez es responsabilidad del mismo. Este último no puede zafarse de una competencia que le pueda resultar incomoda o inconveniente, so pretexto de que no hay una norma que le otorgue expresamente su ejercicio. Si es local es su responsabilidad ejercer dicha competencia. Eso es lo que se conoce como la doble dimensión de la potestad: la potestad como un poder y como un deber. Es una facultad de actuación que los demás poderes tienen que respetar, pero también es un deber asumir la competencia con todas las consecuencias que ello implica.

Ahora bien, aquí es importante destacar lo siguiente: el artículo 156, numeral 33° dice que es competencia del poder nacional *“toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza”*. Por su parte, el artículo 168, numeral 11° dice que es competencia exclusiva de los estados *“todo lo que no corresponda, de conformidad con esta Constitución, a la competencia nacional o municipal”*. Finalmente, el artículo 178 dice que es de la competencia del municipio: *“el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local”*. El punto es cómo compatibilizar esos tres planteamientos, es decir, cómo armonizamos las competencias implícitas del poder nacional con las competencias residuales de los estados y las competencias propias de la vida local que son de los municipios. Es evidente que hay una colisión porque ante una competencia que ninguna norma asigne de manera expresa ningún poder, vendrá y dirá que es de él porque es implícita. Los estados dirán que es suya porque es residual y los municipios dirán que es suya al ser propia de la vida local. Es como estar en un universo caótico de residualidad, implícitud y localidad pura. Todo mezclado. Consideramos que la única manera de poner fin a ese universo de caos competencial es estableciendo normas constitucionales que enumeren taxativamente las competencias exclusivas de cada uno de los poderes públicos y otras que señalen las competencias concurrentes, ya que un diseño así concebido da una mayor seguridad jurídica y certidumbre sobre la justa y correcta distribución de competencias de los poderes públicos.

Finalmente, cuando el artículo 178 en su último aparte expresa que las actuaciones que corresponden al municipio en la materia de su competencia no menoscaban las competencias nacionales o estatales que se definan en la ley conforme a la Constitución. En este sentido pareciera que se está refiriendo a que las materias mencionadas en esa norma son concurrentes con los otros niveles de poder, lo cual sería una verdad a medias ya que varias de las competencias mencionadas en ese artículo son ejercidas de manera exclusiva por los municipios y otras de manera concurrente con el poder público nacional.

Por supuesto, hay otro grupo de garantías institucionales a favor de los municipios que se derivan de los contenidos esenciales de la autonomía

Municipal, tal y como la prevista en el artículo 180 *eiusdem*, según el cual “*La potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades*”. Viene el constituyente en esta norma a ratificar que el municipio ostenta potestades tributarias originarias que no solo son distintas de las potestades tributarias asignadas al poder nacional y estatal, sino que además son autónomas de estas, es decir, que el municipio ostenta el poder para auto-normar el ejercicio de sus propias competencias en materia impositiva local sin que pueda haber injerencia por parte de los otros niveles verticales de poder. Asimismo, el único aparte del mismo artículo 180 dispone que: “*Las inmunidades frente a la potestad impositiva de los Municipios, a favor de los demás entes políticoterritoriales, se extiende sólo a las personas jurídicas estatales creadas por ellos, pero no a concesionarios ni a otros contratistas de la Administración Nacional o de los Estados*”. Este es el principio de la inmunidad tributaria según el cual, así como la República y los estados son inmunes a la potestad tributaria de los municipios, a estos no pueden pecharlos con impuestos –*mutatis mutandi*–. Los Municipios también deberían ser inmunes a la potestad impositiva del poder público nacional y estatal por elementales criterios de reciprocidad e igualdad.

Otra garantía constitucional pensada para reforzar la ***autonomía financiera de los municipios*** es la prevista en el artículo 167, según la cual los estados, en cada ejercicio fiscal, deben destinar a favor de los municipios una participación no menor del veinte por ciento del situado y de los demás ingresos ordinarios del respectivo estado. Por supuesto, para que los estados puedan dar cumplimiento cabalmente a esta norma dependen de que el poder nacional les entregue los recursos que a estos, a su vez, les corresponde por concepto de situado.

Otra garantía a la autonomía municipal es la prevista en el artículo 165 de la CRBV, la cual persigue engrosar el número de competencias derivadas de los municipios, ya que en la medida en que estos demuestren que están en la capacidad de prestar aquellos servicios que ejercen dentro de las áreas de competencias concurrentes con el poder estatal. Las provincias quedan obligadas a descentralizar dichos servicios de manera plena a favor de los municipios, incluso transfiriendo a favor de estos los recursos

respectivos para ejercer la administración de tales servicios. No conocemos ningún caso de descentralización de competencias de los estados a favor de los municipios lo que, quizás, se deba a que de por sí las competencias originarias que le fueron otorgadas a los estados son tan escasas que descentralizarlas a favor de los municipios los dejaría prácticamente sin ninguna.

Finalmente, otra garantía constitucional a favor de la autonomía municipal la conseguimos en el último aparte del artículo 168 de la Constitución, según el cual *“los actos de los Municipios no podrán ser impugnados sino ante los tribunales competentes, de conformidad con la Constitución y la ley”*. Esta garantía jurisdiccional lleva implícita la idea de que los actos de los municipios no pueden ser desconocidos o desobedecidos por ninguno de los otros poderes públicos en cualquiera de sus niveles vertical y horizontal, menos aún por los ciudadanos a menos que sean impugnados ante los tribunales competentes y declarados nulos mediante sentencia definitivamente firme.

d) Límites de la autonomía municipal en la Constitución de 1999

Volviendo sobre el contenido del artículo 168 de la Constitución dicha norma dispone, como ya hemos visto, que los municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía *“dentro de los límites de la Constitución y de la ley.”*

Vemos así que la autonomía municipal está sometida a los límites establecidos en la Constitución y a los límites establecidos en la ley, lo que significa que así como los municipios son detentadores de competencias originarias y derivadas, pues, en esa misma medida la autonomía municipal está sujeta a limitaciones de reserva constitucional y de reserva legal. En relación con las limitaciones de reserva constitucional estas pueden clasificarse en dos grandes grupos: limitaciones comunes para todos los poderes públicos y limitaciones específicas al poder municipal. Comencemos con las primeras.

Unos límites constitucionales que es común a todos los poderes públicos los podemos encontrar en los artículos 4 y 6 de la CRBV, ello signi-

fica, por ejemplo, que los municipios –en uso de sus potestades normativas– no pudieran sancionar ordenanzas que contraríen la forma de estado descentralizado, que atenten o desconozcan los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad. Tampoco pudieran las autoridades municipales gobernar de una manera tal que hagan nugatorios los principios de democracia, participación, alternabilidad, responsabilidad y pluralidad.

Asimismo, otro límite constitucional extensible a la autonomía municipal lo encontramos en el artículo 2 de nuestra Carta Magna, lo que se traduce en que los municipios en el ejercicio de sus potestades públicas no pueden atentar o desconocer los valores superiores a la vida, a la libertad, a la justicia, a la igualdad, a la solidaridad, a la democracia, a la responsabilidad social, al respeto de los derechos humanos, a la ética y al pluralismo político.

Tenemos también como límite constitucional aplicable a la autonomía municipal lo dispuesto en el artículo 19 *eiusdem*, donde los municipios deben garantizar a toda persona –conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna– “*el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos*”, ya que esa norma dispone que 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*”, so pena de que cualquier actuación u acto dictado en ejercicio del poder público municipal que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley *es nulo* [art. 25 CRBV].

Adicionalmente, los principios de separación de poder y de legalidad previstos en los artículos 136 y 137 de la Constitución se erigen en limitaciones insalvables para el ejercicio de la autonomía municipal, lo que significa que los municipios en ejercicio de esa autonomía no pueden invadir las competencias que constitucional y legalmente han sido atribuidos al resto de los poderes públicos, solo puede colaborar con estos para la realización de los fines del Estado. Además, los municipios solo pueden ejercer las atribuciones que la Constitución y la ley les confieren expresamente. Por otra parte, la Administración Pública Centralizada y Descentralizada

Municipal responde *“patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la administración pública”* [art. 140 CRBV].

Igualmente, otro de los límites constitucionales que se hace extensible a la autonomía municipal está consagrado en el artículo 141 de la Constitución, según el cual la administración pública municipal *“está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.”*

Otra de las limitaciones de reserva constitucional extensibles a la autonomía municipal es la prevista en el artículo 150, el cual dicta que *“no podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional, o con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional.”*

Finalmente, las autoridades municipales –al erigirse el municipio en la unidad política primaria de la organización nacional– deben acercarse a la población, creando las mejores condiciones tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales, es decir, el municipio no puede distanciarse de sus habitantes.

De lo expuesto hasta los momentos podemos concluir que los límites constitucionales son comunes a todos los poderes públicos y, por ende, extensibles a la autonomía municipal que no es más que el respeto y acatamiento que deben mantener los municipios en el ejercicio de sus competencias a los valores, principios y reglas constitucionales ya mencionados. Al ser la Constitución norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico, los municipios –así como todos los órganos que ejercen el poder público– están sujetos a sus leyes.

En relación con las limitaciones de reserva constitucional específicas y expresas a la autonomía municipal –la cual comparten con los estados– son las previstas en el artículo 183 de la CRBV, según el cual los municipios no podrán crear aduanas ni impuestos de importación, de exporta-

ción o de tránsito sobre bienes nacionales o extranjeros ni sobre las demás materias rentísticas de la competencia nacional. Tampoco podrán gravar bienes de consumo antes de que entren en circulación dentro de su territorio y menos le es permitido a los municipios prohibir el consumo de bienes producidos fuera de su territorio, pudiendo solo gravar la agricultura, la cría, la pesca y la actividad forestal en la oportunidad, forma y medida que lo permita la ley nacional.

Por supuesto, no podemos dejar de mencionar las habilitaciones que el constituyente le dispuso al legislador nacional para que regulara ciertos aspectos del ámbito municipal. Lo que quiero destacar aquí es que esas habilitaciones *per se* constituyen una limitación a la autonomía municipal de rango constitucional por la sencilla razón que la Constitución le permite al legislador nacional y estatal legislar sobre aspectos propios de la municipalidad, es decir, es la propia Constitución la que permite sustraerle a los concejos municipales la posibilidad de que sean ellos quienes legislen sobre tales aspectos. Sin embargo, cuando el legislador en usos de esas habilitaciones constitucionales plasma en la ley regulaciones a esa autonomía es ahí cuando la limitación pasa a ser de reserva legal.

A continuación procedemos a enumerar las normas constitucionales en las cuales el constituyente habilitó al legislador para regular aspectos relacionados con el poder municipal. En primer lugar tenemos el artículo 147 de la Constitución, el cual dispone que por *“ley orgánica se podrán establecer límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos municipales”* y *“la ley nacional establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales.”*

En segundo lugar, el servicio de policía municipal al ser una materia concurrente con el poder nacional y estatal es objeto de una doble limitación. La primera es la prevista en el artículo 178, numeral 7°: *“Es de la competencia del Municipio (...): 7° los (...) servicios de policía municipal, conforme a la legislación nacional aplicable”*. La segunda es la prevista en el artículo 164, numeral 6°, la cual dispone que es competencia exclusiva de los estados: *“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.”* En tercer lugar se encuentra el artículo 170 de la

CRBV donde se dispone que todo lo concerniente a la agrupación de dos o más municipios en distritos se regulara mediante ley.

En cuarto lugar, el artículo 171 establece que cuando dos o más municipios pertenecientes a una misma entidad federal tengan relaciones económicas, sociales y físicas que den al conjunto características de un área metropolitana. Estos podrán organizarse como distritos metropolitanos, lo que se regulará mediante ley orgánica.

En quinto lugar, el artículo 173 permite a los municipios crear parroquias, pero conforme a las condiciones que determine la ley. Igualmente, esa norma constitucional habilita al legislador nacional para establecer los supuestos y condiciones para la creación de otras entidades locales dentro del territorio municipal, así como los recursos de los que dispondrán y los deben estar relacionados con las funciones que se les asignen, incluso permitiendo su participación en los ingresos propios del municipio. En sexto lugar, el artículo 175 expresa que la función legislativa del municipio corresponde al concejo municipal, el cual estará integrado por concejales elegidos en la forma establecida en la Constitución, pero en un *“número y condiciones de elegibilidad que determine la ley.”*

En séptimo lugar, el artículo 176 si bien es cierto dispone que *“corresponde a la Contraloría Municipal el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes municipales, así como las operaciones relativas a los mismos”*, ello es *“sin menoscabo del alcance de las atribuciones de la Contraloría General de la República”*. Así pues, el contralor municipal debe ser designado por el concejo municipal mediante concurso público, pero no de acuerdo con lo que establezcan las ordenanzas municipales sino *“de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley.”*

En octavo lugar, el artículo 177 señala que *“la ley nacional podrá establecer principios, condiciones y requisitos de residencia, prohibiciones, causales de inhibición e incompatibilidades para la postulación y ejercicio de las funciones de Alcaldes o Alcaldesas y concejales o concejales”*. En noveno lugar, el artículo 178 le otorga competencias a los municipios para la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria. El ejercicio de esa competencia se regulará de conformidad con la delegación prevista en la ley que rija la materia.

En décimo lugar, el artículo 178 en su numeral 7° dispone que la materia municipal referida a la justicia de paz, a la prevención y protección vecinal la ejercerán los municipios *“conforme a la legislación nacional aplicable”*. En undécimo lugar, el artículo 156, numerales 13° y 14° del texto constitucional, en concordancia con el artículo 179, numeral 3° *eiusdem*. Este artículo dispone que corresponde al poder nacional legislar para *“la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales”* y para *“la creación y organización de impuestos territoriales o sobre predios rurales y sobre transacciones inmobiliarias, cuya recaudación y control corresponda a los Municipios.”*

En duodécimo lugar, el artículo 181 si bien establece que los municipios podrán enajenar sus ejidos previo al cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales y en los supuestos que las mismas señalen, no menos cierto es que tales ordenanzas deben dictarse conforme a lo dispuesto en la Constitución y a la legislación que se dicte para desarrollar sus principios. En decimotercer lugar, el artículo 182 crea la figura del consejo local de planificación pública, pero *“de conformidad con las disposiciones que establezca la ley.”*

Finalmente el decimocuarto lugar, el artículo 184 previene que *“la ley creará mecanismos abiertos y flexibles para que (...) los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos”*. Es decir, es el legislador nacional quien decide cómo, cuándo y dónde descentralizar los servicios de los cuales son titulares los municipios a favor de las comunidades organizadas.

Ahora bien, la limitación que produce los impactos más profundos en la autonomía municipal es la prevista en el artículo 168 de la CRBV, según la cual *“Los Municipios (...) gozan de (...) autonomía dentro de los límites (...) de la ley”* y cuyo análisis hemos reservado en el apartado siguiente de este trabajo. Solo nos permitimos adelantar que esta limitación permite que el legislador nacional regule mediante ley todas las competencias originarias de los municipios, incluso las que son exclusivas. La práctica legislativa se ha encargado de demostrar esta afirmación.

3. Análisis crítico del tratamiento que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 dispensa a la autonomía municipal

El artículo 168 de la CRBV dispone que los municipios, aparte de constituir la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y, además, ostentan autonomía pero “*dentro de los límites de la Constitución y de la ley*”. Ante esto, la primera interrogante que hay que plantearse es la siguiente: ¿Es racional y razonable que el constituyente hubiese sometido a la autonomía municipal a límites?

La respuesta tiene que ser sí. La autonomía municipal no es soberanía y, por lo tanto, tiene que ser necesaria y forzosamente sometida a los límites establecidos en la propia Constitución, ya que el ejercicio de potestades públicas no sujetas a ningún tipo de límites deviene en abuso de poder en el mejor de los casos o, en casos más extremos, en alguna tiranía. Esa es la razón por la cual en el artículo 139 de la Constitución se establece que “*el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley*”. Que la autonomía municipal esté sujeta a límites es consecuencia natural del Estado de derecho.

Si la autonomía municipal es una garantía institucional de rango constitucional, pues bien, luce coherente que las limitaciones a las cuales pueda quedar sujeta su ejercicio sean de rango constitucional. Limitaciones constitucionales que tienen como único objeto que la conducta de los municipios en el ejercicio de su autonomía sea ejercida en consonancia con los valores y principios constitucionales propios del Estado de derecho. Pareciera entonces que luce racional, razonable, adecuado, proporcionado y coherente el someter a la autonomía municipal a límites constitucionales.

Pero el problema se presenta cuando el artículo 168, adicionalmente, nos dice que la autonomía municipal también queda sujeta a los límites establecidos en la ley. Un primer inconveniente que genera la coletilla ***dentro de los límites de la ley*** viene dada por la circunstancia que el artículo 168 no distingue si esa limitación a la autonomía que detentan los municipios se refiere a competencias originarias o derivadas, así como

a competencias exclusivas o concurrentes del municipio. Es decir, donde el constituyente no distinguió, el interprete tampoco puede distinguir: es evidente que el legislador quedó habilitado por el constituyente para establecer limitaciones legales a las potestades y competencias originarias de los municipios sin importar que sean exclusivas o concurrentes.

De lo dicho hasta los momentos se aprecia que el constituyente de 1999 habilitó al poder público nacional y estatal, por órgano de sus ramas legislativas, para limitar mediante ley los alcances de prácticamente todos los contenidos de la autonomía municipal.

Vemos así que para el legislador nacional es suyo definir los alcances de casi todos los contenidos de la autonomía municipal. Asimismo, se observa con bastante claridad que la intención del constituyente de 1999 no fue la de consagrar la autonomía municipal con carácter absoluto sino relativo y así lo estableció la sala constitucional, lugar donde se acotó el carácter limitado de la autonomía municipal:

Se observa con claridad que, la intención que proyecta la Constitución vigente, no es la de consagrar la autonomía municipal con carácter absoluto sino relativo, es decir, dentro del marco de los principios y limitaciones establecidas en la propia Constitución y en las leyes nacionales y en las leyes estatales habilitadas para desarrollar el contenido de las normas constitucionales.⁴

De lo expuesto se evidencia que, es cierto, la autonomía municipal – por la manera en que fue concebida por el constituyente del 99– no es absoluta sino relativa. Por lo que en nuestro modo de ver las cosas, la CRBV no da garantía constitucional suficiente a la autonomía municipal cuando es la propia Constitución quien dispone que dicha autonomía no solamente está sujeta a los límites que establezca ella misma, sino además queda sujeta a las limitaciones que establezcan las leyes nacionales y estatales. Es decir, la CRBV por un lado fortalece la autonomía municipal con respecto a la Constitución de 1961: cuando le da estatus de poder público a los municipios, dotándola de un gran número de garantías. Por otra parte y siguiendo la misma línea que la Constitución anterior, la debilita cuando

4 Sala Constitucional, sentencia N° 2.257, del 13/11/2001, caso “*Fernando Chumaceiro*”, en Revista de Derecho Público, N° 85-88, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001, pp. 202 y ss.

permite que sea el legislador nacional y estatal, no el legislador municipal, quien defina en la mayoría de los casos los alcances de los contenidos esenciales de esa autonomía.

Para que los municipios sean realmente autónomos solo debería someterse la independencia municipal a las limitaciones establecidas en la Constitución y que sea el legislador local quien desarrolle sus aspectos principales, pues de qué sirve darle rango constitucional a la autonomía municipal cuando se permite que sea el legislador nacional y estatal quien la limite, regule o delimite. Esto, sin duda alguna, hace nacer la posibilidad de que se produzcan desequilibrios entre los niveles verticales de poder como, de hecho, ha ocurrido en la práctica.

Parte de este problema tiene también su origen en la propia redacción del artículo 4 de la CRBV cuando dispone que: *“La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución.”* Si partimos del supuesto que la autonomía municipal es ínsita a la noción de descentralización, pues bien y por asociación de ideas, la autonomía municipal será lo que deba ser *“en los términos consagrados por esta Constitución”*. Si esos términos son que las limitaciones no solo son de reserva constitucional sino, también, de reserva legal he ahí un error de diseño constitucional que deja la rendija abierta, como decíamos antes, a los desequilibrios de poder.

Sobre este tema, Brewer Carías también es de la opinión que la autonomía municipal solo debería ser objeto de limitaciones de reserva constitucional:

Teniendo su fuente en la Constitución, esta autonomía solo debería estar limitada por lo que la propia Constitución dispone, siendo una contradicción la previsión en la misma, el remitir a la ‘ley’ para establecer dichos límites, que además podría ser tanto nacional como estatal⁵. [Subrayados de Ricardo Baroni]

Brewer Carías siendo consecuente con sus propias opiniones sobre este tema, adicionalmente, ha expuesto lo siguiente:

5 Allan R. Brewer-Carías, SOBRE EL RÉGIMEN MUNICIPAL EN VENEZUELA, pp. 5 y 6, consultada en <http://allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20814.%20Brewer.%20Sobre%20el%20r%C3%A9gimen%20municipal%20en%20Venezuela%202014.pdf>

Para facilitar el retroceso en materia de descentralización política, la Constitución comenzó por establecer un régimen ‘centralista’ del Estado, aun cuando calificándolo contradictoriamente como ‘descentralizado’, siendo esa contradicción el signo más característico de la Constitución al regular el régimen de las entidades territoriales, pues en paralelo a regular la autonomía política, normativa y administrativa de los Estados y Municipios, el texto la niega al remitir a la Ley para su regulación, con lo que la garantía constitucional de la misma desapareció.

En efecto, la autonomía de los entes territoriales, es decir, de los Estados y de los Municipios, ante todo, como sucede en toda federación o Estado descentralizado, exigía la previsión de su garantía constitucional, en el sentido de que los límites a la misma sólo podían estar en la propia Constitución, y no podía ser remitida su regulación por ley nacional posterior.

(...)

En cuanto a los Municipios, la autonomía municipal tradicionalmente garantizada en la propia Constitución, también se interfirió en la Constitución, al señalarse que los Municipios gozan de la misma, no sólo dentro de los límites establecidos en la Constitución, sino de los establecidos en la ley nacional (art. 168), con lo cual el principio descentralizador básico, que es la autonomía, quedó minimizado.

(...)

Por otra parte, en la Constitución de 1999, siguiendo la tradición formal anterior, se reguló al Municipio como la unidad política primaria de la organización nacional, gozando de personalidad jurídica y de gobierno democrático y, más importante, de autonomía (art. 168). Sin embargo, particularmente en cuanto a ésta última, como se dijo, se la previó en la Constitución no sólo dentro de los límites establecidos en la misma, como antes se disponía, y que era su garantía constitucional, sino también dentro de los límites establecidos por “la ley,” con lo que se abrió el camino definitivo para la propia destrucción del régimen municipal.⁶ [Subrayados de Ricardo Baroni]

6 Allan R. Brewer-Carías, LA DESTRUCCIÓN DE LA INSTITUCIÓN MUNICIPAL EN VENEZUELA, EN NOMBRE DE UNA SUPUESTA “PARTICIPACIÓN PROTAGÓNICA” DEL PUEBLO, pp. 55 y 56, y 59, consultada en <https://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/41707/1/art2.pdf>

En esa misma dirección, pero con una postura más moderada, Daniela Urosa ha sido del siguiente criterio:

salvo mejor opinión, (...) si te pones a reflexionar un poco sobre el tema, pudieras a lo mejor darte cuenta que a veces el constituyente no tiene capacidad para prever todas las situaciones y que tampoco la Constitución puede ser una camisa de fuerza, con lo que quiero expresar que a lo mejor hay que dejar a la ley ciertas regulaciones. Pero en todo caso, de entrada pareciera que el tema de las limitaciones a la autonomía municipal deberían ser de reserva constitucional, y que estuvieran establecidos en la Constitución cuáles son los contenidos y alcances de esa autonomía, cuáles son sus limitaciones, y eso no lo debería poder tocar ni alterar nadie⁷.

Por supuesto, si somos coherentes y consecuentes con el contenido del artículo 4 de la CRBV –que proclama una forma de estado descentralizado– y si tomamos en cuenta que el concepto de autonomía es ínsito al concepto de descentralización lo ideal hubiese sido que el constituyente del 99 estableciera un modelo más garantístico, consagrando de reserva constitucional las limitaciones a la autonomía municipal y que fuesen los municipios, no el poder nacional, quienes legislasen de manera exclusiva sobre las materias de sus propias competencias. Así como los municipios no pueden invadir competencias nacionales, tampoco los otros poderes pueden invadir competencias municipales.

A lo mejor si todos los aspectos del municipio fuesen de reserva constitucional no tendría tanta importancia práctica el saber cuáles son los contenidos esenciales de la autonomía municipal, ya que el legislador no los podrá limitar. Pero como la realidad es que esos contenidos si son limitables por ley, entonces debemos saber cuáles son los contenidos esenciales de esa autonomía para conocer, a su vez, hasta dónde puede llegar el legislador en su función de limitarla. Por lo que solo resta determinar cómo debería la Asamblea Nacional y los concejos legislativos ejercer tal potestad normativa a los fines de evitar que desnaturalicen o vacíen de contenido a la autonomía municipal.

7 Desgrabación de la clase impartida por la Dra. Urosa en el aula N° 16 del Edificio “Cerrope”, Municipio Chacao, en fecha 25/02/2017 en el marco de la maestría de derecho constitucional de la UCAB, realizada por Ricardo Baroni.

4. Del contenido esencial de la autonomía municipal como límite al legislador nacional al regular los alcances de esa autonomía

Tenemos una Constitución que permite que la autonomía municipal no solamente esté sujeta a límites de reserva constitucional, sino que también esté sujeta a los límites establecidos en la ley. Hecho que obliga a tener bien claro cuáles son los contenidos esenciales o núcleos duros de la autonomía municipal para poder determinar, a su vez, qué aspectos de esos contenidos no pueden ser regulados por el legislador o hasta dónde puede regularlos.

En ese orden de ideas y como primera premisa de importancia se debe afirmar que así como el legislador por habilitación constitucional puede limitar a la autonomía municipal pues los contenidos esenciales de dicha autonomía se erigen a su vez en límites de esos límites, es decir, se constituyen en barreras u obstáculos insalvables que el legislador no puede traspasar sin desnaturalizar y vaciar de contenidos a la autonomía municipal.

Otra manera de ver esto no es tanto que la ley pueda imponer límites a la autonomía municipal, sino que la autonomía municipal se ejerza respetando las premisas que están en la ley. Es entender que el legislador en esa actividad de limitarla no puede alterar, modificar o suprimir sus contenidos esenciales, sino más bien establecer linderos de hasta dónde pueden llegar los municipios en el ejercicio de su autonomía sin traspasar la barrera de la ley, es decir, no se trata de que el legislador limite a la autonomía municipal sino, más bien, que la delimite y que fije la extensión de dicha autonomía.

En esa dirección Daniela Urosa ha expresado lo siguiente:

Que la Constitución deja la puerta abierta cuando dice que esa autonomía se ejerce en los términos establecidos en esa Constitución y en la ley, es cierto, pero yo creo, y esa es mi humilde opinión, que a los fines de interpretar los alcances de esa autonomía y de interpretar hasta qué punto el legislador puede desarrollarla o limitarla; pudiéramos aplicar por analogía el concepto o más bien la técnica que se utiliza en la delimitación de los derechos humanos por vía legislativa, que es respetar y proteger el núcleo duro de esos derechos, a los fines de evitar vaciarlos de contenido o desnaturalizarlos; *mutatis mutandi*, el legislador al mo-

mento de fijar los alcances de la autonomía estatal y municipal, debe respetar y proteger el núcleo duro de esa autonomía a los fines de evitar vaciarla de contenido o desnaturalizarla.

Yo creo, que eso es traspolable por analogía a la autonomía estatal y municipal. ¿Que el legislador puede limitar esa autonomía? sí, siempre y cuando no lesione el contenido esencial de la autonomía y no la desnaturalice. Si lo que el legislador va a establecer por ley es la eliminación total de la autonomía, o, sin ser tan extremos, lo que hace es decirle a los Municipios cómo deben organizarse, sin dejarle libertad para ni siquiera organizar su propio Poder Legislativo, entonces ¿qué se le está dejando? nada, estás desnaturalizando esa autonomía, las estas vaciando de contenido, estás violando el núcleo duro de la misma, y es ese núcleo duro el límite del legislador al momento de regular los alcances de la autonomía estatal y municipal.⁸

Suscribimos en su totalidad tan brillante razonamiento, pudiendo leer entre líneas que Urosa nos está diciendo que el legislador al momento de limitar la autonomía de los municipios debe hacerlo desde una perspectiva pro-autonomía municipal.

Ya en otra parte de este trabajo procedimos a determinar cuáles eran los contenidos esenciales o núcleos duros de la autonomía municipal: la autonomía política, normativa, tributaria y financiera, administrativa o de gestión y, a su vez, procedimos a precisar el núcleo duro de cada uno de esos contenidos esenciales. Es decir, si la Constitución habilita al poder nacional y estatal para limitar mediante ley a la autonomía municipal, el legislador debería respetar y fortalecer los contenidos de esa autonomía, no debilitarlos, disminuirlos, neutralizarlos, desnaturalizarlos ni vaciarlos de contenido.

Por tanto, el legislador no debería poder limitar la autonomía municipal ya que de ello se encarga la Constitución, pero lo que sí podría hacer es delimitar racionalmente dicha autonomía, es decir, definir sus contenidos y alcances de tal manera que facilite a los municipios –en uso de su autonomía– el ejercicio efectivo de sus competencias sin trabas u obstáculos superfluos e innecesarios. Pero, al mismo tiempo, imbricando normas que

8 Desgrabación de la clase impartida por la Dra. Urosa en el aula N° 16 del Edificio “Cerpé”, Municipio Chacao, en fecha 25/01/2017 en el marco de la maestría de derecho constitucional de la UCAB, realizada por Ricardo Baroni.

impidan que el municipio invada las competencias de los otros dos niveles de poder político-territorial.

Así, si el legislador va a regular la autonomía política de los municipios —la cual comprende la elección de sus autoridades— debe diseñar una ley teniendo en cuenta el contenido del artículo 2 de la CRBV, el cual prevé entre los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la democracia y el pluralismo político. De este modo, el contenido del artículo 3 *eiusdem* dicta los fines esenciales del estado: diseñar leyes que fomenten y auspicien la participación democrática de los ciudadanos en la elección de sus autoridades locales. Si pensamos en la elección de los miembros del concejo municipal, pues lo deseable sería optar por un sistema electoral de representación proporcional que permita que en el cuerpo edilicio haya pluralidad política en su conformación. Igualmente, las leyes nacionales que pretendan incidir en la autonomía política de los municipios deben tener muy presente el contenido del artículo 6 de la CRBV, según el cual “*el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables*”, valores democráticos que no vemos óbice para que, por vía de interpretación extensiva, se extiendan a los gobiernos municipales. Una ley nacional que, al momento de delimitar el contenido de la autonomía política de los municipios, no tome en cuenta y contrarié los principios antes mencionados vaciaría de contenido la misma y, en consecuencia, sería nula por inconstitucional. En definitiva, el legislador al momento de regular la autonomía política del municipio debe dejar espacios para que este se auto-gubierne y pueda elegir democráticamente a sus autoridades, lo cual es vital para ser autónomo. En caso contrario estaría dejando a la autonomía política sin contenido.

Por otra parte, los municipios también tienen autonomía normativa y de gestión. La plenitud y densidad de esas aristas de su autonomía dependerá de si el municipio legisla y gestiona en materia de competencias exclusivas o en materia de competencias concurrentes. En tal sentido, si el concejo municipal legisla en materia de competencias originarias y exclusivas como lo es, por ejemplo, la materia de cementerios y servicios funerarios. El legislador nacional debe abstenerse de legislar en esa materia, ya que ello

violaría no solamente la autonomía municipal, sino además los principios de separación de poderes y de legalidad previstos en los artículos 136 y 137 de la CRBV en virtud de que la materia de cementerios y servicios funerarios es de la reserva constitucional exclusiva del poder municipal. Dicho de otra manera, el legislador debe abstenerse de legislar en aquellas materias originarias y exclusivas de los municipios.

Por el contrario, si estamos en presencia de una competencia concurrente entre el poder nacional y el poder municipal como lo es, por ejemplo, la materia de ordenación territorial y urbanística. En tales casos puede perfectamente la ley nacional establecer el ámbito de acción que corresponde a cada nivel, pero teniendo en cuenta los principios de cooperación, concurrencia y corresponsabilidad previstos en el artículo 4 de la CRBV. Así como el principio de colaboración entre poderes para la realización de los fines del estado. Esto se traduce en el hecho de que el legislador nacional debe pensar en normas que tiendan a la cooperación entre el poder nacional y municipal en relación con la competencia que ambos niveles verticales de poder concurren, entendiendo por cooperación en el ejercicio de una competencia concurrente: la no-subordinación jerárquica del poder municipal al poder nacional, es decir, el obrar unidos y en plano de igualdad para la consecución de un fin común, delimitando donde empiezan y terminan las competencias concurrentes de cada uno de los poderes para que el ejercicio entre ambos niveles de poder sea compatible y que no haya colisiones o solapamientos entre ambos poderes al momento de ejercerlas, ya que una ley nacional dictada con ocasión de una competencia ejercida entre el poder nacional estaría lesionando gravemente el núcleo duro y el contenido esencial de la autonomía municipal de gestión. Por tanto, una ley así concebida sería inconstitucional.

Asimismo, en virtud de los principios constitucionales de concurrencia y de corresponsabilidad que rigen al Estado federal descentralizado, el poder nacional y el poder municipal deben colaborar –pero no pugnar– entre sí para el cumplimiento de sus funciones. En ese sentido, no vemos óbice para que el legislador nacional sancione leyes que permitan –en caso que el poder municipal no esté en capacidad en un momento dado de cumplir sus funciones– que el poder nacional asuma de manera coyuntural, subsidiaria y temporal el ejercicio de una competencia exclusiva o

concurrente originaria o derivada del poder municipal. Esto no implicaría, a mi modo de ver, una violación a la autonomía municipal. La ley nacional, en tales casos, debería establecer parámetros racionales en cuanto a los alcances de esa corresponsabilidad. El propósito sería evitar la usurpación de funciones. Asimismo, es pertinente destacar que hay situaciones que justificarían que el poder nacional asuma temporalmente el ejercicio de una competencia municipal, los cuales podrían ser casos de guerra, de catástrofes o calamidad pública y solo mientras dure la emergencia. Esta idea no parece descabellada si tomamos en cuenta que en las Constituciones vigentes entre 1904 hasta 1931 se establecía que los distritos gozaban de autonomía municipal y eran independientes del poder político del Estado en lo concerniente a su régimen administrativo, pero con ciertas restricciones pautadas en la Constitución. Sin embargo en caso de guerra exterior o interior, el Poder Ejecutivo del Estado podía asumir también la administración de los distritos.

Pero, además, los municipios también ostentan autonomía tributaria. Sin embargo, el poder nacional pudiera incidir en esa parcela de la autonomía municipal de la forma prevista en el numeral 13° del artículo 156 de la CRBV donde se dicta que la “*legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales*”. Esa norma lo que persigue es que el poder nacional, a través de la ley, coordine y armonice. Es decir, genere una correspondencia entre los impuestos nacionales y municipales que produzca una relación de complementación, concordancia, equivalencia o simetría entre ambas potestades tributarias. El fin es evitar que se generen situaciones de doble tributación para lo cual el legislador nacional, sin violentar la autonomía tributaria de los municipios, pueda definir principios y parámetros no para subrogarse en la regulación normativa de los tributos municipales, sino para evitar situaciones de doble tributación. Ahora bien, las únicas limitaciones expresadas que el legislador nacional pudiera imponerle por ley a los municipios en materia tributaria es la de prohibir gravar materias que correspondan al poder nacional o estatal. Por supuesto, otra forma constitucional en que el poder nacional puede incidir en la autonomía de los municipios en materia tributaria,

pero de manera positiva para fortalecerlos financieramente, es la prevista en el numeral 14° del artículo 156 de la Constitución. Ahí se le permite al poder nacional proceder a crear y organizar impuestos territoriales o sobre predios rurales y transacciones inmobiliarias, cuya recaudación y control corresponda a los municipios.

Otras de las limitaciones que tendría el legislador al momento de sancionar leyes que regulen a los municipios sería la de respetar la unidad política primaria de la organización nacional, siendo un ámbito de demarcación territorial. Esto implica que el legislador no puede pretender sustituir al municipio por otra unidad inferior territorial, ya que este es la unidad política básica primaria. No puede haber otra.

Asimismo, en virtud del principio de descentralización político-territorial previsto en los artículos 16, 157 y 158 de la CRBV. Al erigirse esta por mandato constitucional en una política nacional, es decir, en una política de estado –no de gobierno– necesariamente el legislador debe diseñar leyes que permitan, auspicien y faciliten la transferencia de competencias por parte del poder público nacional a favor de los municipios. El fin es acercar el poder a la población y abrir la posibilidad de que se creen mejores condiciones para el ejercicio de la democracia participativa y para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales. No obstante, el legislador no puede dictar leyes que dificulten, retrasen o prohíban la descentración de competencias a favor de los municipios o que permitan que la descentralización se materialice en entes distintos a estos y a los estados.

Puede el legislador establecer como debe ser la organización de los municipios, pero teniendo en cuenta los *“diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes”* (art. 169 CRBV). Es decir, debe dictar leyes que establezcan opciones de organización administrativa para cada municipio según su realidad concreta y particular, lo que significa que la ley no puede hacer de la organización municipal algo estandarizado.

No podría tampoco el legislador prohibir que los municipios puedan asociarse en mancomunidades y tampoco impedirles por ley crear parro-

quias. Este no podrá sustraer de las competencias del municipio cualquier materia que por naturaleza concierna a la vida local para otórgaselas a otros entes. Igualmente, no podría el legislador mediante ley ordenarle a los municipios que descentralicen competencias a las comunidades organizadas, ya que solo pueden, por mandato constitucional, descentralizar a favor de estos servicios.

Otro de los parámetros que debería seguir el legislador –específicamente las asambleas legislativas de los estados– es la creación de tantos municipios como la realidad lo permita y a través de las leyes de división política-territorial regionales. Pues si el municipio es la “*unidad política primaria de la organización nacional*” y, por ende, es la fuente de poder más cercana al ciudadano y, en consecuencia, el escenario natural para que la participación ciudadana pulule. La lógica indica que a mayor número de municipios, mayor participación y mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos locales, siempre y cuando se transfieran los recursos financieros que hagan viable la creación de nuevos municipios. Por supuesto, esto debe ir acompañado de estudios técnicos que evidencien la necesidad y viabilidad de nuevos municipios que permitan generar la posibilidad real para los ciudadanos de participar en la gestión de los asuntos propios de la vida local.

De lo dicho anteriormente se desprende que el legislador nacional y estatal, al momento de limitar la autonomía municipal por medio de las leyes que dicten, deben conservar y respetar no solo los contenidos esenciales de dicha autonomía, sino además los principios y garantías constitucionales establecidos en nuestra Carta Magna, tanto los comunes para todos los poderes públicos como los específicos del poder municipal. Así pues, el legislador solo puede delimitar los contenidos y alcances de la autonomía municipal para fortalecerla, protegerla, desarrollarla, así como señalar con absoluta precisión en la ley donde termina esa autonomía. Sin embargo no puede minimizarla, vaciarla de contenidos, modificarla o desprotegerla.

De este modo hay que entenderlo, pues entre nosotros existe una tendencia muy marcada a asumir que cuando la CRBV habilita al legislador a limitar la autonomía municipal dentro de los límites de la ley significa,

en casos menos graves, subordinar a los municipios al poder nacional y, en casos muchos más graves, despojar al municipio de sus competencias para dárselas a otros entes. Es por eso que en la medida en que la Constitución permita que la ley limite a la autonomía municipal, también se debe tener entonces mucho más claro cuál es el contenido esencial de dicha autonomía para poder saber con exactitud qué aspectos de esos contenidos no pueden ser tocados por el legislador.

Lamentablemente, cuando el constituyente habilita al legislador para limitara la autonomía municipal la hace vulnerable, ya que le da a este la oportunidad de poder ir en contra del espíritu de la autonomía municipal. De allí la importancia en futuras reformas al Texto constitucional de pensar que tales limitaciones sean exclusivamente de reserva constitucional o, siendo más moderados, de incluir una norma que sustituya la palabra *limitar* por *delimitar*, definiendo el contenido de esa actividad de delimitación en un sentido positivo, es decir, delimitar la autonomía municipal es fortalecerla, protegerla, desarrollarla y señalando hasta dónde puede llegar el municipio en ejercicio de su autonomía.

5. Del tratamiento que el legislador nacional le ha dispensado a la autonomía municipal

Ahora bien, hasta los momentos hemos expuesto sobre el *deber ser*, es decir, de cómo el legislador debería legislar en materia de autonomía municipal. Veamos ahora que ha pasado en la realidad.

En la práctica, lo cual es lamentable, el poder público como órgano de la Asamblea Nacional ha procedido a regular aspectos enmarcados dentro de la autonomía municipal. En unos casos disminuyendo sus contenidos y en otros subordinando a los municipios al poder nacional o usurpando y desnaturalizando los contenidos de dicha autonomía. De esa manera, el constituyente dejó un puerta abierta que favoreció al poder nacional para delimitar aspectos puntuales de la autonomía municipal: traspasándola, no fortaleciéndola, tampoco tutelándola ni favoreciéndola y, menos aun, para acercar a los municipios más a los ciudadanos, sino para debilitarla casi hasta desaparecería, agredirla y distanciar a los autoridades locales

de los individuos. Veamos algunos ejemplos de estas tristes pero ciertas afirmaciones.

En primer lugar tenemos a la Ley Orgánica del Poder Popular, la cual viola de entrada los artículos 157 y 158 de la CRBV al desviar el proceso de descentralización de competencias a favor de los municipios en entes no previstos en la Constitución, lo que por vía de consecuencia no solo merma la autonomía municipal sino, también, lesiona la forma de Estado federal descentralizado y adoptado por nuestra Constitución al crear un estado comunal como forma de estado no previsto en el texto. Dichos *consejos comunales* pretenden sustituir al municipio como la unidad primaria de la organización territorial, violando lo dispuesto en el artículo 16 de la Carta Magna. Pero, además, uno de los objetivos de esa ley es el asentar las bases de una sociedad socialista, lo que atenta contra la pluralidad política prevista como valor superior en el artículo 2 de la Constitución, yendo en desmedro de la democracia participativa y del municipio como espacio natural de desarrollo de la participación ciudadana al establecer que las instancias del poder popular son los medios en que los ciudadanos participen en los asuntos públicos, desconociendo así otros ámbitos y espacios de participación ciudadana previstos en la CRBV. Finalmente, con relación a la materia referida a la justicia de paz que es una competencia originaria de los municipios (art. 178, numeral 8° CRBV), la Ley Orgánica del Poder Popular consagró una estructura de justicia comunal que de forma más que clara viene a sustituir el sistema de justicia de paz que corresponde a los municipios.

Otro ejemplo de los desmanes que el poder público nacional ha realizado no solamente contra la autonomía municipal, sino también contra la autonomía de los estados es la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno que permite que el poder público nacional imponga a los estados y municipios las directrices del *plan de la patria*. Al subordinar a los estados y municipios a los designios de ese plan se desvirtúa la verdadera función constitucional del consejo federal de gobierno, que es armonizar los planes de desarrollo nacional, regionales y locales. Pero no solo eso sino que, además, el artículo 2 de esa ley dispone que el consejo federal de gobierno es quien establecerá los lineamientos que orientarán los procesos de planificación y coordinación en la ordenación territorial y de trans-

ferencia de las competencias y atribuciones de las entidades territoriales hacia las organizaciones de base del poder popular, es decir, que no solo los municipios sino, también, los estados deben descentralizar o transferir sus competencias a favor de las instancias del poder popular. Esto viola la Constitución ya que la descentralización es un proceso que implica exclusivamente transferencias de competencias por parte del poder nacional a favor de los estados y municipios (arts. 157 y 158 CRBV). Transferencias de competencias y servicios de los estados a favor de los municipios (art. 165 CRBV). Por último, transferencia –pero solo de servicios– de los municipios a favor de las comunidades y grupos vecinales organizados, que es una previa demostración de su capacidad para prestarlos. Esto desnaturaliza la esencia de la descentralización como política nacional para profundizar la democracia debido a la alta dependencia y subordinación a las cuales están sujetas las instancias del poder popular con respecto al poder público por órgano del ejecutivo nacional.

En relación con la Ley Orgánica de los Consejos Comunales. Esta sigue la misma línea de las dos leyes antes mencionadas, esto es, sustituir al municipio por los consejos comunales, lo cual viola un sinnúmero de normas constitucionales tales como los artículos 2, 4, 16, 157, 158, 168, 178, 179 y 184, entre otras. Pues se insiste en la idea de que el consejo comunal es la instancia de participación ciudadana que tiene como fin establecer la base sociopolítica del socialismo que consolide un nuevo modelo político, social, cultural y económico. Pero no solo eso sino que esa ley, en su artículo 28, le otorga una serie de competencias a los consejos comunales que coinciden casi en su totalidad con las competencias que el artículo 178 de la CRBV le otorga a los municipios, dejando a estos prácticamente huérfanos de competencias. Además, el legislador invade la autonomía financiera, administrativa y de gestión del municipio cuando, en el artículo 47 de esa ley, se establece que entre los recursos que de manera directa deben recibir los consejos comunales se encuentran aquellos que les sean transferidos por los municipios. En cambio en su artículo 57 se dispone que los entes del poder público, entre los cuales está el poder municipal, quedan subordinados al Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de participación ciudadana, quien podrá diseñar políticas, linea-

mientos, planes y estrategias que deberán atender los municipios en todo lo relacionado con el apoyo a los consejos comunales.

Vemos así que a través de la Ley de los Consejos Comunales se ha pretendido literalmente y como ha dicho Brewer Carías:

*sustituir al Municipio como la unidad política primaria en la organización nacional que exige la Constitución, por un sistema de entidades sin autonomía ni gobierno democrático que se denominan del Poder Popular o del Estado Comunal (Consejos Comunales), directamente vinculadas y dependientes, en un esquema centralizado del poder, del más alto nivel del Poder Ejecutivo Nacional, el Presidente de la República, mediante un Ministerio del Ejecutivo Nacional.*⁹

Las disposiciones de las tres leyes antes mencionadas permearon a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal cuando en su reforma –del año 2010, en su artículo 1– se estableció que esa ley tiene por objeto, entre otros, establecer las bases para que el poder público municipal transfiera competencias a las comunas en su condición especial de entidad local. Por último, la reforma de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal del año 2010, literalmente, eliminó a las parroquias siendo ocupadas por la comunas, lo que es a todas luces inconstitucional ya que los miembros de las juntas parroquiales eran funcionarios de elección popular.

Pero eso no se queda allí porque el legislador, de manera por demás prolija e imaginativa y a través de otras leyes, ha venido vaciando de competencias a los municipios, verbigracia, la Ley para la Regulación y Control de la Prestación del Servicio Funerario y Cementerios del 2014. No es este el espacio para comentar de manera detallada el contenido de dicha ley. Sin embargo, lo destacable de la misma es que convierte a los municipios en entes subordinados del poder nacional en esa materia al crear el consejo nacional integral de servicios funerarios que, prácticamente, asume para sí las competencias de servicios funerarios y cementerios que detentan por mandato constitucional de manera originaria y exclusiva los municipios. Así se detalla en el artículo 178, numeral 6° de la CRBV.

Por último, para no extendernos más en este aspecto, tenemos lo dispuesto en el artículo 47 de Ley de Impuestos Sobre Alcohol y Especies

9 Allan Brewer Carías, ob. cit., p 25.

Alcohólicas, la cual subordina la competencia que la misma le confiere a los municipios con la finalidad de otorgar los permisos para expendio de licores y fijación de los horarios respectivos de venta a la previa opinión favorable del respectivo consejo comunal. Es decir, el poder municipal –que es de rango constitucional– queda subordinado en el ejercicio de una competencia derivada a los designios de un ente que ni siquiera es mencionado en el texto constitucional.

Con todos estos ejemplos y con otros que pudiesen exponerse consideramos que queda demostrado cómo el legislador nacional en los últimos años ha considerado a la autonomía municipal como algo despreciable, desdeñable y prescindible al no respetar sus contenidos esenciales. De esta forma lo podemos apreciar cuando se establece una política legislativa deliberada para minimizar todo lo posible al poder municipal en el ejercicio de su autonomía y, así, sustituirlo por las instancias del poder popular.

6. Conclusiones y recomendaciones

Nos permitimos exponer las siguientes puntos a modo de conclusión:

1. Que la autonomía municipal posee una naturaleza jurídica compleja, ya que es una potestad originaria y un concepto de derecho positivo, una garantía institucional y un principio de rango constitucional. También es uno de los postulados ideológicos básicos del estado venezolano, el cual no debemos confundir con el concepto de municipio. Aunque ambas nociones son inescindibles, el municipio posee una triple naturaleza jurídica: i) es un poder público, ii) es la unidad política primaria de la organización nacional y, también, iii) un ámbito de demarcación territorial. Asimismo, la autonomía municipal vendría a ser una especie de escudo protector que tiene como finalidad impedir que los otros poderes públicos avasallen a los municipios en el ejercicio de sus competencias, pero al mismo tiempo funge de garantías a favor de los otros poderes públicos ante el poder municipal porque les otorga certidumbre de hasta dónde pueden llegar los municipios en el ejercicio de sus competencias.

2. Que el contenido esencial o núcleo duro de la autonomía municipal comprende una autonomía política, normativa, tributaria, financiera y administrativa o de gestión.
3. Que la autonomía municipal no es soberanía. Eso significa que esta tiene que estar sometida a determinados controles y solo a aquellos establecidos en la propia Constitución, lo cual es consecuencia directa del Estado de derecho.
4. Que el constituyente consagró a favor de la autonomía municipal garantías constitucionales comunes a todos los poderes públicos y garantías constitucionales específicas del poder público municipal.
5. Que la autonomía municipal está sometida a los límites establecidos en la Constitución y en la ley.
6. Que si la autonomía municipal es una garantía institucional de rango constitucional luce coherente que las limitaciones a las cuales pueda quedar sujeta su ejercicio solo sean de rango constitucional. Sin embargo, el constituyente habilitó al poder público nacional, por órgano de su rama legislativa, para limitar los alcances de prácticamente todos los contenidos de la autonomía municipal. De esto se desprende que la intención del constituyente de 1999 no fue la de consagrar la autonomía municipal con carácter absoluto sino relativo.
7. Que así como el legislador por habilitación constitucional puede limitar a la autonomía municipal, los contenidos esenciales de dicha autonomía se erigen a su vez en límites de esos límites, es decir, se constituyen en barreras u obstáculos que el legislador no puede traspasar sin desnaturalizar y vaciar de contenidos a la autonomía municipal, ya que la ley debe en todo caso fortalecer, proteger, ampliar y desarrollar sus contenidos esenciales. Dicho de otra manera, el legislador en esa actividad de limitar a la autonomía municipal no puede alterar, modificar o suprimir sus contenidos esenciales.
8. Que el tratamiento que el legislador nacional le ha dispensado a la autonomía municipal en los últimos años es, a todos luces, inconstitucional por las razones explicadas en este trabajo, ya que

ha sido vista como algo despreciable, desdeñable, como algo que entorpece o impide la consolidación de un Estado y sociedad regidas por él sino por la doctrina socialista. El punto es que la legislación ha creado unas instancias (consejos comunales) de algo llamado poder popular que no tiene asidero alguno en nuestra Constitución y que, por la manera en que fueron concebidas, su principal misión es la de sustituir al municipio como la unidad política primaria de la organización territorial del país. Asumiendo, paralelamente, para sí las competencias originarias exclusivas y concurrentes que la Constitución asignó a los municipios. Esto ha originado en la práctica un proceso de desmunicipalización del país y un debilitamiento de nuestra forma de Estado federal y descentralizado, simple pretexto para fomentar y auspiciar una supuesta *participación protagónica* del pueblo y que ha dado paso a ese Estado atávico y excesivamente centralista y presidencialista del cual nunca nos hemos podido deslastrar.

Me permito realizar las siguientes recomendaciones con la finalidad de fortalecer la autonomía municipal:

1. El artículo 157 de la Constitución contentiva de la clausula de descentralización debería modificarse ligeramente e incluirse en ella que la Asamblea Nacional –por mayoría de sus integrantes– no solo podrá atribuir a los municipios determinadas materias de la competencia nacional a fin de promover la descentralización, sino que además deberá transferirse los recursos financieros que hagan posible que los municipios puedan ejecutar de manera eficiente las competencias que le son transferidas. Tal exigencia la encontramos en el artículo 165 (*eiusdem*) en relación con las competencias que los estados pueden transferir a los municipios, ya que esa norma exige que los estados en tales casos transfieran también a los municipios *la administración de los respectivos recursos*, exigencia que se encuentra en el artículo 73 de la Constitución Argentina, pero en términos más contundentes ya que establece que no habrá transferencia de competencias “*sin la respectiva reasignación de recursos*”. Es más, la Constitución de esa nación es más exigente que la nuestra en materia de descentralización, pues para que la misma se materialice es

necesario que la transferencia de las competencias sea previamente aceptada por el ente beneficiario lo que, seguramente, trata de evitar que le sean transferidas competencias superfluas o innecesarias o que no puedan ejecutarse.

2. Debe eliminarse del Texto constitucional las competencias implícitas previstas a favor del poder público nacional en el artículo 156-numeral 33° de la Constitución, ya que en la práctica cada vez que se ha presentado duda sobre a quién le corresponde la titularidad y ejercicio de alguna competencia siempre termina siendo ese poder quien la asume, aunque la misma –por su naturaleza– concierna a la vida local y debería ser asumida por los municipios.
3. Hay que reestructurar los artículos 156, 164 y 178 de la Constitución, los cuales son contentivos de las competencias tanto exclusivas como concurrentes de los poderes nacional, estatal y municipal. Dicha reestructuración debe ser en el sentido de imbricar normas que solo aludan a las competencias exclusivas de cada uno de los niveles verticales del poder público y en otras de enlistar las competencias concurrentes entre estos, generando la seguridad jurídica y criterios interpretativos firmes y claros al momento de suscitarse conflictos en relación con la titularidad o ejecución de cualquier competencia.
4. En nuestra opinión hay que modificar el artículo 168 de la CRBV en el sentido de que la autonomía municipal, al ser una garantía constitucional, solo debería ser limitada *dentro de los límites de la Constitución* y suprimir de esa norma que la autonomía municipal, adicionalmente, también puede ser limitada *dentro de los límites de la ley*, ya que de qué sirve darle rango constitucional a la autonomía municipal cuando se permite que el legislador nacional la limite o regule. Esto, sin duda alguna, hace nacer la posibilidad de que se produzcan desequilibrios entre los niveles verticales del poder como, de hecho, ha ocurrido en la práctica. Aunque no es para nada descartable la postura de Daniela Urosa sobre cómo el constituyente no puede prever todas las situaciones y que tampoco la Constitución puede ser una camisa de fuerza. A lo mejor hay que dejar a la ley ciertas regulaciones en relación con la autonomía municipal, pero en

ese caso consideramos que no estaría de más incluir en la Constitución una norma que establezca, a su vez, límites expresos al legislador al momento de limitar a la autonomía municipal. Si ese fuese el caso debería suprimirse la frase *limitar la autonomía municipal* por la expresión *delimitar la autonomía municipal para fortalecerla e indicar su extensión o alcances*. También pudiésemos pensar en una norma de prohibición expresa al legislador, es decir, una norma que dijese que *las limitaciones a la autonomía municipal por la ley no puede entenderse como modificación, sustracción o supresión de las competencias originarias asignadas a los Municipios, ni como subordinación de los Municipios al Poder Nacional en el ejercicio de competencias concurrentes*. O mejor aún establecer que, en lo que concierne a las competencias originarias y exclusivas de los municipios, estos tengan plena y absoluta autonomía para legislar en relación con las mismas sin injerencia de ningún tipo por parte de los poderes nacional y estatal, ya que así como los municipios no pueden invadir ni legislar en materias originarias ni siquiera derivadas de competencia nacional ni estatal, tampoco estos deberían invadir ni legislar en materias que sean competencias originarias y exclusivas de los municipios.

5. Consideramos, además, reformas puntuales a varios artículos de la Constitución que inciden en la autonomía municipal, tales como:

Modificar parcialmente el artículo 150 que impide a los municipios la suscripción de contratos de interés municipal con sociedades no domiciliadas en Venezuela y sin la aprobación de la Asamblea Nacional. Dicha aprobación pase a ser dispensada por los concejos municipales siempre y cuando los costos de ejecución de tales contratos vayan a hacer financiados con recursos provenientes de los ingresos propios del municipio, dejando la autorización de la Asamblea Nacional solo para el caso de que el contrato sea financiado con recursos provenientes del situado o por cualquier otro aporte hecho por el poder nacional.

Modificar parcialmente el artículo 147 de la Constitución y sustituir su redacción por la siguiente: *La ley orgánica podrá establecer límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos municipales, **siempre y cuando estos sean cancelados con recursos***

provenientes del situado, ya que si el municipio cancela los emolumentos de sus funcionarios con recursos propios porque es eficiente en sus labores de recaudación, entonces el poder nacional no tiene porqué inmiscuirse en esta materia.

Modificar el artículo 176 acerca del control que pueda ejercer la Contraloría General de la República sobre los municipios. Esta última solo debería enfocarse en aquellos recursos, aportes o subvenciones especiales que el poder nacional entregue a cada municipio. Aparte las contralorías municipales tendrían que ejercer, de manera exclusiva, el control sobre los ingresos obtenidos por los municipios.

Modificar el artículo 178, numeral 7°. Deberían ser los municipios, no la ley nacional, los que regulen mediante ordenanzas todo lo concerniente a la justicia de paz y a la prevención y protección vecinal. Pues siguiendo nuestro criterio, estos son asuntos propios que solo conciernen a la vida local.

Modificar el artículo 181. Devolver al municipio la total y absoluta autonomía en materia de ejidos, según los términos dispuestos por el artículo 18-numeral 2° de la Constitución de 1925.

Modificar el artículo 182, según el cual la figura del consejo local de planificación pública se riga *de conformidad con las disposiciones que establezca la ley* y permitiendo su organización a través de las ordenanzas municipales. Esto relacionado con el principio de la diversidad municipal.

Finalmente, modificar el artículo 184 a través de las ordenanzas y no de la ley. El propósito es que los municipios puedan crear sus propios mecanismos para que puedan descentralizar y transferir a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que gestionen con previa demostración de su capacidad para prestarlos. Es decir, es el legislador nacional, no los municipios, quien decide cómo, cuándo y dónde descentralizar los servicios de los cuales son titulares y a favor de las comunidades organizadas. Por esto nos luce inadmisibles que el poder nacional ostente tal facultad.

6. No estaría de más incluir una norma redactada en los siguientes términos: *todo acto del poder público nacional o estatal que viole y desconozca la autonomía que esta Constitución otorga al poder público municipal o impida el ejercicio de sus competencias deberá ser declarado nulo por el Tribunal Supremo de Justicia.* Es preciso destacar que en la Constitución de 1864 existía una norma similar, pero pensada para los estados. Así se dictaba en su artículo 92: *“Todo acto del Congreso o del Ejecutivo Nacional que viole los derechos garantizados a los Estados en esta Constitución, o ataque su independencia, deberá ser declarado nulo por la Alta Corte, siempre que así lo pida la mayoría de las Legislaturas.”*
7. Para reforzar y garantizar aún más la autonomía municipal se nos ocurre la inclusión en el Texto constitucional de la siguiente cláusula:

Artículo X.- La Nación garantiza la autonomía de las municipalidades y en tal virtud:

- a) Los municipios no podrán ser intervenidos en el ejercicio de sus funciones por las autoridades nacionales o estatales.
- b) Ninguna autoridad nacional o estatal podrá coartar, impedir ni suspender a los empleados municipales en el ejercicio de sus funciones. Solo las autoridades judiciales, mediante procedimiento y por las causas que señale la ley, acordarán la suspensión o inhabilitación de los funcionarios del poder municipal cuando incurran en las infracciones que defina la propia ley.
- c) Toda autoridad respetará la autonomía tributaria de las municipalidades y, en consecuencia, se abstendrá de invadir la competencia que corresponde a estas para organizar y administrar sus rentas y, de recabar de dichas rentas, todo o parte de los ingresos que recaude la municipalidad.

Debo especificar que la redacción de esa norma no es producto de elaboraciones propias, sino que es una reedición —con algunas sutilezas— que hemos hecho del artículo 111 de la Constitución de 1947.

8. El artículo 4 de la Constitución dispone que la República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados y se rige, entre otros principios, por los de solidaridad

y corresponsabilidad. Consideramos que podría incluirse una norma que tenga que estar muy bien redactada y que permita al ejecutivo estatal –o al ejecutivo nacional en caso de que el primero no pueda– asumir de manera subsidiaria, temporal y coyuntural la prestación de los servicios públicos municipales, pero solo en aquellos supuestos en que los municipios no puedan prestarlos como en casos de guerra, de catástrofes naturales o de calamidades públicas, lo cual deberá contar con el voto favorable de la asamblea legislativa o bien de la Asamblea Nacional y, si estas no se encontraran en sesión, la decisión le recaería al Tribunal Supremo de Justicia a solicitud del Presidente de la República. Esto tampoco obedece a una ocurrencia de nuestra parte, ya que una norma más o menos parecida estaba en las Constituciones de 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1929, 1931 y 1936. Dicha cláusula exponía: *“En los casos de guerra exterior o interior el Poder Ejecutivo del Estado asumirá también la administración de los Distritos de su jurisdicción en lo económico y rentístico, con el voto de su Asamblea Legislativa, y si ésta no se encontrare reunida, con el de su Corte Suprema.”*

9. Finalmente habría que analizar la conveniencia de hacer de la autonomía municipal una cláusula pétrea de la Constitución.

La jurisprudencia de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como fuente de derecho en el proceso penal venezolano¹

María Trinidad Silva de Vilela

Introducción

El presente trabajo aborda el tema relativo al efecto creador de derecho de la jurisprudencia de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, particularmente en el proceso penal y analiza algunas líneas jurisprudenciales de esa sala cuyo efecto ha sido determinante en la manera de aplicar el derecho en el proceso penal. Entender y clarificar la verdadera dimensión de esa función jurisdiccional, en esta particular área, tiene especial importancia porque el proceso penal es la más poderosa herramienta que tiene el Estado para controlar a los ciudadanos. De allí la necesidad de que la interpretación que realiza la sala constitucional se ajuste no solo a los principios y derechos consagrados en nuestra Carta Magna, sino que además tenga en cuenta la finalidad esencial del proceso penal que no es otra que la búsqueda de la verdad como base para administrar la justicia.

Con la entrada en vigencia del Texto constitucional en el año 1999 se introdujeron importantes novedades a nuestro sistema de justicia constitucional, sobre todo en lo que respecta a la creación de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a la que se le confirió el papel del más alto intérprete de nuestra Carta Magna, ello –junto con el efecto vinculante que se le atribuye a la jurisprudencia de esta sala– da lugar a

1 El presente trabajo es un resumen de la tesis para obtener el título de Magister en Derecho Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello, que fue evaluada y calificada con veinte puntos

una interesante y novedosa situación dentro de nuestra realidad jurídica y que está relacionada con la transformación del tribunal constitucional del legislador negativo que expulsa del ordenamiento jurídico aquellas normas que contrarían la ley fundamental para convertirse en legislador positivo cuyas decisiones se tornen fuentes de derecho. Sobre esa realidad es oportuno reflexionar a la luz de los conceptos y disertaciones que nos brinda la doctrina.

El artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) establece el principio de la supremacía constitucional, la designa *norma suprema* y *fundamento del ordenamiento jurídico* para agregar que todas las personas y órganos del poder público se encuentran sujetos a ella.

Eso quiere decir que siendo la Constitución la norma suprema y la sala constitucional la encargada de vigilar la constitucionalidad de todos los actos del poder público, unido al efecto vinculante de los criterios establecidos en sus sentencias, la consecuencia evidente es que la labor interpretativa que ella realiza adquiere una determinante relevancia dentro de todos los ámbitos del Estado pues esa actividad se convierte en una innegable fuente de derecho.

La discusión acerca de si es legítimo que el juez constitucional –cuyas decisiones adquieren valor de verdaderas normas– se convierta en *creador de derecho* –como se ha llegado a afirmar y con lo que pudiera llegarse a pensar que usurpa el papel del legislador– adquiere en el contexto nacional verdadera actualidad. De allí la pertinencia del estudio y profundización del asunto.

Asimismo, como consecuencia necesaria del análisis anterior es pertinente profundizar sobre el auténtico alcance del carácter vinculante de las sentencias emitidas por la sala constitucional y cuáles son los casos en los que, efectivamente, este se produce. El objetivo es concluir con una reflexión acerca de los efectos determinantes que sobre el proceso penal ha tenido esa actividad. Solo sobre esa base conceptual y doctrinal puede abordarse debidamente el efecto creador de derecho que tiene la jurisprudencia de la sala constitucional de nuestro más alto Tribunal.

1. La supremacía y la apertura de la norma constitucional como valores esenciales del Estado democrático

Para referirnos a los caracteres de la norma constitucional resulta necesario analizar en primer término el concepto de Constitución, ya que en distintas épocas y desde diferentes perspectivas ha sido definida de varias formas. Guastini (2000) se refiere a cuatro conceptos de Constitución cada uno de los cuales responde a criterios diferentes.

El primero, actualmente en desuso, responde a criterios filosófico-políticos y lo considera como límite al poder político. Se trata aquí de un ordenamiento jurídico de corte liberal-garantista que mediante la división del poder le garantiza al ciudadano su libertad. El segundo responde a los conceptos que se manejan en la teoría general de derecho y la entiende como el conjunto de normas fundamentales que le dan identidad a un determinado ordenamiento jurídico, incluyendo dentro de esas normas fundamentales aquellas que determinan la forma de Estado y de Gobierno, así como las que regulan la elaboración de las leyes. El tercero es el concepto que se le da en el lenguaje corriente, donde Constitución es un código de la materia constitucional. Por último, se refiere el Guastini (2000) al concepto de Constitución como fuente de derecho. Fuente que se distingue de las otras por ciertas peculiaridades referidas al proceso de formación de sus normas y a su jerarquía.

Lo que sí queda claro es que la Constitución es más que un mero texto, pues una nación puede estar provista de una declaración de principios que no pasen de ser precisamente eso, una declaración; pero lo que la hace real es su carácter normativo del cual se deriva la obligatoriedad del cumplimiento de sus normas y la sanción cuando estas sean violadas, solo así esos principios están garantizados.

El carácter normativo de la Constitución es determinante, en opinión de Duque (2014), para el concepto de constitucionalismo moderno, ya que solo si se considera que las disposiciones que contiene son normas vinculantes puede dársele valor al control de la constitucionalidad que ejercen los tribunales de la materia.

Como ya se anotó la limitación del poder se concreta cuando se establecen los derechos fundamentales. Si bien la Constitución se encarga de regular otras instituciones que, sin duda, limitan el ejercicio del poder es mediante el reconocimiento de que la soberanía reside en el pueblo que, efectivamente, se logra esa delimitación de dicho ejercicio, así lo deja sentado Aragón (2000) quien afirma que solo un pueblo libre puede ser soberano y que esa soberanía se garantiza asegurando los derechos fundamentales. El respeto de esos derechos por parte de aquellos que ejercen el poder es lo que demarca las fronteras del ejercicio de la autoridad por parte de aquellos que ejercen tanto el Poder Ejecutivo como la actividad legislativa y la capacidad de juzgar.

El tema acerca de la soberanía y dónde reside está cobrando actualidad, pues ya se ha superado la idea de que la soberanía reside en el Estado. Ella debe y tiene que residir en el pueblo, según Ferrajoli (2000), si ocurre lo contrario los derechos simplemente se desmoronan porque la soberanía es ausencia de límites por tanto negación de derechos.

Además agrega que, también, la idea de ciudadanía perdió vigencia porque los derechos fundamentales están atribuidos a todos los seres humanos y no solo a los que ostentan el título de ciudadanos de una determinada nación.

1.1. Caracteres de la norma constitucional

Cuando nos referimos a los caracteres que distinguen a la norma constitucional hablamos de supremacía y apertura. La primera se relaciona con su jerarquía y la segunda con su textura. Son caracteres que distinguen a la norma constitucional que por su propia naturaleza difiere de las normas ordinarias. En criterio de Linares Quintana referido por La Roche (2001), esta diferencia se evidencia fundamentalmente en tres aspectos: en cuanto a su aspecto formal, pues las dicta un poder constituyente y para reformarlas expresamente se establece un procedimiento complicado que dificulta la modificación. En lo normativo les corresponde darle validez al orden jurídico y en cuanto a su contenido, esencialmente, están referidas a los valores supremos y a la organización de los poderes establecidos para una determinada sociedad.

1.1.A. La Constitución como norma suprema

En palabras de García de Enterría (1994), la Constitución como “sistema perceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía” (p. 49), que vincula por igual a las autoridades y a los ciudadanos, que construye y organiza los poderes del Estado, que funda los **límites para el ejercicio del poder** y establece los derechos fundamentales viene a ser el instrumento a través del cual se transforma y legitima a un poder en principio arbitrario en un poder jurídico. La Constitución es la primera de las normas porque define el sistema de fuentes formales del derecho y porque es “la expresión de una intención fundacional” (p. 50) con “pretensión de permanencia” (p. 50). Esto parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido.

La supremacía es un rasgo fundamental que distingue a la norma constitucional y se entiende como prevalencia sobre el resto del ordenamiento jurídico y que tiene consecuencias en lo que respecta a la materia de interpretación. En el sentido de que todo el ordenamiento jurídico se interpreta con base en ella.

Cuando se afirma que la Constitución está colocada sobre todas las normas y que es ella la que le da validez y estructura al ordenamiento jurídico. En ese sentido tiene que concluirse que cada vez que se pretenda aplicar ese ordenamiento jurídico la interpretación que se realice tiene que ajustarse a los principios y reglas constitucionales. Así lo afirma García de Enterría (1994) para quien la interpretación de las normas, ajustándose a los principios y reglas constitucionales, abarca a todos aquellos a los que les toque esa tarea por lo que resulta obligatoria tanto para los funcionarios públicos como para los operadores privados, para los tribunales, para los órganos legislativos y para los funcionarios administrativos.

El artículo 7 de nuestra Carta Magna establece el principio de la supremacía constitucional, la designa *norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico*, para agregar que todas las personas y órganos del poder público se encuentran sujetos a ella.

La doctrina ha distinguido entre supremacía y suprallegalidad. En el primer caso se alude a la supremacía política de la Constitución en el sentido de que no solo le corresponde organizar un tipo de estado a la manera que se considera deseable, sino que igualmente le toca legitimar ese orden. La suprallegalidad se refiere a supremacía legal y a su posición superior sobre todas las otras normas que integran el ordenamiento jurídico. (Aragón. 1998).

Ahora bien, para que efectivamente la Constitución goce de lo que usualmente designamos como supremacía se requiere una cierta rigidez en el sentido de que para la aprobación, modificación y derogatoria de los preceptos constitucionales se establezcan una serie de requisitos y procedimientos especiales de cumplimientos obligatorios para obtener esos fines.

Sin embargo, en lo que se refiere a la supremacía es menester señalar que en materia de derechos humanos se presenta una importante particularidad contenida en el artículo 23 de nuestra Constitución y que se trata sobre los tratados que en esta materia haya suscrito y ratificado el país, los cuales no solo tienen jerarquía constitucional sino que, además, prevalecen en el orden interno por contener normas más favorables a las previstas en nuestro ordenamiento jurídico. En este caso no se puede decir que la Constitución cede su supremacía, sino que más bien en una materia de naturaleza privilegiada se produce una apertura de la Constitución.

Por consiguiente, en presencia de normas que reconozcan y garanticen derechos inherentes a la persona humana, estos siempre se aplicarán en el orden interno aun cuando el país no haya suscrito un tratado que los consagre o que las propias leyes no los hayan desarrollado, ello de acuerdo al principio de progresividad contemplado en el artículo 22 de nuestra Constitución. Pero es menester precisar que en esta situación siempre se hace necesaria una labor previa de interpretación por parte del órgano jurisdiccional mediante la cual se reconozca que se está en presencia de un derecho inherente a la persona humana y, por lo tanto, de privilegiada aplicación.

La operatividad del principio de supremacía constitucional se apoya necesariamente en el control, ya que solo a través de la vigilancia que se ejerce por medio de los órganos políticos y jurisdiccionales puede garanti-

zarse que la Constitución como norma suprema sea la guía y camino por el que discurra la realidad jurídica nacional y, lo que es más importante, sobre todo en momentos de crisis del Estado donde se le colocan límites al poder. Como lo señala Canova (2012), este control se verifica básicamente por dos vías: la política o moral y la jurídica. Si bien la primera la ejercen –entre otros– la opinión pública, así como el Poder Legislativo y en Venezuela los órganos del poder moral. La segunda la ejerce la jurisdicción constitucional. Es a la jurisdicción constitucional a la que le corresponde garantizar esa supremacía controlando la aplicación del derecho por parte de los distintos órganos del Estado y muy especialmente los tribunales del país, incluso las otras salas del Tribunal Supremo de Justicia a fin de verificar que toda interpretación jurídica que realicen se haga sobre la base de la Constitución y anulando las decisiones contrarias a la norma suprema. Pero, igualmente, corresponde a la jurisdicción constitucional actualizar y adaptar la Constitución a la cambiante realidad nacional preservando los principios y el espíritu original de la norma constitucional.

1.1.B. La apertura constitucional

Por otra parte, junto con la supremacía de la Constitución hay que destacar otra característica de la norma constitucional y es su apertura que, más bien, se relaciona con su textura en el sentido de que la Constitución está llena de términos ambiguos, vagos y lagunosos. Sin embargo no son errores, antes bien, ellos constituyen una característica que le imprime dinamismo y le permite evolucionar frente a nuevas situaciones.

La apertura, además, es un rasgo que caracteriza a toda constitución que se conciba como democrática porque debe ser la ley fundamental de todos los ciudadanos, a la vez, debe estar concebida de manera tal que todos se sientan representados por ella. De allí precisamente que no puede ser rígida o dogmática, sino que, por lo contrario, sus normas deben estar redactadas en términos amplios, incluso que dentro de su texto sea posible distinguir diferentes corrientes ideológicas porque entonces, muy probablemente, será el producto de una puesta en común de más de un criterio, del consenso y del acuerdo de los representantes de todos los ciudadanos. Por ello es que en el contenido de la Constitución solo debería establecerse

lo básico, aquello que por ser esencial los ciudadanos no están dispuestos a renunciar.

Pero aún más, este carácter de apertura de la norma constitucional tiene que complementarse con la interpretación que se haga de ella, la cual no debe realizarse sobre la base de criterios cerrados ni haciendo uso excesivo del eventual carácter vinculante de la doctrina del tribunal constitucional.

Las constituciones deben tener vocación de permanencia, ser sencillas, inclusivas y amplias en sus postulados y democráticas en su concepción. Solo así se garantiza su permanencia en el tiempo como verdadera ley fundamental y no como lo que se ha dado en llamar *constituciones de papel*, que tienen un valor meramente formal sin que representen las aspiraciones y valores de la sociedad para la cual fueron redactadas (Casal. 2000).

Por su parte, para Haberle (2002), la Constitución tiene funciones esenciales en el Estado, pues funda, legitima y limita el poder, resuelve conflictos, organiza competencias e instituciones, establece las relaciones con el resto de los estados y es, desde un punto de vista muy importante, cultura porque prescribe los valores que la fundamentan. La Constitución debería ser un medio de “tolerancia, respeto frente a la dignidad de los semejantes, amor a la verdad, convicción democrática, conciencia ecológica” (p. 54).

En cuanto a la significación de la apertura constitucional hay que anotar, siguiendo a Konrad Hesse (1992), que la Constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad y su definición busca superar la consideración del Estado como objeto y sujeto de la Carta Magna. El fin es colocar en evidencia la función integradora de la Constitución en el sentido de que su meta es la formación de una unidad política.

En lo particular, opinamos que el carácter de apertura no solo es importante desde el punto de vista práctico en el sentido que permite que la norma constitucional se aplique y proporcione soluciones a las variadas situaciones que nos presenta la cambiante realidad, sino que igualmente tiene un significado que va más allá, pues los fines que persigue una Constitución se nutren de un proyecto que no solo persigue garantizar los

derechos a las mayorías, sino que mide su legitimidad según los garantice también a las minorías.

Gracias a esa apertura y en muchos casos a la indeterminación de la norma constitucional es que resulta posible que los comportamientos y valores que hoy son de una minoría puedan hacerse realidad para la mayoría en un futuro. Pero eso solo es posible si a esta apertura le va aparejada una interpretación judicial que le haga honor a los valores de la democracia, la tolerancia y el bien común.

Este criterio de apertura no es ilimitado, pues si bien permite la interpretación amplia y posibilita las reformas. También evita que estas se produzcan a través de medios violentos. De manera que en caso de que se produzca una reforma de la Constitución que aún cuando cumpla con todos los requisitos exigidos legalmente pero que, sin embargo, implique un desconocimiento de los valores superiores que sustentan un Estado democrático estaríamos, de este modo, ante una situación de ilegitimidad. A pesar de que la nueva Constitución goce de validez jurídica carece de legitimidad política.

Por otra parte se comprende porque ante estas normas abiertas puede tenerse la tentación de considerarlas meramente programáticas y no como verdaderas leyes jurídicas de aplicación efectiva e inmediata. De allí que la Constitución requiera de principios fundamentales claros que representen su anclaje y protejan al ciudadano ante eventuales corrientes antidemocráticas.

En ese estado de tensión se desarrolla la actividad de los creadores, intérpretes y estudiosos de la Constitución. Es ese el terreno de donde surge la norma y la jurisprudencia.

2. Configuración de los criterios orientadores de la jurisprudencia constitucional

La interpretación que realizamos sobre la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y que se plasma en la doctrina contenida en sus sentencias es no solo una labor de la más alta jerarquía en el plano jurídico, sino que además tiene una significación muy especial en cuanto

a la percepción de la justicia que tiene la sociedad venezolana, porque en su jurisprudencia deben reflejarse los principios y aspiraciones de los ciudadanos que pretenden legítimamente encontrar en los órganos de justicia una instancia en la que se reconozcan y se hagan realidad los derechos que la Constitución les reconoce. Esta debe ser la guía que oriente la tarea que cumplen los magistrados.

Como lo expresa Monroy (2002): “la teoría de la interpretación es la esencia de la Teoría de la Constitución y parte fundamental de la Teoría del Derecho. (...) La interpretación constitucional se ha fortalecido con la tendencia actual a considerar al juez como creador del derecho y no aplicador mecánico de la norma” (p.1).

La interpretación resulta indispensable para la comprensión y la aplicación del derecho, tanto más cuando se trata de interpretar la normativa constitucional dadas sus características. Toda labor de subsunción de una situación de hecho en el ordenamiento jurídico, calificación jurídica y aplicación de la norma requieren una labor previa de interpretación: interpreta el juez, el funcionario, el ciudadano. Se trata, entonces, de una tarea constante y necesaria como lo define La Roche (2001): “Interpretar es delimitar el significado de un término. Es esclarecerlo y desentrañar su sentido. Consiste también en lograr que su expresión armonice con el conjunto al cual pertenece” (p. 4)

Por ello cuando a la sala constitucional le toca interpretar las normas y leyes ante las cuales la colectividad se encuentra en una posición de especial sensibilidad —como lo serían, por ejemplo, aquellas relacionadas con el proceso penal— ya que no podemos perder de vista que es en el ámbito penal donde más frecuentemente el ciudadano común se relaciona con el derecho. En este caso la sala debe tener un especial cuidado, pues estas normas ya han pasado por un proceso de interpretación en el cual han participado importantes sectores de la sociedad.

La jurisprudencia constitucional tiene como función interpretar la Constitución para lograr la finalidad de completar el derecho. En el ejercicio de esta función se convierte en *creador de derecho*, pero cuando realiza esa actividad —que le impone el aparente vacío que se presenta cuando las normas no parecen resolver un caso concreto— deben actuar de manera

racional y alejarse de la arbitrariedad haciendo uso de criterios prácticos y del principio de equidad.

Para García De Enterría (1994), el tema del juez como creador de derecho está íntimamente vinculado con los criterios interpretativos y aplicativos de los tribunales constitucionales, quienes hacen uso del método jurídico más estricto para extraer del texto constitucional los criterios de sus decisiones, pero cuya labor ha sido objeto de cuestionamiento por lo que algunos la consideran un carácter “excesivamente creador de la jurisprudencia constitucional” (p. 222).

En el caso de la norma constitucional su propia naturaleza, que la hace breve y normalmente abierta y al texto extremadamente concentrado, trae como consecuencia que la labor del intérprete sea prácticamente indispensable, además, esta labor tiene una particularidad: la dificultad que se presenta para establecer un rango respecto a los distintos valores y principios con base en lo cual los de mayor rango prevalecen sobre los otros. De allí que la labor de interpretación resulta indispensable cuando lo que se aspira es que la Constitución sea norma efectivamente aplicable a las realidades de la sociedad.

2.1. El Principio de proporcionalidad

Dentro de los criterios que orientan la actividad judicial, que da lugar a la jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad, también denominado prohibición de exceso o juicio de ponderación, es una herramienta fundamental en la toma de decisiones por parte de los tribunales. Consiste en ponderar la limitación que se hace respecto a un derecho y el fin que se persigue, es decir, el juzgador busca el equilibrio entre lo que se restringe o circunscribe y lo que se aspira conseguir. Si el resultado de esa actividad arroja una desproporción entre dichos elementos entonces, ese límite o restricción puede calificarse como ilícito.

Es tan fundamental esta actividad intelectual que no solo condiciona a los tribunales sino, también, a los legisladores cuando ejerciendo sus facultades desarrollan los derechos previstos en la Constitución. Se trata de un criterio metodológico que sirve para establecer si la intervención que se hace sobre un derecho fundamental está efectivamente apegada a la

Constitución. Esta intervención puede ser legislativa y en este caso su justificación reside en que tenga un fin constitucionalmente legítimo (Bernal Pulido, 2009).

Según Figueruelo (2007) se recurre a la ponderación cuando no es posible resolver el conflicto a través de los criterios clásicos de jerarquía, temporalidad y especialidad. Esto teniendo en cuenta una circunstancia muy especial que consiste en que, en los conflictos entre principios de rango constitucional, no es posible declarar inválida ninguna de las normas en pugna.

Cuando la doctrina trata el principio de proporcionalidad distingue tres elementos: la idoneidad, la necesidad de la medida y la proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad se refiere a la necesidad de que la intervención que se aspira a realizar sobre el derecho sea apta para lograr el fin que se persigue. La necesidad procura que esa intervención sea la más benigna entre las soluciones posibles. En cuanto al principio de proporcionalidad, en sentido estricto, se trata de equilibrar las ventajas que se obtienen con la intervención del derecho y el sacrificio que esta intervención implica. La importancia de los fines perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido.

Al estudiar la proporcionalidad en sentido estricto es importante tratar la ponderación, precisamente acerca de los peligros que en la práctica trae la ponderación como técnica de interpretación judicial se ha referido Comanducci (2000). Para el autor toda interpretación moral de la Constitución abre las puertas a la discrecionalidad y opina que este tipo de interpretación suele ser del agrado de los progresistas, pero solo lo es cuando el intérprete es también progresista. Observa que la técnica de la ponderación –caso por caso de los principios constitucionales– puede ser muy peligrosa porque, dado que no existe jerarquía respecto a los principios, el intérprete puede caer en la tentación de establecer esas jerarquías, dándole al juez constitucional una discrecionalidad demasiado amplia que, en algunos casos, puede convertirlos en “coautores de la misma Constitución” (p. 153) con lo que se afecta la seguridad o certeza de los ciudadanos respecto al derecho.

Prieto Sanchis (2000) se refiere a esta afirmación de Comanducci y acepta que la ponderación –como método de análisis de casos– es peligrosa pero difícilmente eliminable, sobre todo teniendo en cuenta la vinculación que de hecho existe entre los derechos fundamentales. Como técnica puede aumentar la indeterminación del derecho y la discrecionalidad del juez por su vaguedad y porque no existe una gradación general de los derechos fundamentales, pero puede contribuir a eliminar en los legisladores la discrecionalidad política, pues la existencia de los principios y el análisis ponderado que los jueces hacen de ellos aportan pautas importantes a la actividad legislativa.

Por lo contrario, García Amado (2006) ha atacado las afirmaciones de Prieto Sanchis sobre la base de que el neoconstitucionalismo confunde lo que establece la Constitución con lo que los intérpretes dicen de la Constitución. En su trabajo acerca del juicio de ponderación trata de demostrar que no existe una real diferencia entre ponderación y subsunción, pues son esencialmente intercambiables. En su criterio, el método de la ponderación no tiene autonomía ya que depende de la interpretación de las normas. De allí que los tribunales constitucionales lo que en realidad realizan es interpretación y subsunción, motivo por el que no puede hablarse de diferencias entre reglas y principios ni entre decisiones que resuelven casos de legislación ordinaria y constitucionales, ya que, continúa el autor, cualquier caso que resuelve conflictos entre leyes ordinarias puede siempre convertirse en un caso que decide sobre principios constitucionales en pugna y, a su vez, todo caso de conflicto constitucional se puede resolver con el método de subsunción de hechos a través de la interpretación.

En relación con este enfrentamiento de opiniones interviene Bernal Pulido (2009) –en lo que respecta a la ponderación– admite que esta no garantiza una perfecta objetividad, pero la perfecta objetividad, es en su criterio, un ideal inalcanzable entre otras cosas porque las disposiciones jurídicas que establecen los principios siempre son indeterminadas. Pero, además, tampoco un catálogo de principios totalmente determinado es deseable porque reduce la posibilidad de la deliberación política. Esta indeterminación de las normas contentivas de principios ciertamente abre las puertas a la subjetividad de los jueces, pero los aspectos subjetivos, en opinión de Bernal Pulido, están presentes en la ponderación y también

en la subsunción para concluir que aunque la perfecta objetividad es una utopía, sin embargo, es un valor al que no debe renunciarse.

Sin duda, el problema frente a la ponderación es que trae como parte de su esencia una gran carga de discrecionalidad que puede verse afectada por criterios extrajurídicos, intereses políticos, concepciones particulares o de un determinado grupo de la sociedad. Cuando el Juez hace uso de este método debe abandonar el exceso de subjetivismo y comportarse como un verdadero árbitro que pone por delante los intereses superiores del bien común y la justicia, dejando sentado no solo las razones por las que da preeminencia a un principio, sino justificando las razones por las cuales es legítimo dejar a un lado otro u otros principios constitucionales.

Al respecto Robert Alexy (2008) concluye con mucha propiedad que la subsunción y la ponderación son fundamentales a la hora de aplicar la ley, pero que –si bien– respecto a la primera existe una abundante investigación, en cambio sobre la ponderación surgen todavía muchas interrogantes.

En Venezuela la forma en la que la sala constitucional realiza esta labor ha sido criticada por parte de la doctrina, precisamente, señalando que no ha aplicado como le corresponde la ponderación propia de los órganos de justicia y particularmente aquellos que ejercen la justicia constitucional, sino que más bien la ha politizado. Así lo afirma Berrios (2011): “la Sala pareciera decidir sobre la Constitución y no según la Constitución, alterando el contenido y alcance de sus valores, principios y reglas” (p.83).

2.2. Ámbito protegido, intervención y restricción de los derechos fundamentales

El establecimiento formal de un catálogo de derechos fundamentales representa un notable avance dentro del constitucionalismo latinoamericano. Ello a pesar de que debemos admitir que en nuestros países la realidad indica que con demasiada frecuencia se violan o simplemente se ignoran esos derechos. Como lo señala el profesor Cesar Landa (2002) al analizar el aporte de la teoría de los derechos fundamentales, pues es esta la que más ha avanzado en plantear “la defensa y el desarrollo de los derechos humanos como las principales barreras a los excesos o prácticas

autoritarias de los poderes públicos y privados.” (p. 53). La conciencia individual y una sociedad que cada vez más conoce sus derechos y exige que se le reconozcan y respeten es, sin duda, el más importante avance en este sentido, pues la presión de la sociedad es el más importante impulso para llevar hacia delante la materia de los derechos humanos.

Para Pérez Luño (1998) lo que caracteriza al constitucionalismo moderno es el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales que, con las normas que consagran la forma del Estado y el sistema económico, definen el modelo constitucional de una sociedad.

En la moderna justicia constitucional las limitaciones y restricciones a los derechos fundamentales deben plantearse desde una óptica renovada, pues ha sido superada aquella perspectiva en la que el Estado aparecía ejerciendo su soberanía en una posición benevolente y concediendo a las personas los derechos que estimaba procedentes, mientras que el individuo aparecía en una posición de sumisión ante el poder, recibiendo de aquel aquello que de manera graciosa se le concedía. En la actualidad el tema se plantea de manera diferente desde la perspectiva de un Estado democrático que, para ser considerado como tal, debe declarar clara y tajantemente la vigencia de los derechos de los seres humanos, asumir y desarrollar como deber prioritario de sus ejecutorias la protección y garantía de esos derechos fundamentales.

En la actualidad la existencia de los derechos fundamentales aparece consolidada y es parte esencial de la mayoría de los textos constitucionales, la preocupación más bien reside en que en la práctica estos sean respetados y se hagan realmente efectivos, finalidad que requiere que cuando los órganos competentes interpreten los principios que los rigen lo hagan no con el fin de limitar los derechos sino, más bien, de tutelarlos y dilatar el ámbito de su eficacia sin perder de vista la compatibilidad de todos entre sí (Carbonell, 2008).

Por otra parte, en esta materia resulta esencial señalar que los derechos fundamentales en nuestro país están amparados por el principio de progresividad contemplado en el artículo 19 de la Constitución que garantiza que el goce de los derechos humanos reconocidos no puede ser disminuido, por lo contrario, solo puede afectárseles para su perfeccionamiento y

profundización. Igualmente, la enumeración que hace nuestra Carta Magna de esos derechos es a título meramente enunciativo y de conformidad con lo previsto en su artículo 22. Además que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 23, los tratados, pactos y convenciones internacionales en materia de derechos humanos suscritos y ratificados por el país tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno en la medida que resulten más favorables, siendo de aplicación directa por los tribunales y demás órganos del poder público.

En cuanto a la existencia de normas que garanticen que los derechos se harán realidad resultan de vital importancia las provisiones legislativas que tienen como finalidad hacerlos operativos, pero la propia Constitución en su artículo 25 prevé la nulidad de todos aquellos actos del poder público que violen esos derechos y la responsabilidad penal, civil y administrativa de los funcionarios que los ejecuten. De esta manera se establece su garantía a través de la más efectiva y definitiva sanción.

Se habla de limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales. Como lo explica el profesor Casal (2006), la limitación del derecho se verifica a través de la Constitución cuando les impone expresa o implícitamente condicionamientos reduciendo su alcance o concordándolo con otro derecho o bien constitucionalmente tutelado procurando, de este modo, que los diversos derechos no entren en conflicto. La restricción la impone la ley y siempre con base en la Constitución, condicionando el goce o ejercicio del derecho. Ello no reduce el alcance constitucional del derecho, pero puede prohibir o condicionar alguna acción en principio protegida o autorizar la injerencia del Estado en el derecho. Igualmente, cuando la justicia constitucional analiza e interpreta las normas a fin de establecer la preeminencia de un derecho sobre otro se pueden presentar eventuales situaciones de colisión constitucional en las que se contraponen dos o varios derechos fundamentales y en aras de conservar uno de ellos se reduce el ámbito de ejercicio de otro u otros.

En esta materia es importante precisar que la restricción de los derechos fundamentales puede dimanar no solo de la actividad legislativa cuando se desarrollan en la ley los principios constitucionales que consagran estos derechos, sino que igualmente establecen restricciones los tribunales cons-

titucionales cuando conocen casos concretos y toman decisiones sobre la base de la interpretación de los principios.

2.3. Límites de la interpretación

Cuando la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia interpreta la Constitución cumple una actividad sumamente delicada cuya relevancia se patentiza en los efectos que de ella derivan, por eso es que esta función debe realizarse no solo de la manera más objetiva, sino teniendo en cuenta la labor unificadora que le corresponde.

Si como afirma Monroy (2002) interpretar es darle significado a un signo lingüístico indagando cuál es efectivamente ese significado a través de diferentes técnicas que permitan establecer con más o menos certeza el sentido y alcance de la expresión bajo análisis, esa actividad no puede estar guiada por los solos criterios personales del intérprete, sino que debe estar referida a ciertos parámetros objetivos que establecen límites a esta actividad. En materia constitucional los límites más determinantes para el intérprete son los principios y valores que sirven de base a la Constitución, ya que si afirmamos la supremacía de la Constitución, entonces, en el plano jurídico toda interpretación debe estar sometida a su normativa.

El límite más importante y poderoso al que se enfrenta el intérprete es la propia Constitución que, como lo dice Hesse, no puede desviarse ni ignorarse. Por otra parte existe un límite para el intérprete constitucional relacionado con el ámbito de su competencia, pues no le corresponde invadir la esfera de las facultades atribuidas a los jueces ordinarios ya que lo que le corresponde es la interpretación referida a los valores y principios contenidos en la Carta Magna.

Para los venezolanos las ideas o principios rectores que nos confieren nuestra propia identidad son la democracia, la participación, el federalismo y la integración, ideales y mandatos contenidos en nuestra ley fundamental. De allí que las eventuales reformas que se produzcan en la Constitución no puedan afectar estos principios fundamentales y mucho menos resultar afectados o ignorados por la labor interpretativa de los jueces constitucionales.

En cuanto a los límites de la interpretación constitucional es procedente destacar la llamada *máxima de la prudencia* a la cual se refiere el profesor Casal (2000) en el sentido de que se trata de una de las principales virtudes que debe poseer el juez constitucional. Esta virtud de la prudencia, como lo señala el mencionado autor, es exigible a los jueces constitucionales porque su labor está indefectiblemente relacionada con la política de manera que sus decisiones deben ser fruto de la reflexión que les impone no actuar como representantes de una determinada parcialidad ideológica o política, así mismo, también les impone realizar un examen responsable de las consecuencias socio-políticas de sus decisiones. De esta manera se aleja de la dogmática y se acerca al sentido común. En cuanto a sus decisiones deben observar neutralidad y objetividad. En cuanto a los límites deben respetar el principio democrático y el de igualdad.

En cuanto al principio democrático, como lo plantea Ferrajoli (2011) en su trabajo titulado *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, el concepto de democracia se sustenta sobre un nuevo paradigma íntimamente relacionado con la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales. En ella no solo se distingue condiciones formales sino también sustanciales. Lo formal se refiere a las formas y procedimientos por las cuales se toman las decisiones. En la democracia el pueblo por mayoría toma las decisiones de manera directa o a través de sus representantes. La dimensión sustancial se refiere a lo que no puede ser o debe ser decidido por cualquier mayoría. Para Ferrajoli ha cambiado la relación entre política y derecho: no es el derecho el que tiene que subordinarse a la política, sino que la política sometida a los vínculos que le imponen los principios constitucionales se convierte en instrumento de actuación del derecho. Esos vínculos pueden ser negativos ya que se trata de derechos que no deben ser violados y pueden ser positivos cuando se trata de derechos que deben ser satisfechos. La noción puramente formal no toma en cuenta las relaciones entre democracia política y los derechos constitucionales como límites no solo a la actuación de los poderes del Estado, sino también como límites a la voluntad de la mayoría. El respaldo popular ya no es suficiente para legitimar las decisiones.

En este sentido, Troncoso Reigada (2000) reconoce que existen aproximaciones entre la ciencia política y el derecho constitucional. Aún así debe

evitarse que la interpretación constitucional se convierta en la búsqueda de una ideología, por lo contrario lo que procede es aplicar la neutralidad.

Para el juez constitucional el límite que dirige y domina su tarea es el llamado principio democrático en el cual debe, necesariamente, enmarcar sus decisiones lo que de ningún modo significa que le sea permitido decidir desde una posición de activismo político porque su obligación es siempre sujetarse a las categorías jurídicas y no a las políticas que son propias de la labor que realiza el legislador. La interpretación que se hace en la jurisdicción constitucional se apoya en argumentos jurídicos sobre la base de la doctrina y la ciencia del derecho y de acuerdo con los principios que sustentan el sistema democrático de gobierno.

3. El carácter vinculante de las interpretaciones de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre principios y normas constitucionales

El carácter vinculante de los pronunciamientos judiciales tiene su base en el principio según el cual todos somos iguales ante la ley, precisamente porque somos iguales es necesario que frente a las mismas circunstancias de hecho el derecho se aplique a todos de manera uniforme. Esta justa aspiración humana se hace realidad cuando se dota de fuerza vinculante a las decisiones de los jueces de manera que se comprometan a tratar de igual forma los casos que les sean sometidos a su conocimiento. Además hay que tener en cuenta que la sociedad demanda seguridad jurídica, por ello aspira que la justicia en su conjunto, también, se maneje de manera igualitaria para lo cual se hace necesaria la existencia de un órgano dentro del Estado con autoridad suficiente para integrarla.

Existe por otra parte la necesidad de que los criterios judiciales que conforman esa jurisprudencia vinculante respondan a los principios y valores que la sociedad considera la base de la convivencia. De allí se establece que a los funcionarios se les otorga el ejercicio de poder y, junto a ello, se les confiere la facultad para crear normas. Por tanto a ellos les toca ejecutarlas y, también, les corresponden decidir sobre los derechos y deberes de los individuos. Teniendo la obligación de sujetarse a esos principios y valores. En el caso específico de los jueces se les impone que en los casos

sometidos a su consideración deben interpretar los hechos y las normas desde la perspectiva de esos principios y valores que aparecen consagrados en la norma fundamental que le da constitución al Estado.

Los principios y valores deben ser preservados, pero requieren de su adaptación a una realidad cambiante. Se demandan, entonces, soluciones adecuadas a nuevos y múltiples requerimientos de los individuos. De manera que se acepta que esos criterios que adquieren carácter vinculante eventualmente puedan cambiar, pero en esos casos nuevamente se impone a los jueces dar razones válidas para los cambios, así como la indeclinable sujeción a los valores y principios que la sociedad ha asumido como fundamentales.

Igualmente la sociedad se enfrenta al reto de garantizar que los derechos fundamentales —que se consideran consustanciales a la misma condición humana— sean reconocidos y respetados. El propósito es crear un sistema de justicia que se constituya en su principal garante con autoridad suficiente para controlar todo el ordenamiento jurídico y todos los actos del poder. La finalidad es que se adecuen a los principios y valores de la sociedad y respeten y hagan efectivos los derechos que se consideran fundamentales.

Desde esta perspectiva viene a ser una necesidad básica de la sociedad —sobre todo de aquellas que se consideran democráticas y no un mero requisito para la organización de un orden social— la vigencia del efecto vinculante de los pronunciamientos judiciales, así como la existencia del control constitucional dentro del sistema de justicia y la de un órgano judicial con autoridad suficiente para controlar la adecuación de las decisiones de todos los tribunales. De este modo cumplen con los principios y valores que le dan base a una comunidad, garantizan los derechos fundamentales de los individuos y se efectúa una función integradora.

3.1. Sentido y alcance del efecto vinculante en la jurisprudencia constitucional

Respecto a este carácter vinculante de las sentencias que emanan del máximo intérprete de la Constitución y que deriva del llamado efecto *erga-omnes*, Rubio Llorente (1988) al analizar las técnicas de la jurisdicción

constitucional señala la ampliación de la eficacia de la decisión jurisdiccional hasta hacerla similar a la de la propia norma enjuiciada. Esto requiere que la misma vincule en su criterio a todos los tribunales.

Sin embargo, como ya se anotó en esta función de interpretación, la sala constitucional debe ser fiel no solo a la propia Constitución, sino a los principios que rigen a un Estado democrático. No toda interpretación o criterio emanado de esta instancia tiene valor de norma de obligatorio cumplimiento, porque todo aquello que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos estará viciado de nulidad y podrá ser desconocido por los ciudadanos venezolanos y, evidentemente, por los otros órganos del poder público que actúan en representación del pueblo del cual dimana su autoridad. Así se desprende del texto del artículo 350 de la Constitución.

También hay que tener en cuenta que no todo el texto de las sentencias emanadas de la sala constitucional debe considerarse vinculante, solo lo es la llamada *ratio decidendi* y, aún esta, debe estar abierta a la interpretación en el sentido de que el juez al cual se le impone la aplicación de dicho criterio puede y debe analizar el caso particular y compararlo con aquel al que se refiere la jurisprudencia a fin de determinar si se trata del mismo supuesto del hecho, ya que la interpretación debe hacerse siempre con base al caso concreto. El precedente no obliga en todos los casos, solo en aquellos que se adecuan a los hechos conocidos y evaluados por la sala constitucional.

En todo caso es importante que los jueces constitucionales que interpretan nuestra Carta Magna sean especialmente prudentes y cuidadosos en el uso del efecto vinculante de sus decisiones, pues su uso abusivo tiene como consecuencia que las normas se inmovilicen, se cierren y restringan con lo que se les niega la posibilidad de adaptación a nuevas situaciones futuras y se les convierte en cautivas de sí mismas.

Al respecto, De Otto (1998) al tratar el principio democrático del ordenamiento constitucional opina que: “Ese principio obliga a reducir al mínimo el contenido vinculante de la Constitución en aquello que no sea necesario para el aseguramiento de la democracia misma” (p. 47). Lo que se traduce en aceptar que, también, en lo que respecta a la interpretación jurisprudencial este principio determina el uso prudente del efecto vin-

culante de las sentencias, pues el abuso del mismo podría devenir en un verdadero atentado contra el sistema democrático fundamento de nuestra Constitución.

3.2 Disposición constitucional

En Venezuela es la propia Constitución de la República la que determina el valor de la jurisprudencia de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. En efecto, el artículo 335 de nuestra Carta Magna establece: “Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.”

Los criterios de carácter vinculante emanados de la sala constitucional deben estar referidos exclusivamente a la interpretación de las normas constitucionales, ya sean de disposiciones expresas o principios no escritos. Pero, en todo caso, cada vez que la sala constitucional determina la naturaleza del precedente jurisprudencial constitucional está en la obligación de fundamentar y explicar las razones de su decisión, puesto que a través de esta actividad da lugar a lo que se ha llamado *jurisdicción normativa*.

El efecto vinculante de la jurisprudencia se hace realmente efectivo a través de las consecuencias que se producen en el caso de que los demás tribunales de la República y, aún, las otras salas del Tribunal Supremo de Justicia se aparten de los criterios expresados por la sala constitucional, lo cual no es otra que la nulidad de las sentencias que incurran en esa situación. Ese efecto también determina su efectividad respecto a las mismas leyes promulgadas por el órgano legislativo, las cuales pueden ser anuladas a través de la jurisprudencia de la sala constitucional. De forma que el criterio de la sala se impone no solo al de los demás órganos del Poder Judicial, sino al del propio legislador.

Esta consecuencia que determina la nulidad de las sentencias y leyes que contrarían la doctrina de la sala constitucional se arriba como resultado del ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 336 de la Constitución y los artículos 4 y 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010).

Del análisis del texto constitucional se puede afirmar que el efecto vinculante del que nos ocupamos viene a ser la garantía de la disposición contenida en el artículo 7 de la Constitución, donde se establece como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico. De allí que el poder público y todas las personas se encuentren sujetas a sus normas. La supremacía proclamada solo puede hacerse efectiva mediante una garantía y esa garantía la prevé la propia Carta Magna cuando, en el título VIII y bajo la apropiada designación “De la Protección de esta Constitución”, el constituyente crea todo un sistema de justicia constitucional contenido en los artículos 333 al 336. Afirma, en primer lugar, la vigencia de la Constitución ante los actos de fuerza y derogatorias por vías contrarias a lo previsto en su texto, continua estableciendo la facultad-deber de todos los jueces de la República de conservar su integridad con lo que consagra el llamado control difuso de la constitucionalidad, pero reserva para la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la facultad de declarar la nulidad de las leyes y los actos del poder público. Designa a esa sala máximo y último interprete de la Constitución y le confiere carácter vinculante a sus interpretaciones sobre normas y principios constitucionales para pasar, a continuación, a señalar en once numerales sus atribuciones especiales.

Por tanto el constituyente de manera expresa crea un sistema de justicia constitucional donde conviven los dos sistemas de control: el difuso que reside en todos y cada uno de los jueces del país y, a la vez, prescinde de la jerarquía del tribunal. Y el concentrado que se le atribuye a una sala especial del Tribunal Supremo de Justicia.

De la misma manera, resulta procedente resaltar que la normativa que preceptúa la justicia constitucional como garantía no está contemplada dentro de los artículos que regulan al Poder Judicial, sino que constituye un título aparte. A pesar de que en el artículo 266 de la Constitución –que se ocupa de los órganos que conforman el Poder Judicial– al referirse al Tribunal Supremo de Justicia y enumerar sus atribuciones establece –en el ordinal primero– que le corresponde a ese alto Tribunal ejercer la jurisdicción constitucional. De modo que se crea aquí una mixtura que atribuye el ejercicio de la jurisdicción constitucional al Tribunal Supremo de Justicia, órgano constituido por varias salas con atribuciones diferentes para cada una de ellas, pero a la vez –como parte de ese órgano que ocupa el lugar

de mayor jerarquía del Poder Judicial— crea una sala a la que le confiere el sitio de máximo y último intérprete de la Constitución y regula separadamente su funcionamiento en un título exclusivo con lo que el constituyente parece indicar su naturaleza especial.

Por otra parte, cuando se analizan las disposiciones contempladas en la Constitución hay que tener en cuenta lo previsto en el artículo 22 que, como lo señala Duque (2002), contiene una cláusula abierta, pues esta norma dispone que la enunciación constitucional o contenida en instrumentos internacionales sobre derechos humanos no es limitativa. De allí que es posible reclamar el ejercicio de otros derechos y garantías que, aunque no aparecen contemplados, son inherentes a la condición humana.

Igualmente, en ese mismo sentido lo previsto en el artículo 23 de nuestra Carta Magna que se refiere a la llamada *supralegalidad* y que le atribuye a los tratados, pactos y convenciones relativos a la materia de derechos humanos —suscritos y ratificados por Venezuela— jerarquía constitucional y, además, ordena que estos prevalezcan cuando contienen normas más favorables a las contenidas en nuestro ordenamiento interno.

De igual modo, este efecto vinculante que tiene su base en el propio texto constitucional le confiere a los pronunciamientos de la sala constitucional otra y no menos importante finalidad: la de lograr la uniformidad en la aplicación del derecho y la consolidación de un sistema de justicia e igualdad.

Habría, sin embargo, que preguntarse si en la actualidad —después de diecisiete años de vigencia de la Constitución— ese fin se ha hecho realidad. La revisión de la jurisprudencia de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por lo menos en lo que se refiere al proceso penal, en algunos casos arroja una multiplicidad de criterios que lejos de aportar uniformidad producen más bien inseguridad por los cambiantes. No pretendemos negar la importancia de adecuar los pronunciamientos de la jurisdicción constitucional a la realidad, pero el caso es que diferentes criterios, incluso contrarios, surgen y cambian sin que la sala justifique y fundamente debidamente esos cambios.

3.3. Tendencia de la jurisprudencia de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el efecto vinculante de sus sentencias

En el ámbito jurisprudencial la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido prolífica en el tratamiento de sus funciones como máximo intérprete de la norma constitucional y los efectos de los criterios expresados en sus sentencias tienen poder no solo sobre toda la organización judicial, sino en lo que respecta al propio ordenamiento jurídico de la República.

Así queda plasmado en su sentencia No. 93 del 6-2-2001, la sala considera que cuando alguno de los tribunales del país o cuando alguna de las salas del Tribunal Supremo de Justicia se apartan de los criterios plasmados en su jurisprudencia violan la Constitución y quebrantan el Estado de derecho. De esta manera afirman que, cuando las interpretaciones contenidas en sus sentencias tienen efecto vinculante, adquieren la misma jerarquía que tiene la propia Constitución.

Respecto al tema de la jerarquía también se ha pronunciado la sala en la sentencia No. 33 del 25-1-01, allí establece los parámetros en los que se funda su función interpretativa y la influencia que le corresponde ejercer sobre todos los poderes públicos, incluido el propio Poder Judicial. Aún más, la sala afirma su papel de garante de la integridad y supremacía de la Constitución y sostiene que tiene la facultad y el deber de entrar a conocer cualquier situación en la que se lesionen o menoscaben los derechos fundamentales con prescindencia de que dicha situación haya sido impugnada o planteada en el recurso, lo que se desprende de sentencia No.899 del 31-5-01

En lo que se refiere al recurso de revisión atribuido a la sala constitucional –de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2010)– se dispone la revisión sin ningún tipo de limitaciones y sin atender a ningún tipo de recurso específico de todas las sentencias firmes dictadas por los tribunales de la República en materia de amparo y control difuso de la constitucionalidad. Criterio este que ya había sido planteado en el año 2000 –con anterioridad a la promulgación de la referida Ley Orgánica– en la sentencia No. 01 del 20-1-2000

sobre el caso “Emery Mata Millán”. Dicha decisión en la que se señalan los casos de amparo en los que la sala se considera competente para conocer todas pautas que luego se recogen en el texto legal.

En cuanto a los tratados internacionales –que de conformidad con lo pautado en el artículo 23 de la Constitución– tienen jerarquía constitucional y prevalecen sobre el derecho interno en el caso de que sus normas relativas a derechos humanos sean más favorables. La sala constitucional ha elaborado toda una argumentación con el fin de concluir que lo que es aplicable en el derecho interno es la interpretación que ella elabore de esas normas contenidas en los instrumentos internacionales y no las propias normas, las que solo pueden aplicarse en el territorio nacional y siguiendo las disposiciones de la sala. Es decir, solo cuando esta considere que efectivamente tienen vigencia interna. Pareciera que la sala se coloca por encima del propio texto constitucional generando, así, dudas respecto al sentido y finalidad de la norma contenida en el artículo 23 antes citado, pues dicha disposición determina que las normas más favorables están contenidas en los tratados y son de aplicación inmediata por los tribunales y demás órganos del poder público. A esta conclusión se llega luego de revisar la sentencia No. 1942 del 15-7-03.

El artículo 335 de la Constitución establece de manera expresa que son vinculantes para los tribunales y las otras salas del Tribunal Supremo las interpretaciones sobre el contenido y alcance de las normas, así como los principios constitucionales que realiza la sala constitucional. De manera que la propia norma establece los límites de la sala respecto a los criterios que gozan de ese efecto vinculante, los cuales son solo y únicamente los referidos a las normas y principios constitucionales.

Sin embargo, de la revisión de las sentencias de la sala se observa que le ha conferido carácter vinculante a interpretaciones relativas a normas de rango legal y que no se ha limitado a los temas que la propia Constitución le señala. Así ha ocurrido en la materia procesal penal donde, relacionando normas sustantivas con algún principio del proceso, la sala ha modificado el texto de las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal y dispone cambios en el trámite procesal.

Del análisis de la jurisprudencia de la sala constitucional y de lo expuesto se desprende una evidente tendencia a atribuir con excesiva frecuencia el carácter vinculante a sus criterios, objeto central de la presente tesis. Esto es en lo que respecta al proceso penal. A esta tendencia se le une una marcada inclinación al cambio frecuente de doctrinas que en ocasiones muestran contradicciones. Así mismo del estudio de los pronunciamientos de la sala y de los votos salvados se evidencian relevantes diferencias de criterios entre los magistrados que conforman la sala en cuanto a lo que respecta a la naturaleza de los trámites procesales y las instituciones que fundamentan el proceso penal.

4. Los principios y garantías del proceso penal venezolano y la incidencia de las interpretaciones vinculantes de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su consideración

Los principios que rigen el proceso penal tienen su base en la Constitución, por eso no pueden entenderse ni interpretarse sino desde la perspectiva de los preceptos constitucionales. Rubio (2000) lo dice de manera tajante: “ninguna norma debe interpretarse aislándola de la Constitución” (p.174), pero es que, en esta materia en particular, los efectos del proceso penal están íntimamente relacionados con uno de los derechos fundamentales más importantes contemplados en la Constitución, nada menos que el derecho a la libertad. De allí la trascendencia especial de la jurisprudencia de la sala constitucional cuando, a la luz de la Constitución, interpreta y establece criterios en materia procesal penal. En esta labor el juez toca el bien más preciado para los seres humanos y colocado solo por debajo del valor de la vida: su libertad, la cual podemos afirmar que es la condición que le confiere a los seres humanos su dignidad.

Como lo afirma Tiedemann (1989), el conflicto que se materializa en el proceso penal, entre el ciudadano y el poder estatal, es en último término un problema de derecho constitucional. Para este autor dentro del proceso penal se producen una serie de intervenciones en los derechos fundamentales de los individuos donde participan tanto el imputado como los testigos. De esta manera las normas del proceso penal deben regular que esas

intervenciones se ajusten a lo dispuesto en el derecho con el grave peligro, anota el autor, de que para los órganos estatales todas las intervenciones se consideren conformes a derecho.

Este asunto resulta aún más destacado si tenemos en cuenta, como ya se ha afirmado, la íntima relación que tiene el proceso con el tema político, pues es precisamente el proceso penal la más poderosa herramienta que tiene el Gobierno para controlar a los ciudadanos y en, algunas desafortunadas ocasiones, a sus adversarios.

Principios y garantías forman un binomio inseparable y solo se harán efectivos los principios si existen efectivas garantías para su cumplimiento. En la actualidad toda aproximación al tema constitucional pasa por declarar que solo si un sistema constitucional prevé efectivas garantías para hacer realidad los derechos contemplados en la Carta Magna se puede afirmar que posee carácter jurídico. Es allí donde reside la importancia de la justicia constitucional, ella debería ser la más legítima garantía de que los valores y derechos fundamentales de los individuos prevalezcan y que los poderes públicos acatarán la norma constitucional.

Los principios son la base sobre la que se sustenta un sistema procesal y su estudio nos brinda la oportunidad de tener una visión general del sistema. Es a través de ellos que se organiza el proceso, pues son la razón y el fundamento de las diferentes estructuras, actos y formalidades que los conforman. Así mismo explican la existencia de las cargas y derechos atribuidos a los sujetos procesales. Además son ellos la referencia necesaria para la interpretación de las normas lo que, en la práctica, permite resolver los vacíos legales y aparentes incoherencias. 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 del proceso para arribar a una sentencia que se sustente sobre esos hechos probados legalmente y que resulten el medio para impartir justicia.

Las garantías procesales, en opinión de Ferrajoli (1998), son las que pueden asegurar un juicio en el que reine la imparcialidad, la veracidad y el control. De allí que las designe como instrumentales ante las garantías de la legislación penal a las que determina sustanciales y que, también, resultan necesarias para garantizar los juicios. Las garantías sustanciales solo

se harán realidad en la medida en la que funcionen debidamente las garantías instrumentales propias del proceso. Por eso el autor dice que tienen una correlación funcional: valen cada una por sí mismas pero, a su vez, unas y otras funcionan como garantía recíproca de efectividad. Al derecho procesal penal le corresponde hacer realidad el derecho penal, ya que sin este se convertiría en una mera enumeración de conductas antijurídicas.

En el proceso penal las garantías no solo funcionan respecto al veredicto como producto final que impone una pena, sino que se hacen presentes desde el inicio mismo del proceso porque debe garantizarse que solo resulta legítimo iniciar un procedimiento sobre la base de la presunta comisión de un hecho que la ley reputa como punible y vista la existencia de elementos que vinculen al sospechoso con su realización. Pero esas garantías están concebidas para proteger al imputado que es titular de atributos que emanan de su condición humana y de derechos expresamente establecidos en la Constitución y la ley, especialmente durante el curso de la investigación y desenvolvimiento de toda la dinámica procesal, delimitando las actuaciones de los funcionarios que intervienen en ella y 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).

La manera como un determinado estado concibe el proceso penal es el reflejo de cómo concibe el ejercicio del poder y el respeto a los derechos humanos. Por eso el derecho procesal penal está íntimamente ligado a las concepciones políticas. No podemos perder de vista que el proceso penal representa la más potente herramienta con la que cuenta el Estado para controlar a los individuos. Así pues, resulta imperativo en un Estado de derecho que ese poder sea limitado ya que en el respeto a los derechos fundamentales es que se basa su legitimidad.

Por eso es que el Código Orgánico Procesal Penal promulgado en el año 1998 fue concebido como un estatuto de garantías, no es una normativa destinada meramente a establecer unas reglas más o menos eficientes para castigar a los culpables de la comisión de delitos, todo lo contrario, es un dispositivo jurídico destinado a limitar el poder punitivo del Estado mediante el establecimiento de un sistema procesal penal cuyas normas

permiten no solo hacer realidad las previsiones del código penal sustantivo, sino garantizar que ese procedimiento será el escenario en el que se respetarán los principios y valores que inspiran un Estado democrático. De manera que el producto obtenido, representado en la sentencia, sea una manifestación de la justicia y del respeto a los derechos fundamentales no solo del imputado sino de la víctima del delito.

Así lo expresa Binder (1999) 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. Ahí radica 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 lo dicho se desprende la necesidad de que las reglas que desarrollan el proceso penal respondan a un diseño constitucional, pues es precisamente en la Constitución en donde la sociedad plasma los principios y valores que considera esenciales para garantizar su convivencia. De allí el mérito del sistema procesal penal creado en el Código de 1998, antes de la promulgación de la vigente Constitución de la República y, sin embargo, totalmente acorde con sus disposiciones. Se ha tratado de minimizar, a pesar de sus sucesivas reformas, la impronta garantista que lo caracterizó para el momento de su promulgación o de que algunas interpretaciones con carácter vinculante emanadas de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en nuestro criterio, han restringido el alcance de las garantías procesales previstas en el Código.

4.1. Análisis de la jurisprudencia de la sala constitucional que establece criterios vinculantes sobre principios y garantías del proceso penal

Es parte fundamental de este trabajo el análisis de una serie de situaciones relacionadas con el proceso penal respecto a las cuales la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha pronunciado interpretando las normas del proceso penal como expresión de los principios fundamentales contenidos en nuestra Carta Magna, sentencias a las que les han atribuido carácter vinculante y que han resultado en verdaderas

novedades con relación a la normativa legal contemplada en el Código Orgánico Procesal Penal. Con sus criterios la sala se ha convertido en verdadera creadora del derecho. Al punto que estos, en muchos casos, han sido acogidos por la Asamblea Nacional y han dado lugar a reformas legislativas con lo que, indudablemente, queda evidenciado cómo la labor de los jueces constitucionales a través de su jurisprudencia se ha convertido en verdadera fuente de derecho en nuestro proceso penal.

Se trata de dilucidar si ese órgano del poder público ha llenado las exigencias para actuar en cada caso porque, al tratarse de una materia en la que se comprometen los derechos fundamentales, no le es dado disponer de ellos solo sobre la base de criterios particulares o complacientes con el poder de turno. Casal (2006), al referirse a los derechos fundamentales, señala que estos “postulan una fuerza normativa propia, dimanante de la Constitución, y ostentan una pretensión general de validez y aplicación que solo admite límites justificados materialmente y establecidos con arreglo a ciertos parámetros formales.”

Por otra parte el control de constitucionalidad tiene un límite determinado por la separación de poderes que busca proteger a los ciudadanos del poder absoluto, razón por lo cual se estructura un sistema de controles recíprocos entre sus distintas ramas con un propósito fundamental que no es otro que la contención del poder. (Esguerra, 2006).

En nuestro país, en los últimos años, la situación ha sido por decirlo de alguna manera *singular*. A partir de 1999 y hasta 2015 se operó un cambio en la conformación de la Asamblea Nacional, órgano del Poder Legislativo, con la elección de una mayoría de representantes que pertenecen a una fuerza política distinta a la que ostenta el ejecutivo. Se evidencia, de esta manera, una total concertación entre el Poder Judicial, el Legislativo y el Ejecutivo. Esto ha tenido como consecuencia una clara concentración de poder en el ejecutivo, el cual delega sus funciones el Legislativo a través de varias leyes habilitantes. Para ello cuenta con la anuencia del Poder Judicial que ha convalidado la situación a través de los pronunciamientos de la sala constitucional que, en sucesivas oportunidades, ha considerado procedente la asunción de la función legislativa por parte del ejecutivo,

incluso atribuyendo carácter orgánico a las leyes resultantes de los decretos dictados por el presidente.

En este proceso la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha tenido un papel protagónico, pues revistió de legitimidad judicial la actividad desplegada por el poder –con vistas a lograr el control total de las instituciones en desmedro– del equilibrio entre los diferentes órganos del Estado y del control recíproco propio de un sistema democrático.

Producto de la facultad delegada por el legislativo al ejecutivo a través de las leyes habilitantes. Esta es precisamente nuestra más reciente reforma de la ley que regula el proceso penal en Venezuela, nuestro Código Orgánico Procesal Penal, a raíz de lo cual se planteó una polémica acerca de si estaba el presidente facultado a través de ley habilitante para reformar una ley orgánica que por su naturaleza tiene un rango especial dentro del ordenamiento jurídico. Aunado a ello la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido el criterio de que, efectivamente, el Presidente de la República podía ejercer esa función y legítimamente reformar la norma.

Con esta afirmación la sala ha incurrido en criterios contradictorios, pues en el año 2007 en sentencia No. 1744 del 9-8-07 opinó que aquellas leyes que regularan los procedimientos judiciales debían ser dictadas por el Poder Legislativo. Debido a esto se salvaguardaba el principio de legalidad.

Sin embargo en el año 2012 con ocasión de la promulgación del decreto 9042, mediante el cual el presidente de la República reformó el Código Orgánico Procesal Penal, la misma sala constitucional en sentencia No. 795 del 15-6-12 opinó de manera contraria y declaró no solo su carácter orgánico, sino su constitucionalidad a pesar de haber sido dictada por el ejecutivo, pues en su criterio basta que el legislativo habilite al ejecutivo para que este actúe válidamente. De este modo se desdibujan las funciones atribuidas por la Constitución a cada poder del Estado y, consecuentemente, se obvian los controles mutuos entre estos poderes.

Lo advierte Casal (2006) al comentar el modo en el que nuestra Constitución trataba los derechos fundamentales y la reserva legal. En su cri-

terio se ha debido establecer de manera expresa la imposibilidad de que la materia de derechos humanos sea regulada por el ejecutivo ya que debe someterse a interpretación restrictiva con base en el principio democrático y siguiendo los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4.1.A. Constitución del tribunal mixto

La situación que vamos a tratar tiene relevancia respecto a la presente investigación porque se trata de un caso en el que la jurisprudencia de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia —a la que se le atribuyó carácter vinculante— no solo modificó las normas del proceso penal, sino que el criterio establecido fue de tal manera determinante para el trámite de la convocatoria y constitución de tribunales con participación ciudadana. Dicho órgano legislativo lo acogió y lo convirtió en norma legal a través de la Reforma de la Ley Procesal Penal ocurrida en el año 2012.

La Constitución de 1999 establece de manera precisa que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos, esta se imparte en nombre de la República y por autoridad de la Ley, lo cual quiere decir que el Poder Judicial actúa por delegación del pueblo en el que reside primigeniamente el poder de impartir justicia. Lo que le proporciona legitimidad a las actuaciones del Poder Judicial es precisamente el cumplimiento de la Constitución y las leyes, pues estos son instrumentos que la sociedad se ha dado a sí misma como reglas y parámetros dentro de los cuales debe fluir la vida ciudadana. Solo cuando los jueces actúan en acatamiento al ordenamiento jurídico y a la Constitución se puede decir que sus actuaciones son legítimas y se adecuan a los principios democráticos que sustentan a la nación.

Ahora bien, esa facultad de impartir justicia ha sido ampliada por el constituyente en el artículo 253 cuando incluye dentro del sistema de justicia no solo los órganos institucionales del Poder Judicial: Ministerio Público, Defensoría Pública, Sistema Penitenciario y Órganos de Investigación, sino que incorpora y le atribuye esta facultad a los medios alternativos para la resolución de controversias como el arbitraje, la conciliación y la mediación e incluye, lo que resulta una innovación más impactante, dentro del sistema de justicia a todos los ciudadanos que tienen la posibilidad de

participar en los procesos y administrar justicia mediante la conformación de tribunales mixtos integrados por jueces profesionales y legos.

La exposición de motivos del texto constitucional se refiere de manera expresa a la participación ciudadana cuando se ocupa de perfilar las líneas maestras para el diseño constitucional del Poder Judicial y el sistema de justicia. Con esto el constituyente le da su bendición al sistema de participación ciudadana previsto en la Ley Procesal Penal que, como ya se ha dicho, es anterior a la promulgación de la nueva Constitución. Se incorporan al sistema de justicia los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional integrado por jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea.

También la exposición de motivos del Código Orgánico Procesal Penal –promulgado en 1998– al referirse a los principios que animan el proceso penal y, especialmente, a la *participación ciudadana* expresa que esta “profundizará nuestra democracia política, va a contribuir a la formación de la responsabilidad colectiva o conciencia cívica, y es una necesidad ante la ausencia de contacto de la magistratura penal con la fuente de su poder: el pueblo.”

El tema de la participación ciudadana en la administración de justicia es, a no dudarlo, apasionante. Prueba de ello es la profusa, contradictoria e interesante jurisprudencia que encontramos al respecto. A partir de la promulgación del Código Orgánico Procesal Penal, el 23 de enero de 1998 y su entrada en vigencia el 1 de julio de 1999, mucha es la discusión que se ha producido al respecto. En mayo del año 1999 –cuando aún no había entrado en vigencia la ley adjetiva penal– la antigua Corte Suprema de Justicia en sala plena tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto cuando se demandó la inconstitucionalidad de la disposición que establecía que los profesionales del derecho no podían participar como miembros de los jurados y tribunales mixtos. Ya en esa sentencia se hicieron patentes los criterios encontrados. Si bien la sala declaró sin lugar la demanda de inconstitucionalidad tres de sus magistrados estamparon votos disidentes en los que expresaron su criterio en el sentido de la eventual inconstitucionalidad de la participación ciudadana en la administración de justicia. (Corte Suprema de Justicia, 1999)

Así que desde la promulgación del Código hemos visto la desaparición de los jurados en el proceso penal y hemos sido testigos de la preocupante involución en los criterios de los magistrados de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia quienes, a través de la interpretación de las normas constitucionales, dictaron sentencias que restringían no solo las posibilidades de la integración de los tribunales mixtos por medio de la convocatoria de los escabinos, sino que –sin que se los hubiese planteado recurso alguno acerca de esa materia– adelantaron opinión acerca de la posible inconstitucionalidad de esta institución.

La discusión jurisprudencial se ha basado en los diferentes modos de interpretar la norma constitucional y, especialmente, el principio del juez natural y la participación ciudadana a los que se contraponen la celeridad procesal seriamente lesionada por el evidente retraso de los procesos penales, respecto a lo cual no hay que dejar de lado que el retraso procesal es un fenómeno con muchas y muy diversas causas, entre otras, la manera laxa en que se ha interpretado por la propia jurisprudencia de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el principio de concentración del proceso, previsto en el artículo 17 del Código Orgánico Procesal Penal, lo que ha llevado a dilaciones injustificadas e innecesarias de los procesos.

La segunda reforma que se hizo al código adjetivo penal en el año 2001 fue eliminar la figura de los jurados, dejándole la competencia a los tribunales mixtos para conocer en juicio los delitos con penas superiores a cuatro años en adelante. Además se incluyó en el artículo 164 la disposición según la cual –en el caso de haberse realizado en cinco oportunidades– la convocatoria para constituir el tribunal mixto, sin que esto fuera posible, pasaría a elección del imputado, siendo este juzgado por el juez profesional que debía haber presidido el tribunal mixto.

Posteriormente, por una nueva reforma del Código Orgánico Procesal Penal del año 2009 se modificó el citado artículo 164, se redujo el número de convocatorias de cinco a dos y se eliminó el requisito según el cual el juzgamiento, por parte de un tribunal unipersonal, dependía de la voluntad del imputado. Finalmente en la reforma del 2012 se eliminaron de manera definitiva los tribunales mixtos.

Ahora bien, estas reformas legales tienen su origen en los criterios de la sala constitucional, pues han estado precedidas por una intensa y contradictoria labor jurisprudencial de ese tribunal. En sentencia No. 3744 del 22-12-03, a la que se le atribuye carácter vinculante, la sala resolvió de manera inexplicable en un recurso de amparo en el que el objeto de la causa era totalmente otro y sin que los solicitantes plantearan ese tema. El fin era “ordenar el proceso penal en relación con los artículos 26 y 49.3 constitucionales y los derechos que ellos otorgan, considera que es una dilación indebida la que ocurre cuando el tribunal con escabinos no puede constituirse después de dos convocatorias correspondientes y que, ante esa situación, el juez profesional que dirigirá el juicio, debe asumir totalmente el poder jurisdiccional sobre la causa, por lo que deberá llevar adelante el juicio prescindiendo de los escabinos.”

Esta interpretación contrariaba lo que para ese momento disponía el texto del artículo 164 del Código Orgánico Procesal Penal, el cual establecía: *“Realizadas efectivamente cinco convocatorias, sin que se hubiera constituido el tribunal mixto por inasistencia o excusa de los escabinos, el acusado podrá ser juzgado, según su elección, por el juez profesional que hubiere presidido el tribunal mixto.”*

Posteriormente la misma sala en sentencia No. 397 de fecha 19-3-04 explanó un criterio totalmente diferente e instó al tribunal de juicio a realizar las diligencias necesarias para designar a los escabinos y constituir el tribunal mixto: *“al respecto, se reitera que realizadas cinco convocatorias para la constitución del tribunal mixto, sin que ello se hubiere logrado por inasistencia o excusa de los escabinos, el acusado podrá ser juzgado, según su elección, por el juez profesional que hubiere presidido dicho tribunal, conforme al artículo 164 de la ley procesal penal.”*

En fecha 16-11-04, mediante sentencia No. 2598 y con base en una aclaratoria solicitada a la sala en vista de los criterios encontrados que parecía ser un intento de acabar con las discrepancias dentro de la misma, se ratificó el carácter vinculante de la sentencia No. 3744 del 22-12-03 y se ordenó remitir copia del fallo a los presidentes de circuitos judiciales penales a fin de que todos los jueces fueran notificados acerca de dicha doctrina y de la obligación de dar estricto cumplimiento a la misma.

Nuevamente en fecha 12-8-05, en sentencia No. 2684, la sala se refiere al tema de la convocatoria de los escabinos y ratifica el criterio planteado en su sentencia del 22-12-03. Este criterio reduce el número de convocatorias de los escabinos de cinco a dos. Pero en esta ocasión agrega una consideración muy importante, pues declara con lugar el amparo en cuestión solicitado y en virtud de que no consta que se pidió opinión al imputado respecto a la constitución del tribunal sin escabinos. Ello en vista de que no había sido posible hacerlo hasta esa fecha. Sin embargo en dicha sentencia resulta significativo un pronunciamiento relativo a la posible inconstitucionalidad de la figura de los escabinos ya que esta podría violentar el principio del juez natural.

Otra vez se pronunció la sala constitucional sobre el tema en sentencia No. 1918 fecha 19-10-07. En esta ocasión no se podía ignorar el derecho del imputado a decidir acerca del tribunal que habría de realizar su juzgamiento fuese unipersonal o mixto, pues era este precisamente su tribunal natural para el juzgamiento de las causas relativas a delitos con penas superiores a los cuatro años de privación de libertad. Por lo que la excepción establecida en la ley, para el caso en que después de determinado número de convocatorias no se lograría la conformación del tribunal mixto, se debía aplicar una interpretación restrictiva y que, por tanto, cuando el juez asumiera la jurisdicción y procediera a dictar sentencia de manera unipersonal sin consultar a los imputados lesionaría sus derechos al juez natural y al debido proceso. Asimismo expresa que era el tribunal mixto el natural para juzgar ese caso concreto. Además afirma que la participación ciudadana es de orden público porque no solo interesa al imputado sino que constituye un interés colectivo.

Del examen que hemos realizado a la jurisprudencia de la sala constitucional se desprenden, en primer lugar, las evidentes contradicciones en cuanto a los diversos criterios reflejados en las sentencias reseñadas, así como la restricción de derechos fundamentales y una eventual situación de colisión constitucional, puesto que es innegable que los magistrados contraponen dos derechos fundamentales como lo son la participación ciudadana y el del juez natural ante la celeridad procesal. Por lo que en aras de conservar y salvaguardar a este último reducen el ámbito de ejercicio de los dos primeros.

Por otra parte se debe señalar que todos los derechos a los que nos estamos refiriendo están amparados por el principio de progresividad contemplado en el artículo 19 de la Constitución que garantiza que el goce de los derechos humanos reconocidos no pueden ser disminuidos, por lo contrario, solo pueden afectárseles para su perfeccionamiento y profundización. Sin embargo, visto el proceso verificado a través de la jurisprudencia de la sala constitucional y las reformas legales efectuadas, parece innegable que los derechos analizados sean considerados en su doble vertiente. Por una parte el derecho a ser juzgado por sus pares y por la otra el de los ciudadanos a participar en la administración de justicia. En lugar de progresividad han sido objeto de disminución.

Igualmente, resulta pertinente someter esta línea jurisprudencial y su consecucional reforma legislativa a un análisis que deje esclarecido si en la restricción que se aplicó a estos derechos fundamentales se dio cumplimiento a los requisitos exigidos para legitimar la injerencia del Estado.

En ese sentido hay que anotar que, en cuanto a los requisitos formales exigidos, se cumplió el requerimiento de que la restricción se efectuó a través de una ley orgánica, sin embargo, es menester anotar que la reforma del Código Orgánico Procesal Penal del año 2012 se hizo a través de un decreto ley dictado por la presidencia de la República sobre la base de una ley habilitante que le fue concedida por el Poder Legislativo. Dicho suceso obvió el control legislativo de la reforma.

El ejecutivo modificó una ley con carácter orgánico. Ello a pesar de que en 2007 la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se había pronunciado, mediante sentencia No. 1744 del 9-8-07, en el sentido de que solo el Poder Legislativo tenía la facultad de reformar el Código Orgánico Procesal Penal. De allí resulta poco menos que alarmante que, a pesar de ello, la sala constitucional –con ocasión de esta última reforma del código efectuada en el año 2012– opinó de manera contraria y consideró que el presidente si estaba facultado para dictar ese instrumento legal. En efecto, con ocasión de la promulgación del decreto 9042, mediante el cual el presidente de la República reformó el Código Orgánico Procesal Penal, la misma sala constitucional en sentencia No. 795 del 15-6-12 declaró no solo su conformidad con el carácter orgánico de la ley, sino además su

constitucionalidad a pesar de haber sido dictada por el ejecutivo, pues en su nuevo criterio basta que el legislativo habilite al ejecutivo para que este actué válidamente.

En cuanto al cumplimiento de las garantías para proteger el derecho —desde el punto de vista material y que derivan de criterios destinados a establecer si, efectivamente, la restricción se encuentra justificada en cuanto al hecho que le da origen y a los fines que persigue—, hay que señalar que son presupuestos materiales la licitud del fin perseguido, la proporcionalidad entre la medida y el fin que se persigue, por último, el contenido esencial del derecho que no sea afectado por la medida y que, a la vez, sea efectivamente compatible con los principios democráticos que deben prevalecer en el Estado, lo que significa que el fin que persigue el legislador ha de ser un fin lícito, específicamente debe estar dirigido a proteger otros derechos fundamentales. Además la doctrina ha señalado que dentro de la proporcionalidad podemos distinguir tres elementos: la idoneidad, la necesidad de la medida y la proporcionalidad en sentido estricto.

El elemento de la idoneidad está referido a la aptitud de la medida para conseguir el fin perseguido. Al respecto, si bien, la doctrina ha dicho que no es posible exigir una completa seguridad acerca de la aptitud de la medida para lograr el fin propuesto. En la restricción que examinamos los hechos han demostrado que restringir derechos fundamentales —prescindiendo incluso de la voluntad del imputado respecto al tribunal de su juzgamiento— no ha resultado una medida idónea, ya que los retrasos en los procesos penales siguen siendo evidentes, cada vez más graves y parecieran más bien deberse a una multiplicidad de agentes relacionados con la ineficiencia de los factores humanos, materiales implicados y la falta de recursos adecuados.

La necesidad de la medida está dirigida a determinar si existe la posibilidad de lograr el fin que se propone mediante la aplicación de una norma menos gravosa. Esas medidas menos gravosas no tienen que ser necesariamente de rango legal y pueden referirse a cuestiones de trámite o de carácter administrativo. Surge entonces la cuestión acerca de si para garantizar la celeridad en el proceso no eran más efectivas y, definitivamente, menos gravosas en el sentido de que no significaban la restricción

de un derecho. Por ejemplo, optimizar el servicio de alguacilazgo para hacerlo más efectivo logrando de ese modo que las citaciones y notificaciones relacionadas con la convocatoria de los ciudadanos para la constitución del tribunal mixto y con otros actos procesales se realizaran pronta y eficientemente. Igualmente dotar a los establecimientos de reclusión de medios de transporte apropiados para el traslado de los reclusos a fin de asistir a los actos procesales. Así mismo, un asunto que consideramos vital a los fines de lograr la celeridad en el proceso penal y que podría ser tema para otra investigación, revisar la forma en la que la sala constitucional y la de casación penal del Tribunal Supremo de Justicia han interpretado las normas relativas al cómputo de los lapsos procesales y a través de la cual se podría estar desnaturalizando el principio de concentración contemplado en el artículo 17 del Código Orgánico Procesal Penal. De este se genera una significativa dilación en los procesos penales.

La proporcionalidad en sentido estricto tiene que ver con la ponderación que debe realizarse entre la limitación y el fin que se busca. Si el resultado de dicha ponderación nos indica que es desproporcionada, entonces la restricción puede calificarse como ilícita. Se coloca en el Estado la carga de argumentar y demostrar que la restricción cumple con esa proporcionalidad lo que, en nuestro criterio, no se hizo ni en la fase judicial ni en la legislativa de este proceso.

Resulta desproporcionado reducir el número de convocatorias y, con ello, la posibilidad de ser juzgado por el juez que la ley predeterminó. Sobre todo es desproporcionado con el fin que se persigue: prescindir de la voluntad del imputado respecto a su renuncia a la posibilidad de ser juzgado por un tribunal mixto.

En lo que toca a la intangibilidad del contenido esencial del derecho la doctrina ha distinguido el llamado núcleo intangible que determina la esencia misma del derecho y que no puede afectarse sin desnaturalizarlo. En nuestro caso, respecto al derecho a ser juzgado por el juez natural, entendemos que lo que no puede ser afectado es precisamente la predeterminación.

De conformidad con lo dispuesto en la sentencia de la sala constitucional No. 1918 del 19-10-07, arriba reseñada, el juez o tribunal natural

predeterminado por la ley –como desarrollo al principio de participación ciudadana en el proceso penal– es el tribunal mixto. De acuerdo con ese criterio la reforma legal analizada violó el contenido esencial del derecho al juez natural.

Respecto al derecho-deber de participación ciudadana. Esto es el derecho de los ciudadanos a participar en la administración de justicia y, de esta manera, ejercer el control ciudadano sobre esa actividad del Estado. Esta facultad ha sido restringida de tal forma que se reduce significativamente la posibilidad de ejercerlo. El legislador, pareciera más bien que por cubrir las apariencias, incluyó en el texto del artículo 3 del Código Orgánico Procesal Penal, donde se muestran vigente, tres formas de participación en la designación de los jueces y magistrados, en la asistencia como público a los juicios orales y en el seguimiento de las fórmulas alternativas a la prosecución del proceso y cumplimiento de la pena.

Respecto a la primera la realidad actual nos indica que esta norma no se ha puesto en funcionamiento. Los ciudadanos no participan en la designación de jueces y magistrados, así se evidenció en enero de 2016 –en la oportunidad para designar los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia– cuando se violentó el trámite establecido en la ley para tal fin y a través de una serie de irregularidades relativas a la publicación de los abogados postulados a los cargos. Dicho trámite se estableció para efectuar las impugnaciones. En este sentido estamos ante la no sustanciación de las impugnaciones, la falta de información del baremo para la preselección de los candidatos y la ausencia de consulta al poder ciudadano. Ello dio lugar a una demanda de nulidad del nombramiento de los magistrados que fue decidida por la sala constitucional en sentencia No.225 del 29-3-16, la cual declaró inadmisibles las demandas e impuso una multa al demandante por los conceptos emitidos en su escrito. Por otra parte, la asistencia de los ciudadanos como público a los juicios orales estaba ya contemplado y era parte integrante del principio de publicidad en los juicios.

En cuanto a la tercera forma de participación hay que admitir que efectivamente se ha implementado, ya que los presidentes de los llamados consejos comunales –a quienes se les han atribuido las funciones de los delegados de prueba– vigilan el cumplimiento generalmente de una

actividad de ayuda a la comunidad. La sentencia debe estar ordenada por el juez para aquellos que se les han concedido fórmulas alternativas a la prosecución del proceso o de la pena.

Por último, toda limitación o restricción a un derecho debe ser compatible con el orden democrático del Estado. No puede considerarse legítima aquella limitación que cumple todos los requisitos formales exigidos para el caso. Sin embargo constituye una franca o velada negación a los principios democráticos que deben regir todo Estado moderno. Es aquí donde la restricción analizada parece menos sustentada si tenemos en cuenta que se contrariaron criterios esenciales del sistema democrático, pues no solo se ignoró que nuestro sistema se define como una democracia participativa, sino que igualmente se dio marcha atrás respecto al reconocimiento del derecho de los ciudadanos a participar en la administración de justicia y de esa manera ejercer el control ciudadano sobre una de las actividades más importantes del Estado. Además podríamos decir que la medida, de alguna manera, incide negativamente sobre la idea de descentralización del poder y, por lo contrario, retrocede hacia una forma de mayor concentración y control de la administración de justicia por parte del Estado.

En nuestra opinión, los criterios limitantes de la sala no solo van en contra del principio de progresividad respecto a derechos ya previamente reconocidos y garantizados por la Constitución, sino que parecen ignorar que en Venezuela rige un sistema democrático participativo. Participación que debe procurarse en todas las instituciones del Estado ya que en el Poder Judicial se concretiza la intervención de los ciudadanos en la administración de justicia que es, también, una forma de control. Así se expresa en la exposición de motivos del Código Orgánico Procesal Penal de democratizar el menos democrático de los poderes del Estado.

4.1.B. Duración de las medidas de coerción durante el proceso, dilaciones indebidas y complejidad del caso

La libertad constituye la esencia de la dignidad del ser humano. Sin libertad no le es posible a la mujer y al hombre llevar una existencia que pueda llamarse humana en el más amplio sentido de la palabra, solo gozando de ese estado le es posible desarrollar sus potencialidades y hacer

realidad sus aspiraciones. Se trata no solo de la afirmación de su integridad moral y física, sino de la posibilidad de que como individuo le sea posible ejercer esa libertad en los distintos ámbitos donde se desenvuelven los seres humanos. Después de la vida no hay un bien máspreciado que la libertad. De allí que si algún derecho se entiende inmediatamente como fundamental es precisamente el de la libertad.

Cuando tratamos el tema de la libertad, desde la perspectiva de las medidas de coerción que puede imponer el Estado a los individuos, nos estamos refiriendo a la más grave intervención que realiza el poder sobre las personas, solo superado por la pena de muerte actualmente tan despreciada. En lo que respecta a la duración de estas medidas la temporalidad es, definitivamente, un elemento íntimamente vinculado con el principio de proporcionalidad aplicado a la restricción del derecho a la libertad.

Debido a la gravedad de la intervención todo lo que se refiere tanto a las medidas de coerción dentro del proceso penal como lo referente a su duración debe estar perfecta y detalladamente establecido. Esta es una condición indispensable para que pueda garantizarse el derecho a la libertad. El tema tiene una relevancia que supera lo meramente legal para constituir un asunto de rango constitucional. Así lo afirma De Vega (2000) para quien el reconocimiento del valor de la libertad es el primer elemento configurador del constitucionalismo moderno y su importancia supera lo individual, a la vez, se hace político ya que la construcción de una sociedad democrática demanda la libertad y, al mismo tiempo, no se puede hablar de libertad si no existe democracia.

Respecto a la manera en la que la Constitución regula el derecho a la libertad, en primer lugar, esta dispone la inviolabilidad del estado de libertad con la única excepción relativa a la comisión de delitos. Igualmente dispone la Constitución que en el caso en que alguien sea sometido a juicio se le juzgará en libertad y solo en presencia de alguna de las razones legales que así lo autoricen, también se le podrá privar de ella durante el proceso. Además dispone la norma constitucional que una vez detenida una persona nacen para ella una serie de garantías relacionadas con la información personal y para sus allegados, entre ellas la duración de las penas, identificación de las autoridades que ejecuten medidas privativas

de libertad y ejecución inmediata de la libertad cuando esta sea ordenada por la autoridad competente. Por otra parte, de acuerdo a lo previsto en el artículo 236 del Código Orgánico Procesal Penal, las medidas de coerción durante el proceso solo se justifican para garantizar dicho proceso y solo en los casos en que existan elementos que arrojen un temor fundado de que el imputado se va a sustraer de los actos procesales o pretenda obstaculizar la búsqueda de la verdad.

Nuestro legislador nacional estableció como fundamento general en lo que se refiere a las medidas de coerción personal que se aplican durante el proceso— el principio de proporcionalidad que determina que el juez, único funcionario legitimado para ordenar la detención de una persona, no podrá dictar dicha medida cuando esta aparezca “desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable”, así lo establece el artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal. Ello determina que el funcionario judicial al cual se le ha solicitado en el curso del proceso penal la privación de la libertad del imputado está obligado a realizar un ejercicio de ponderación a fin de determinar si, efectivamente, resulta legítimo sacrificar la libertad de la persona procesada a cambio de salvaguardar el proceso penal.

Esa ponderación propia del principio de proporcionalidad lo que busca es establecer un justo equilibrio entre la ventaja procesal que representa la medida y la limitación del derecho a la libertad que esta significa, tanto más si se tiene en cuenta que las circunstancias que le dan lugar no son hechos probados de manera cierta, sino que se trata de una situación de eventual peligro. Esto excepcionalmente da lugar a la medida.

El texto del artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal —que ya citamos y que contiene el principio de proporcionalidad— incluye una serie de parámetros objetivos respecto a la duración máxima de la medida. Con esta cláusula se establece un nuevo elemento que es el de la temporalidad, puesto que la medida de coerción personal durante el proceso, independientemente de la gravedad del delito objeto del proceso, no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, es decir, lo que convierte a la medida por su propia naturaleza en temporal.

En efecto, el citado artículo establece que la medida “[e]n ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años; si se tratara de varios delitos se tomará en cuenta la pena mínima del delito más grave”. La temporalidad aquí se fija en relación con la duración normal del proceso y comprometiendo por vía indirecta al juzgador a dar oportuna respuesta a los requerimientos de justicia. Este lapso máximo de dos años puede ser prorrogado si, cuando la medida esté próxima a su vencimiento, el Ministerio Público o el querellante se dirigen al juez y hacen una solicitud debidamente motivada, siempre y cuando existan causas graves que así lo justifiquen. En el caso de concederse esta prórroga no podrá ser superior a la pena mínima del delito más grave atribuido al imputado. Igualmente puede solicitarse la prórroga en el caso de que la prolongación del proceso se deba a dilaciones indebidas provocadas por el imputado o sus defensores.

Se hace necesario analizar en detalle los criterios de la sala constitucional que dan lugar a la desaplicación de la norma que regula la duración de la detención del imputado durante el proceso. Esta circunstancia que hace referencia a la posibilidad de que el proceso seguido en contra de un imputado que se encuentra privado de la libertad se prolongue más allá del lapso máximo de dos años, razón de que el propio imputado o su defensor hayan hecho uso de tácticas dilatorias indebidas y que por esta causa sea procedente la prórroga de dicho lapso. Esta fue incluida expresamente en el texto del artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal, donde se contempla el principio de proporcionalidad en la reforma del 4 de septiembre del 2009, pero ya había sido tratada desde el año 2001 en la jurisprudencia de la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como se evidencia en la sentencia 1712 de fecha 12-9-2001.

En esa misma sentencia la sala hace referencia a otra circunstancia que en su criterio podría prolongar el lapso de detención del imputado durante el proceso. Se trata de los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes los que, en criterio de la sala, son de lesa humanidad y, puesto que no prescribe la acción para perseguirlos, no están sometidos a las limitaciones de tiempo en cuanto a la duración de la detención preventiva contempladas en el actual artículo 230 del Código Orgánico Procesal Penal.

En el año 2007 la misma sala amplió su criterio al establecer que se justificaba prolongar el lapso de detención preventiva cuando el caso particular presentara una marcada complejidad, igualmente establece que la transgresión de los derechos humanos por parte de un funcionario público no permite gozar de beneficio alguno de acuerdo a lo contemplado en el artículo 29 de la Constitución. Ese es el criterio que se explana en la sentencia 626 de fecha 13-4-07.

De esta manera, la sala constitucional ha establecido una serie de criterios que persiguen restringir dicho derecho reduciendo las situaciones en las que se aplica la garantía de la disposición constitucional que prevé la excepcionalidad de la detención durante el proceso y el derecho a ser juzgado en libertad. Aspecto que surgió como consecuencia lógica del principio de presunción de inocencia y en virtud del cual no resulta legítimo privar de la libertad a quien se considera inocente y así se le debe tratar hasta tanto no se demuestre su responsabilidad en sentencia condenatoria firme.

Justificar la prolongación por más de dos años de la detención del imputado durante el proceso sobre la base de la complejidad del caso o en razón del delito que se atribuye significa relevar a los jueces de su deber de administrar justicia de manera oportuna y, también, prohibir que cumplido ese lapso se concedan –en los casos en que sea procedente– medidas menos gravosas sustitutivas de la privación de libertad. Esto es una evidente desigualdad.

Que la acción para perseguir los delitos considerados de *lesa humanidad* sea imprescriptible no justifica que aquellos individuos señalados como presuntos autores o partícipes de esos hechos punibles no tengan derecho a la garantía de un juicio previo sin dilaciones indebidas y al debido proceso. Es decir, dichos individuos deben ser sometidos a un juicio revestido de todas las garantías consagradas en la Constitución y la ley.

La sala suele usar el principio de celeridad para justificar la modificación de las normas procesales, pero cuando se refiere a la prolongación de la privación preventiva de la libertad de los individuos durante el proceso no considera este principio relevante. Una privación de libertad durante el proceso que se prolonga indefinidamente –porque no tiene límites legales– se convierte en el cumplimiento de la pena de manera anticipada.

Ello a pesar de que hasta que una persona no sea condenada no se le puede considerar merecedor de dicha pena.

La Constitución consagra en el artículo 19 el principio de progresividad que establece que el Estado garantiza sin discriminación alguna el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, mientras que a los órganos del poder público les impone su respeto, sin embargo, la línea jurisprudencial que acabamos de analizar muestra, más bien, una progresiva restricción del derecho a la libertad.

Esta posición de la sala no es aislada, sino que se viene evidenciando respecto al derecho a la libertad en otros casos. De allí que sea procedente traer a este análisis su jurisprudencia relativa al efecto suspensivo del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la orden de libertad del procesado.

Mediante la reforma del Código Orgánico Procesal Penal del año 2001 se introdujo, en el texto del artículo 374, las detenciones en flagrancia y la presentación del aprehendido ante el juez de control, quien deberá decidir si la detención practicada continúa o se pone en libertad al imputado. De este modo se expresa en la siguiente reforma: *“el recurso de apelación que interponga en el acto el Ministerio Público contra la decisión que acuerde la libertad del imputado, tendrá efecto suspensivo.”*

El efecto suspensivo de los recursos tiene como resultado práctico que se suspendan los efectos del contenido de la decisión. Es decir, aun cuando el órgano jurisdiccional ha dado la orden de poner en libertad a la persona que se encontraba privada de ella, esta orden no se ejecuta y el imputado continúa detenido hasta tanto la corte de apelaciones conozca el recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público y en todo caso ratifique la orden del juez de primera instancia.

Por su parte, la Constitución en el ordinal 5 del artículo 44 –cuando regula el derecho a la libertad– dispone: *“Ninguna persona continuará en detención después de dictada orden de excarcelación por la autoridad competente, o una vez cumplida la pena impuesta”*. Por consiguiente, la Constitución dispone de manera expresa que ninguna detención podrá continuar una vez que se ha dado la orden de excarcelación. La norma adjetiva penal

determina que el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público tiene como efecto que dicha orden de excarcelación no se ejecute y que el detenido continúe privado de su libertad hasta tanto un tribunal superior decida al respecto. Con lo expuesto se pretende plantear que la manifestación de voluntad de un funcionario del estado distinto al juez es al único al que le corresponde la función de determinar si procede o no la privación de libertad de acuerdo con la disposición constitucional contenida en el ordinal 1 del mismo artículo 44. Sin embargo sigue teniendo la potestad de prolongar la medida privativa de libertad.

La sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció mediante la sentencia 416 de fecha 27-02-03 sobre la inconstitucionalidad de esta disposición. De esta manera se considera que no viola la norma constitucional y se apoya, para ello, en la norma general en materia de recursos que contempla el efecto suspensivo de los mismos dándole a la disposición bajo análisis un carácter meramente instrumental, puesto que estima que resulta útil para garantizar una futura y eventual decisión privativa de libertad.

Contra este criterio de la sala constitucional se pronunció la sala de casación penal en fecha 4-7-07 mediante sentencia No. 370. De este modo se rescata el valor supremo de la norma constitucional en el ordenamiento jurídico y se razona en el sentido de que, una vez que se ordena la libertad de un individuo, esta orden debe ejecutarse inmediatamente como lo establece la Constitución, ya que habiendo cesado la orden privativa de libertad no hay mandato que sustente la detención.

Esta controversia dio lugar a una nueva reforma del Código Orgánico Procesal Penal en el año 2012 donde el citado artículo 374 ratifica el efecto suspensivo de la apelación del Ministerio Público contra la orden de libertad decretada por el juez de control, pero lo reserva a una serie de delitos considerados graves. Igualmente, para blindar la norma legal se reformó el artículo referido al efecto suspensivo de los recursos. Para eso se agregó un párrafo único que amplía la aplicación del efecto suspensivo de la impugnación fiscal, pues si inicialmente era aplicable solo en el caso del procedimiento de flagrancia, ahora se aplica también en el procedimiento

ordinario cada vez que el juez decreta la libertad y el fiscal ejerza el recurso de apelación en el caso de que se trate de delitos que se consideren graves.

Ciertamente, los derechos fundamentales no son ilimitados porque la vigencia de los derechos de todas las personas pasa por el respeto del derecho de los demás. Pero debe quedar claro que los derechos fundamentales –entre ellos el de libertad– solo pueden ser limitados llenando ciertas exigencias. Estos tienen, por su propia naturaleza, fuerza por sí solos y no están a disposición de la ley. Son previos y superiores a la ley. De allí que para limitarlos o restringirlos se deben cumplir ciertos requisitos. Solo si estos requisitos están presentes puede decirse que es lícita la injerencia del Estado en esta materia.

Como lo expresáramos ya en nuestro trabajo sobre este tema, publicado en 2006, hay que concluir que la normativa legal trata el derecho a la libertad y lo restringe mediante el efecto suspensivo. Cuando el Ministerio impugna la orden de excarcelación continua siendo clara y evidentemente inconstitucional, aunque solo se aplique en el caso de delitos considerados graves. Debido a eso se desaplica el principio de presunción de inocencia y se usa la detención durante el proceso como un anticipo de la pena, atentando así contra la reserva judicial. Esto es porque se mantiene detenido al imputado sin existir orden judicial y se le da preponderancia a una norma adjetiva penal por encima de lo dispuesto en la Carta Magna con lo que se afecta el principio de supremacía constitucional.

4.1.C. El principio de doble conformidad como limitación del derecho a impugnar

Para abordar este tema es necesario analizar en primer lugar el derecho a impugnar que consagra nuestra Constitución en el artículo 49 contenido de las garantías procesales y que en su ordinal 1º dispone que toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir al fallo. Para ello se puede basar en las excepciones establecidas en la propia Constitución y en la ley. Sin embargo del texto de la norma pareciera que en principio solo se concede este derecho a aquella persona que previamente ha sido condenada por los órganos jurisdiccionales.

El derecho a impugnar las decisiones judiciales aparece como un medio imprescindible para que las partes puedan participar en el proceso, colaborando y controlando a través del ejercicio de los recursos para que sea posible en el tiempo y en el espacio que se dicte una sentencia adaptada al derecho. Un proceso con todas las garantías no se concibe sin un derecho al recurso, sobre todo en la materia penal porque su inexistencia comportaría necesariamente la indefensión (Suau Morey. 1995).

De esta manera el derecho a apelar ante un tribunal superior inicialmente se concede al condenado. El principio de igualdad previsto en nuestra Constitución –en el artículo 20 y en el Código Orgánico Procesal Penal, artículo 12– determina que el derecho a impugnar se extienda a todas las partes en el proceso si su ejercicio está sometido a una condición necesaria: el agravio. Para que las partes puedan impugnar es necesario que la decisión que se pretende atacar haya producido un efecto desfavorable en contra de quien pretende impugnarla, así lo establece el artículo 427 del citado Código. Por eso los recursos tienen siempre un fin útil.

Como lo señala Vilela (2008) en su trabajo sobre el derecho al recurso y los medios de impugnación de la sentencia:

La única manera de equiparar a una persona declarada culpable con quien no lo ha sido, y facultar a ambos para recurrir de un fallo, necesariamente pasa a través del agravio experimentado con el fallo dictado. Así, resulta perfectamente lógica y coherente la concesión del derecho al recurso. (P. 178)

Por su parte la sala constitucional en sentencia 2299 del 21-8-03 estableció: *“el perjuicio o gravamen es lo que mide el interés que se requiere como presupuesto esencial para apelar, el cual debe ser actual y no eventual. De allí, el rechazo de toda apelación contra resoluciones que no pueden causar agravio.”*

Junto con el principio de igualdad, limitado por el agravio necesario, el derecho a la tutela judicial efectiva es entendida como el derecho fundamental que tienen todos los que participan en un proceso y que son protegidos por los jueces. Esta protección es la garantía y el derecho que tienen los individuos, a su vez, cuenta con una gran relevancia porque la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia entiende el derecho al recurso como una derivación de aquella. En efecto –en la arriba citada

sentencia 2299 del 21-8-03— la sala interpreta la materia recursiva procesal penal y considera que los jueces que actúan en esa jurisdicción deben ser especialmente cuidadosos cuando examinen la procedencia del recurso de apelación en los casos en que la propia ley establezca la no impugnabilidad de una determinada decisión. La finalidad es garantizar la tutela judicial efectiva en cuanto acceso a la justicia y debido proceso. En la sentencia 562 del 14-4-2008 se percibe que la sala constitucional —a pesar de lo establecido en el artículo 421 del Código Orgánico Procesal Penal— no concede recurso contra las normas dictadas en el procedimiento especial para la reparación del daño y la indemnización del perjuicio. De esta manera declara procedente el recurso y expresa:

el principio de la doble instancia se sustenta en el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, previsto en el artículo 26 Constitucional, precisamente de acceso a una justicia imparcial, idónea, transparente y autónoma, y al carácter irrenunciable de los derechos fundamentales del justiciable.

Establecido como se encuentra el principio de la doble instancia en nuestro proceso penal, la propia ley —de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 423 del Código Orgánico Procesal Penal— establece un sistema de impugnabilidad objetiva. En este proceso penal solo se pueden impugnar las decisiones que se determine por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley. Este sistema impone una limitación referida a la posibilidad de impugnar una misma decisión en varias oportunidades y lo hace a través de la llamada doble conformidad, la cual está prevista en el artículo 460 ejusdem. En esta se dispone: *“Si se ordena la apertura de un nuevo proceso en contra de un acusado que haya sido absuelto por la sentencia de primera instancia, y obtiene una sentencia absolutoria, en contra de esta no será admisible recurso alguno.”*

El derecho a la doble instancia y la doble conformidad dentro del proceso penal vienen a ser complementarios, pues la segunda busca evitar un proceso donde se ha verificado el control de la sentencia de primera instancia por parte de un tribunal superior. Es decir, se pretende que un juicio se prolongue indefinidamente a pesar de que en el curso del mismo se hayan dictado varias sentencias absolutorias. La sala constitucional ha desarrollado una interpretación de la llamada doble conformidad dando lugar a un

criterio de carácter vinculante que establece de manera obligatoria cómo debe aplicarse esa institución en nuestros procesos penales.

La sala ha establecido, a través de la resolución de varios recursos de amparo, una línea jurisprudencial que inicia en el año 2000 y cristaliza con una sentencia a la que le atribuye carácter vinculante en el año 2003, cuyo criterio se ratifica en el año 2005. La sala constitucional restringe, por medio de esta línea jurisprudencial, los casos en los cuales se puede aplicar la disposición legal referida a la doble conformidad.

Ahora bien, en la sentencia No. 2298 del 21-8-03 se comienza por admitir que la norma que contempla la institución tiene una redacción ambigua y que dada su ubicación dentro del texto del Código Orgánico Procesal Penal se le coloca dentro de las normas referidas al recurso de casación y se concluye que no ha lugar la doble conformidad. Por tanto, si no se verifica dentro del proceso en cuestión un recurso de casación que ordene un nuevo juicio y que, además, el mismo no pueda ser admitido contra la segunda sentencia absolutoria, entonces no es otro que el recurso de casación.

En el año 2005, por sentencia No. 3619 del 6-12-05, la sala ratifica el criterio arriba transcrito y la interpretación vinculante de la norma que ya antes había hecho.

Resulta relevante señalar que el criterio de la sala constitucional fue acatado por la sala de casación penal en vista de su carácter vinculante, sin embargo, con ocasión de varios casos en los que dicha sala de casación se ha pronunciado respecto al tema de la doble conformidad, se han estampado sendos votos salvados en los que el magistrado disidente explica que no comparte la interpretación que se ha dado a dicha institución ya que su criterio violenta la tutela judicial efectiva. Así se desprende de sentencia No. 382 de fecha 23- 7- 08 emanada de la sala de casación penal.

Del análisis del criterio establecido por la sala constitucional se observa que para que se aplique la doble conformidad se exige que en un mismo proceso se celebren dos juicios. El segundo ha sido ordenado en virtud de sentencia de la sala de casación penal. Asimismo, en ambos juicios se debe dictar la sentencia absolutoria que ha de ser confirmada por la Corte de

Apelaciones en las dos oportunidades. Entonces y solo entonces se determina la no admisión contra la segunda sentencia absolutoria de la corte de apelaciones del recurso de casación con lo que se considerará definitivamente firme la absolución.

Hay que anotar que el fin que persigue la institución de la doble conformidad es evitar que sobre la base de la interposición de sucesivos recursos se prolongue un proceso indefinidamente sin que la administración de justicia pueda cumplir su cometido, el cual no es otro que dar respuesta oportuna y resolver —de acuerdo con lo establecido en el orden jurídico— los conflictos que se presentan en la sociedad y lo que, en definitiva, da lugar al principio de seguridad jurídica.

En todo caso no debemos olvidar cuál es el origen del tema que nos ocupa. En el fondo lo que está en discusión es si es legítimo o no impugnar una sentencia absolutoria. Si se justifica que habiendo sido declarada inocente una persona pueda someterse a un nuevo escrutinio judicial, entonces el estado —que ya determinó la inocencia del imputado— puede nuevamente examinar su conducta. En legislaciones como la norteamericana, donde quien decide la inocencia o responsabilidad del encausado es un jurado, la sentencia absolutoria no puede ser impugnada. El Estado tiene una única oportunidad para juzgar. El poder punitivo que le otorga el orden jurídico está limitado.

En el caso de la doble conformidad contemplada en nuestro país se requiere que, si esa absolutoria es objeto de impugnación, sea confirmada en un nuevo juicio. Pero la jurisprudencia de la sala constitucional va más allá y exige que se agoten todas las instancias y que el segundo juicio que se celebre sea ordenado por la sala de casación penal. En definitiva, se requieren al menos cuatro sentencias absolutorias: dos correspondientes a sendos tribunales de juicio y dos correspondientes a las cortes de apelaciones que confirmen las absolutorias de primera instancia para que esta garantía, efectivamente, opere en favor del imputado considerado inocente lo que, a todas luces, aparece como excesivo. Por otra parte, cuando se exige que el segundo juicio sea ordenado por la casación, se excluyen de esta garantía todos aquellos casos que por el monto de la pena impuesta o solicitada por el acusador no son susceptibles de tramitarse ante la casación penal. Esto

resultaría contradictorio ya que en los delitos graves se puede dar la garantía, mientras que para aquellos leves no estaría prevista.

De esta manera, consideramos que se presenta una restricción a la garantía que establece el derecho de los sometidos a un proceso penal de que se les considere inocente hasta que se demuestre lo contrario a través de una sentencia condenatoria, esto es, la presunción de inocencia, pues a pesar de contar con una sentencia que declara la no responsabilidad del encausado su situación debe, nuevamente, ser sometida a escrutinio. Ello a favor de la seguridad jurídica. Esta restricción se configura a través de la doble instancia.

Estamos en presencia del enfrentamiento de los derechos del imputado y los de la víctima, así como el principio de igualdad que garantiza la Constitución, la ley y el derecho a impugnar los pronunciamientos judiciales adversos que en principio se reconocen solo para el condenado y que, luego, por vía legal y jurisprudencial se amplían a los afectados por el hecho punible

Es indiscutible la obligación que tiene el Estado de imponer en ciertas situaciones restricciones a los derechos fundamentales, pues solo así será posible armonizar las relaciones sociales, eso sí, la tarea de dilucidar cuáles son los derechos que deben prevalecer y cuáles deben limitarse tiene que estar dirigida desde los principios fundamentales que regulan cada estado. En el caso de un estado que aspire llamarse democrático deben guiarse por aquellos criterios políticos que le dan base a esa corriente. Esta labor legislativa o jurisprudencial, según el caso, requiere del ejercicio de la ponderación como base necesaria para lograr la proporcionalidad.

En el caso particular sometido a análisis resulta, particularmente, interesante que el legislador actúe en dos sentidos. Por una parte limita la posibilidad del acusador de impugnar una decisión en el caso de que se obtenga en un segundo juicio una nueva sentencia absolutoria. Por otra parte limita el derecho del imputado de quedar en libertad plena al obtener un pronunciamiento que lo exonera de responsabilidad para exigirle que obtenga a su favor dos sentencias absolutorias producidas en sendos juicios como requisito y, así, impedirle al acusador el ejercicio del derecho a la impugnación.

Respecto a la actuación de los jueces constitucionales en el presente caso se observa como ante la norma legal –cuya redacción consideran ambigua– realizan una interpretación a la que le atribuyen carácter vinculante y con lo que le confieren a su pronunciamiento indiscutible valor normativo. Esta interpretación –mediante la cual restringen aún más el derecho del imputado a la presunción de inocencia– favorece el derecho del acusador a agotar los medios para lograr un fallo condenatorio. Al considerar que para que se haga efectiva la restricción legal –esto es la doble conformidad– es necesario el cumplimiento de una serie de requisitos procesales que no solo no aparecen establecidos en la norma legal, sino que además pudiesen considerarse excesivos.

En última instancia se trata de dos derechos en conflicto: el del acusado quien con base en una interpretación extensiva haría irrecurrible la sentencia absolutoria proferida a su favor y el derecho de las víctimas a recurrir a la sentencia absolutoria. La sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al optar por una importante y exigente restricción del derecho del imputado, asume una posición que privilegia los derechos del acusador. Esos son, *básicamente*, los del Estado a través del Ministerio Público.

Ante una norma que la propia sala considera ambigua se abandona la interpretación restrictiva que la Constitución y la ley imponen cuando se trata de normas que restringen los derechos del imputado, así como se establece el cumplimiento de numerosos y exigentes requisitos procesales que hacen prácticamente imposible en la práctica la aplicación de la doble conformidad.

4.1.D. Naturaleza de la fase intermedia del proceso penal y el ejercicio de la acción penal

La sala constitucional se ha pronunciado acerca de la naturaleza de la fase intermedia del proceso penal estableciendo –a través de sentencia No. 1303 del 20-6-05– cuál es la finalidad que se persigue en esta etapa del proceso. Esta sentencia, mediante la cual la sala desarrolla una función orientadora respecto a las instituciones jurídicas y cumple una labor pedagógica, señala no solo a los que acuden ante los órganos de administración de justicia en solicitud de pronunciamiento judicial, sino de manera

primordial a los funcionarios judiciales, la naturaleza y finalidad de los derechos y cargas de las partes, así como los actos que se cumplen en la fase intermedia del proceso.

En cuanto a las actuaciones que se cumplen en esta fase del procedimiento la sala las clasifica en tres categorías. En primer lugar se encuentran las actuaciones previas a la audiencia preliminar constituidas por la acusación, cuya presentación es precisamente la que da inicio a esta etapa, así como el ejercicio de las facultades de las partes previas a la celebración de la audiencia preliminar. En segundo lugar está la propia audiencia preliminar donde las partes presentan sus alegatos ante el juez de control. En tercer lugar se localizan los pronunciamientos del juez acerca de tales alegatos y solicitudes presentados previamente por las partes en el proceso.

Respecto a dichos pronunciamientos la sala, en esta sentencia, establece criterios acerca de cuáles de ellos están sujetos a impugnación. Al respecto se destaca lo relativo al auto que admite la acusación y, consecuentemente, ordena la apertura del juicio. La sentencia refiere como en jurisprudencia anterior de la propia sala (sentencia No. 746 del 8-4-2002) se había sostenido que el auto que ordena la apertura al juicio es inimpugnable por disposición expresa del Código Orgánico Procesal Penal. No obstante era posible impugnar el auto que admitía la acusación y, así, se planteaba una situación evidentemente contradictoria.

Se corrige, así, un criterio errado de la propia sala. Tal corrección se fundamenta sobre la base de la doctrina en la materia procesal penal con razonamientos y argumentos jurídicos aplicables al tema en concordancia con la norma constitucional. De esta manera se cumple con la exigencia ineludible de motivar suficientemente los cambios de criterios que sustentan su jurisprudencia. Esto le brinda a los justiciables y a toda la comunidad seguridad jurídica, sobre todo cuando –como ocurre en el presente caso– a su pronunciamiento se le atribuye expresamente carácter vinculante.

Igualmente en esta sentencia se pronuncia la sala acerca de la impugnabilidad del auto que dicta el juez de control mediante el cual admite o inadmite las pruebas en el proceso. Al respecto en el texto de la sentencia se establece que solo en el caso de los autos que inadmiten las pruebas ofrecidas por las partes será procedente el recurso de apelación “ya que tal

inadmisibilidad podría constituir una violación del derecho a la defensa consagrado en el artículo 49.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al no permitirle llevar al juicio elementos que coadyuvarían, por una parte, a los fines de desvirtuar la imputación fiscal, y por la otra –y como consecuencia de la anterior–, a reafirmar su inocencia”. Por el contrario, respecto a los autos que admiten las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público, la sala estima que estos no son apelables por el imputado, pues son parte del auto de apertura es inimpugnable.

Sin embargo, con ponencia de otro magistrado de la misma sala –en fecha 23-11-11 mediante sentencia No. 1768– cambia el criterio respecto a la posibilidad de impugnar el auto que admite una prueba y considera que sí debe concederse en ese caso la posibilidad de apelar porque pudiera causar gravamen irreparable. Nuevamente la sala confiere a su criterio carácter vinculante. Ante este criterio salvaron su voto dos magistrados de la sala, uno de ellos enfocó su disconformidad sobre la base de que dicha admisión no causa agravio constitucional alguno. Por su parte, el otro magistrado disidente no solo expresó las razones de tipo jurídico en las que apoya su disidencia sino que, además, hizo una observación muy importante relativa a los cambios o virajes interpretativos en la jurisprudencia de la sala constitucional. Esto es considerar contrarios a la estabilidad y uniformidad que necesariamente debe tener la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución

Ese es en definitiva el punto a destacar, la sala constitucional no ha mantenido una posición coherente en cuanto a las interpretaciones que realiza. Por el contrario su actividad se ha caracterizado por su inestabilidad. No pareciera recomendable que el más alto intérprete de la Constitución haya hecho un uso tan profuso de la facultad de conferir carácter vinculante a sus criterios. Algunos de ellos, por lo menos en lo que se refiere a la materia procesal penal, de carácter más bien legal que constitucional.

Continuando con el planteamiento anterior, si tenemos en consideración los efectos que su jurisprudencia tiene en la aplicación del derecho para todos y cada uno de los tribunales de la República debería procurar que –en los casos en los que se realiza el cambio de un criterio vinculante– este se produzca una vez que se logra el consenso dentro de los integrantes

del tribunal. Eso como apunta uno de los votos salvados a los que nos referimos: brindaría a la jurisprudencia estabilidad y uniformidad, bases sobre las que se asienta el principio de seguridad jurídica.

También en lo que se refiere a la fase intermedia del proceso, puesto que trata de quiénes están legitimados para ejercer la acción penal o, lo que es lo mismo, están facultados para presentar la acusación, actuación mediante la cual se da lugar al inicio de esta etapa del proceso penal. Hemos considerado de gran importancia tratar en esta tesis una corriente jurisprudencial de la sala constitucional que se encuentra actualmente en desarrollo y que de prosperar en la práctica tendrá muy determinantes consecuencias en lo relativo a las facultades de las partes dentro del proceso penal, especialmente la víctima debido a la facultad de ejercer la acción penal de manera autónoma y dar la pauta para el inicio de la fase intermedia del proceso.

En un sistema mixto, con preponderancia acusatoria como el nuestro, solo si se presenta acusación el proceso puede continuar. Esta facultad de presentar acusación está atribuida a distintos sujetos según la naturaleza del delito que se investiga. En los delitos de acción privada le corresponde a la víctima ejercer la acción penal. Por el contrario en los delitos de acción pública – en los que se afecta no solo aquel que ha sufrido de manera directa el delito sino que, igualmente, se afecta la paz y la seguridad de la sociedad– la acción para perseguirlos se confiere prioritariamente al Estado a través del Ministerio Público. A este último no solo se le establece la facultad-deber de investigar el hecho objeto del proceso como sujeto imparcial, sino que tiene la obligación de poner en movimiento la acción de la justicia para que el órgano jurisdiccional establezca las responsabilidades en la comisión del delito, a la vez, le deja a la víctima la posibilidad de participar en la investigación, así como de querellarse y acusar si lo considera procedente. A pesar de esto la continuidad del proceso depende del ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, quien tiene la responsabilidad de actuar aun cuando a la víctima no le sea posible participar en el proceso o no tenga interés en hacerlo.

El criterio al que nos referimos sostiene que en los delitos de acción pública la víctima puede acusar de manera autónoma con prescindencia

del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, así se le confiere a la víctima la iniciativa en el proceso y se despoja al Ministerio del llamado monopolio del ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública. De manera que con la sola acusación de la víctima el juez puede dar continuidad al proceso.

En fecha 14-8-12, mediante sentencia No. 1268, la sala constitucional dictó un pronunciamiento en un caso relacionado con violencia de género y declaró que la víctima pudo acusar con prescindencia de la actuación fiscal. La sala se apoyó, para dictar su pronunciamiento, en una sentencia previa del año 2003 en la que se ampliaban las facultades de la víctima y se le concedía el derecho de solicitar al juez de control la fijación de un lapso para que el Ministerio Público actuara, es decir, para que instruyera una investigación penal sin que hubiera presentado un acto conclusivo. Dicho criterio, tiempo más tarde, fue incorporado a la reforma del Código Orgánico Procesal Penal efectuada en el año 2009.

En la sentencia No. 1268 el pronunciamiento se refiere a un amparo en el que se observa retraso por parte del Ministerio Público en actuar. Allí se expresa que la celeridad en el proceso es parte integrante de la tutela judicial efectiva y que la justicia expedita conlleva a la pronta protección de las mujeres victimizadas por el efecto de la comisión de ese tipo de hechos punibles. Se afirma –como premisa fundamental para la resolución del caso en cuestión– que en este procedimiento especial no se pueden aplicar normas jurídicas que se opongan a la brevedad, característica prevista para los casos relacionados con este tipo de delitos. Por tanto, sobre la base de un sistema de prueba libre, se afirma que la víctima de un delito de violencia de género puede presentar un examen médico realizado en las instituciones públicas o en ejercicio privado. Igualmente en esta clase de delitos, a los fines de la protección de la víctima, esta podrá presentar la acusación particular propia ante el juez de control con el respectivo ofrecimiento de medios de pruebas para que se proceda a fijar la celebración de la audiencia preliminar. Finalmente la sala atribuye carácter vinculante a esta sentencia y ordena su publicación en la Gaceta Oficial.

Conjuntamente con esta sentencia se presentan dos votos concurrentes de sendos magistrados de la sala. El primero expresa que la afirmación

del representante del Ministerio Público no es totalmente válida porque la elaboración de un examen médico no es suficiente para dictar una doctrina de carácter vinculante, ya que en su criterio –por mandato constitucional– el Ministerio Público es el responsable de la oportuna conclusión de la investigación. Por esto se considera que la solución que presenta la sala no es la adecuada, pues no resuelve el problema y solo crea un procedimiento de acusación particular propia que se aparta de los principios y garantías constitucionales que establecen el monopolio de la acción pública en manos del Ministerio. A este voto concurrente se suma otro donde el magistrado considera que la atribución conferida por la Constitución al Ministerio Público es la consagración de los principios de oficialidad y de legalidad procesal que no se contraponen al derecho de la víctima de lograr la tutela de sus intereses. En su criterio la víctima se encuentra en una posición subalterna al Ministerio Público respecto al cual solo tiene poderes de estímulo e impulso.

La anterior sentencia dio lugar a una solicitud de aclaratoria por parte del Ministerio Público, razón por lo cual la sala constitucional dictó en fecha 27-11-12 la sentencia 1550. El Ministerio Público plantea a la sala una serie de interrogantes relativas al trámite procesal que corresponde realizarse en los casos en que sean las víctimas quienes ejerzan la acción penal. En vista de esta solicitud la sala la declara parcialmente con lugar y procede a establecer una serie de trámites aplicables según las diferentes situaciones que pudiesen presentarse dentro del procedimiento especial previsto en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y que no aparecen previstos en ese texto normativo. De manera que al establecer una forma distinta en el ejercicio de la acción para este tipo de delitos la sala se ve precisada a dictar normas de carácter procedimental a fin de hacer posible en la práctica el criterio con carácter vinculante establecido en la sentencia 1268.

Posteriormente, en fecha 14-8-12 por sentencia 908, se ratifica el criterio antes expuesto. Pero en esa oportunidad el pronunciamiento se refiere a un caso en que los delitos contemplados son los de estafa y forjamiento de citación. En esta sentencia se deja constancia de que para tomar su decisión la sala aplica la doctrina vinculante establecida en las sentencias 3267 del 2-11-03 y 1268 del 14-8-12.

También en este caso se presentó un voto concurrente en el que uno de los magistrados de la sala insiste en sus planteamientos ya explanados con ocasión de la sentencia 1268 reseñada anteriormente. En esta ocasión expone que es el Ministerio Público, como titular de la acción penal, el responsable de la oportuna conclusión de la investigación dentro de los plazos establecidos por la ley. De manera que permitir que sea la víctima quien interponga la acusación, con el único requisito de que el Ministerio Público no concluya la investigación en el lapso legal correspondiente, contrapone garantías y principios procesales, entre ellos: juicio previo y debido proceso, presunción de inocencia y protección a la víctima. Agrega el magistrado concurrente que en el fallo no se señala quién ha de realizar la investigación ni quién la controla. Por lo que concluye que lejos de solventar la situación lo que hace es crear un procedimiento de acusación particular propia que se aparta de los principios y garantías previstos en la legislación.

Ante esta corriente jurisprudencial cabe preguntarse si lo que trata de hacer la sala constitucional es ampliar la acusatoriedad del sistema procesal penal venezolano confiriendo a la víctima mayor poder y autonomía o si, más bien, dada la deficiente actuación del Ministerio Público en el cumplimiento de sus funciones trata de relevarlo de una responsabilidad de rango constitucional con lo que disminuye su potestad. En el orden práctico habría que plantearse si se favorece de esta manera a la víctima o si se le perjudica colocando en sus manos, sin los poderes y herramientas con los que cuenta el Estado, la responsabilidad de recabar los elementos necesarios para fundamentar la acusación y lograr que se administre justicia.

Respecto a lo jurídico es necesario recordar los principios de oficialidad y de legalidad procesal que rigen nuestro sistema procesal penal. El primero determina que corresponde a un órgano oficial del Estado –en nuestro caso al Ministerio Público– la investigación y persecución de los delitos. El segundo establece la obligación que tiene el Estado de perseguir todos los delitos con la única limitación de los casos expresamente exceptuados por la ley.

Esto quiere decir que el criterio formulado por la sala constitucional se contrapone de manera frontal con dos principios que podríamos calificar

como esenciales a la forma en la que se ha conformado en nuestro país el proceso penal. Además establece una excepción peligrosa a una norma de carácter constitucional que atribuye al Ministerio Público la atribución-deber de ordenar y dirigir la investigación y ejercer en nombre del Estado la acción penal. Así se contemplada en los ordinales 3 y 4 del artículo 285 de la Constitución, disposición que desarrolla el legislador en el Código Orgánico Procesal Penal y el cual organiza el proceso de acuerdo a tales principios.

Cuando acudimos al test constitucional para someter las limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales al análisis que permita establecer la constitucionalidad de tales limitaciones y restricciones dentro de la llamada proporcionalidad, en sentido amplio, se distinguen tres aspectos fundamentales: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Respecto a la idoneidad se trata de establecer si la medida, en este caso el criterio de la sala, es apto para alcanzar el fin perseguido. Cuando analizamos las consecuencias prácticas en cuanto a la reforma del proceso y la posible impunidad que pudiera generarse al colocar en las manos de la víctima –que no cuenta con los recursos y las herramientas que corresponden al Ministerio Público– la responsabilidad de actuar y cuando este último no lo haga de forma oportuna será relevado de sus obligaciones constitucionales. En nuestro criterio la medida no aparece como la más idónea.

En cuanto a la necesidad se refiere al hecho de que no exista otra medida menos gravosa que pueda alcanzar el objeto que se busca con la restricción. Consideramos que la sala ha debido plantearse otras alternativas, de hecho, menos complicadas para obtener el fin propuesto, cuya razón es el fortalecimiento de las labores del órgano policial en el trámite de los exámenes médicos a las víctimas de la violencia de género, así como exigir al Ministerio Público el cumplimiento oportuno de sus funciones. La sala constitucional no ha debido trastocar los principios y garantías del proceso para relevar o solapar el incumplimiento de sus obligaciones por parte de los órganos de persecución penal.

Por otra parte, de la proporcionalidad resulta preocupante que los derechos del imputado no han sido considerados por la sala aun cuando

constituyen un punto principal dentro del esquema de la justicia procesal penal, pues es sobre el imputado que recae todo el peso del poder punitivo del Estado. Sin embargo del texto de las sentencias arriba analizadas no se evidencia que este sujeto procesal y sus derechos hayan sido tomados en cuenta para decidir. Esto ocurre porque la Constitución y la ley colocan la persecución penal en un órgano independiente como se aspira que sea el Ministerio Público, lo que se busca es garantizar al imputado la imparcialidad como elemento esencial en el proceso penal.

Los criterios de la sala deben ser coherentes, ya que a una posición que aspira presentarse como de avanzada –a la hora de imponer los derechos de las víctimas– le debe corresponder un criterio similar en otros casos. Ello de acuerdo al principio de igualdad que debe privar en los procesos. Sin embargo resulta paradójico que la misma sala constitucional haya sostenido en otros casos criterios que representan un retroceso hacia los principios del sistema inquisitivo ya superado, por ejemplo, en sentencias 245 del 9-4-14 y 263 del 10-4-14 que generaron procedimientos abiertos en contra de los alcaldes de San Diego, estado Carabobo y San Cristóbal, estado Táchira. Esto dio inicio a sendos procedimientos de naturaleza evidentemente penal, ya que tenían por finalidad aplicar penas contra los presuntos autores de la comisión de desacato al mandamiento de amparo constitucional cautelar, conducta sancionada con privación de libertad y actuando *motu proprio* con prescindencia del ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público. En estos casos, con evidente relevancia política, la sala se retrotrajo a los postulados del sistema inquisitivo donde al órgano judicial se le dificultó decidir entre dos posturas: los hechos ilícitos o juzgar el sistema como superado, pues no se garantiza al imputado la imparcialidad porque el mismo sujeto que investiga y acusa es el que decide. Estas diferencias de criterio, en un caso más acusatorio y en otro marcadamente inquisitivo, parecieran indicar un contenido político en la motivación de las decisiones de la sala.

Por último y para ser objetivo, Cafferata Nores (2005) expresa un criterio que pudiera considerarse como proclive al de la sala constitucional en este tema. En su trabajo sobre el proceso penal y los derechos humanos considera la sanción al culpable como un derecho de la víctima. Por tanto el derecho debe ser protector, prevenir los daños y, en caso de que estos se

produzcan, proveer a los afectados un remedio institucional. De manera que el Ministerio Público debe ubicarse del lado de la víctima representándola. El autor opina que la persecución penal pública no debe desentenderse de la víctima y esto influye sobre el concepto de exclusividad del Ministerio Público en el ejercicio de la acción, actividad que no puede ser obstaculizada por el ofendido, pero si compartida e incluso puede desarrollarse autónomamente en los casos en que el fiscal no inicie la persecución o la concluya de manera discriminatoria.

Sin embargo, en nuestro criterio es menester señalar que Cafferata pone el acento en la responsabilidad del Ministerio Público y plantea de autonomía de la víctima cuando este no cumpla con su obligación y no para relevar a la fiscalía por su omisión. Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de que la víctima actúe cuando el fiscal no inicia la investigación o la concluye de manera discriminatoria y perjudicial, nuestro ordenamiento procesal penal ya prevé la posibilidad para la víctima de querrellarse y de impugnar las decisiones que le perjudiquen.

4.1.E. Necesidad del acto formal de imputación

Nos proponemos analizar en este punto un tema interesante que se trata de una verdadera creación jurisprudencial. La sala constitucional ha establecido la necesidad de la celebración de un acto no previsto dentro del articulado del Código Orgánico Procesal Penal, cuya verificación ha considerado hasta tal punto esencial en la dinámica procesal que su incumplimiento genera la nulidad de los actos posteriores y aquellos que dependen de él. Se trata del llamado acto formal de imputación.

En efecto, el Código no prevé la celebración de un acto formal de imputación. En cambio establece en su artículo 126 que se denominará imputado a la persona señalada como autor o partícipe de un hecho punible y que ese señalamiento debe efectuarse por un acto de procedimiento ejecutado por alguna de las autoridades que están encargadas de la persecución penal de acuerdo a lo establecido en el Código. De manera, pues, que hace falta que se realice un acto de los previstos en la ley dentro del procedimiento penal y que ese acto sea realizado por un funcionario que tenga autoridad para ejecutarlo. No es cualquier acontecimiento o actuación la

que le puede atribuir el carácter de imputado a un individuo, ya que debe ser un acto del procedimiento establecido en la ley adjetiva penal y debe, además, ser ejecutado por un funcionario encargado por la ley para la persecución. Es decir por los órganos de investigación y el Ministerio Público.

Ahora bien, hay que preguntarse por qué es tan importante que se precise con claridad en qué momento una persona asume el carácter de imputado y la respuesta es que su importancia radica en que una vez que esto ocurra nacen para ese individuo una serie de derechos y garantías consagrados en la Constitución y las leyes. El más importante en esta etapa inicial del proceso es, sin duda, el acceso a las actuaciones que se realizan en la investigación en la cual se ve implicado. Además está la posibilidad de solicitar al Ministerio Público la práctica de diligencias a fin de esclarecer su situación y el uso de todos los medios de defensa que el imputado considere conducentes para demostrar su inocencia.

Cuando se habla de cualquier acto la ley no especifica ninguno en particular, la única condición es que sea de los previstos en el procedimiento penal y que sea ejecutado por aquel que tenga competencia para hacerlo. En la práctica puede tratarse de la citación por parte del Ministerio Público para comparecer a rendir declaración en calidad de imputado, esto es, en una condición especial y amparado por el precepto constitucional –contemplado en el artículo 49, ordinal 5 de nuestra Constitución– que lo exime de declarar en causa propia y en caso de decidir hacerlo rendir declaración sin juramento. El artículo 133 del Código Orgánico Procesal Penal establece que cuando el imputado comparece a rendir declaración y antes de iniciarse su deposición se le debe explicar que su testimonio es un medio de defensa y que puede exponer lo que considere conveniente. De esta manera se le debe imponer el precepto constitucional que lo exime de declarar en causa propia e igualmente advertirle cuál es el hecho o hechos que se le atribuyen. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar son aspectos relevantes para la comisión del delito y aquellas que lo sean respecto a la calificación fiscal: las disposiciones legales aplicables al caso y cuáles son los elementos que obran en su contra y que determinan que se le haya imputado por la comisión del hecho punible. Es preciso destacar que cuando el imputado comparece a declarar ante el Ministerio Público

puede pedir que se practiquen en la investigación las diligencias que considere necesarias.

Pero de acuerdo al texto legal también es posible que el individuo resulte imputado por cualquier otro acto procesal ejecutado por un funcionario con autoridad para ello, por ejemplo, cuando se practica un registro domiciliario en su residencia para tratar de ubicar objetos, elementos de convicción, personas relacionadas con el hecho punible, cuando se acude a una institución bancaria para investigar acerca de las cuentas e inversiones del sospechoso o cuando se incautan en la institución bancaria bienes o documentos del señalado que se presumen relacionados con un delito.

Por otra parte, este desarrollo jurisprudencial lo fundamenta la sala constitucional en la garantía procesal contenida en el artículo 49, ordinal 1 de la Constitución. En dicha cláusula se determina que toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y los medios adecuados para ejercer su defensa. Sin embargo, también sería válido preguntarse si la exigencia de la celebración de un acto no previsto por el Código Orgánico Procesal Penal, eventualmente, pudiera atentar contra el principio del debido proceso.

Ahora bien, no ha sido un camino siempre claro el que la sala constitucional ha recorrido para definir con toda claridad la oportunidad, los requisitos y las situaciones en las que debe cumplirse el referido acto de imputación formal. Ello se evidencia del análisis de los diferentes pronunciamientos emitidos por la sala con relación a este tema que viene desarrollando jurisprudencialmente desde el año 2002.

El requerimiento de que se celebre este acto es garantizar que el imputado esté en capacidad de desarrollar plenamente su defensa, sin embargo, en algunos casos se ha convertido en un medio para lograr precisamente lo contrario, pues se ha utilizado ese requisito para retrasar el acceso de la persona señalada como autor o participe de un delito a las actas del proceso y, consecuentemente, demorar el ejercicio de su derecho al solicitar diligencias dentro de la investigación.

Efectivamente se utiliza un razonamiento inverso que privilegia la formalidad por sobre la justicia, en contra de lo establecido en el artículo 257 de la Constitución, de modo que si la celebración del acto formal de imputación es necesario, entonces no se adquiere la condición de imputado si este no se realiza. Por tanto, mientras el acto no se realice no nacen para la persona imputada los derechos y garantías propios de su condición. Se retrasa la realización del acto según los intereses de quien maneja la investigación y, con ello, se perjudica a quien se aspiraba proteger. Así, una circunstancia de hecho se rodea de formalidades para garantizar derechos, pero esas mismas formalidades sirven para dilatar el acceso al ejercicio de tales derechos.

Si bien son abundantes las sentencias de la sala constitucional que se pronuncian con relación a este tema, hemos seleccionado aquellas más representativas del criterio que guía la consagración por vía jurisprudencial del llamado acto formal de imputación.

En el año 2002 la sala constitucional –mediante sentencia No. 1636 del 17-7-02– deja sentado que en la fase investigativa del proceso la imputación puede provenir de la presentación de una querrela o de actos de investigación que de manera inequívoca señalen como autor o partícipe a una persona. *“No se requiere de un auto declarativo de la condición de imputado, sino de cualquier actividad de investigación criminal, donde a una persona se la trata como presunto autor o partícipe.”*

Posteriormente en el año 2008 –por sentencia No. 1901 del 1-12-08– la sala constitucional establece que en los casos de flagrancia, esto es cuando la persona ha sido sorprendida cometiendo el delito o a poco de cometerlo, la imputación se cumple en el acto de presentación del detenido ante el juez de control. Pero si a raíz de este acto se acuerda seguir el procedimiento ordinario en lugar del especial previsto para los casos de flagrancia es necesario que el Ministerio Público celebre un nuevo acto en el que, nuevamente, se cumpla con los requisitos de la imputación.

Luego en el año 2009 –en sentencia con carácter vinculante No. 276 del 20-3-09– la sala constitucional se pronuncia acerca de la forma en que debe cumplirse el acto de imputación, el cual implica atribuirle a una determinada persona física la comisión de un hecho punible, siendo el

presupuesto necesario para ello que existan indicios racionales de criminalidad contra tal persona.

También en el año 2009 se dictó otra sentencia No. 1381 de fecha 30-10-09. Nuevamente la sala constitucional le atribuye carácter vinculante a su pronunciamiento, en este caso la materia a la que se refiere la sentencia es la audiencia de presentación que se efectúa ante un juez de control una vez que un individuo es aprehendido no en virtud de una situación de flagrancia, sino en virtud del orden judicial de detención emitida en su contra. La sala considera que en este acto se cumplen los requisitos necesarios del acto de imputación y, además, que el Ministerio Público puede solicitar la aprehensión del sospecho sin que sea necesario que previamente se haya celebrado el acto de imputación formal.

Vale igualmente la pena referirnos a la sentencia No. 207 de la sala constitucional con fecha 9419. En esta cláusula se destaca la necesidad de que en el acto de imputación esté presente el defensor del imputado y en la que resulta muy importante el voto concurrente que allí se estampa ya que el magistrado ratifica un criterio —ya antes expresado en sentencia 652 del 24-4-08—. En ese voto concurrente el magistrado resalta la necesidad de que se notifique al imputado que aparezca señalado en la investigación para que ejerza efectiva e inmediatamente su derecho a la defensa. De manera que el fiscal debe imputar desde el inicio de la investigación y no esperar que esta culmine para hacerlo. Igualmente expresa el concurrente que no es necesario solicitar la detención del imputado cuando este no comparece, ya que se puede hacer uso del mandato de conducción previsto en el artículo 292 del Código Orgánico Procesal Penal, que permite a las autoridades policiales conducir hasta por ocho horas a la persona requerida hasta la sede del Ministerio Público para quedar en libertad una vez rinda declaración.

De manera que tenemos una línea jurisprudencial que establece la necesidad indeclinable de celebrar en el proceso penal un acto de imputación formal que no está contemplado en la ley. Acto que tiene la finalidad de garantizarle al imputado el conocimiento de los hechos que se le atribuyen con todas las circunstancias relevantes en cuanto a tiempo, modo y lugar, así como los elementos que lo inculpan en la ejecución de dicho delito y

calificación jurídica de los hechos. Así mismo conocer todos los derechos que lo asisten dentro del proceso y las alternativas procesales que prevé la ley. Del mismo modo establece la jurisprudencia que este acto puede verificarse de diferentes maneras según se trate de un procedimiento en flagrancia o un procedimiento ordinario y que puede celebrarse tanto en la sede el Ministerio Público como en el despacho del juez de control, siempre que estén presentes el fiscal del Ministerio y el defensor del imputado.

El problema es que al someterse a la celebración de un acto formal de imputación la asunción de la condición de imputado se condiciona el acceso a las actas del proceso y, por tanto, al ejercicio al derecho a la defensa. De forma que se retrasa el conocimiento de las actas de la investigación que sigue en contra del imputado.

Esta jurisprudencia evidencia una finalidad positiva, pues lo que se busca es que el imputado esté suficientemente informado de los hechos que se le imputan y de los elementos que lo señalan como autor o participe del delito. Además de conocer plenamente los derechos que lo asisten. Sin embargo puede usarse para manipular la situación en perjuicio de aquel al que se quiera favorecer. De forma que si en la residencia de alguno se realiza un allanamiento en busca de objetos activos o pasivos relacionados con el delito con lo que, evidentemente, puede sentirse imputado por la comisión de una conducta punible. Pero hasta tanto el Ministerio Público no lo cite a declarar en su despacho esa persona no podrá tener acceso a las actas de la investigación ni conocer los detalles del delito por el que se le investiga. Esto causa una grave lesión a la persona del imputado.

En sintonía con lo anterior, el acto de imputación debe celebrarse al inicio de la investigación y una vez aparezcan elementos en contra del sospechoso. No es preciso esperar para hacerlo cuando esté cercano el momento de emitirse el acto conclusivo, ya que se retrasaría el ejercicio del derecho a la defensa del imputado si bien no ha sido objeto de un criterio mayoritario y concluyente de la sala constitucional o si ha sido tratado en votos concurrentes que señalan la obligatoriedad del representante del Ministerio Público de hacerlo, inmediatamente, al iniciarse la investigación en contra del individuo.

Tan real es el problema que el propio despacho del fiscal general de la República a través de su dirección de revisión y doctrina se ha pronunciado al respecto. En efecto, en la doctrina del Ministerio Público del año 2011, específicamente con fecha 15-3-11, produjo un dictamen con ocasión de la actuación de un fiscal que difirió de tal modo el acto formal que, de hecho, transcurrieron diez meses para que los investigados fuesen impuestos por la imputación fiscal, lo que llevó a la Dirección de Revisión y Doctrina a considerar que la actuación fiscal resultaba incongruente con la finalidad que persigue el acto de imputación.

Analizando los requisitos formales que deben cumplir las restricciones de un derecho encontramos que la regulación debe ser precisa y clara. De manera que aquellos a los que afecta la disposición, en este caso el criterio jurisprudencial, puedan tener certeza acerca del modo y condiciones de su realización con lo que se permite el control adecuado de su verificación por parte de los funcionarios encargados de su ejecución. En el caso que nos ocupa, el criterio de la sala constitucional pareciese no haber sido lo suficientemente claro y preciso, lo que ha dado lugar para que se haga uso de su regulación en un sentido contrario a aquel para el cual fue concebido.

Debemos concluir, entonces, que este desarrollo del derecho a la defensa del imputado en el proceso penal a través de los criterios interpretativos de la sala constitucional pudo tener su fundamento en una pretendida ampliación para su garantía. Sin embargo, dada la forma en que se ha aplicado en la práctica, el resultado más bien ha sido el de una restricción por vía jurisprudencial al pleno ejercicio de la defensa del imputado en el proceso penal. Todo ello con base en una insuficiente e imprecisa regulación del derecho fundamental por parte de la sala constitucional.

5. Conclusiones

No debe sorprendernos que la sala constitucional haya sido tan prolífica emitiendo criterios en la materia procesal penal, varias son las circunstancias que la justifican. En primer lugar el proceso penal viene a ser la más poderosa herramienta con la que cuenta el Estado para controlar a los ciudadanos, así acertadamente lo han señalado Maier (1998) y Binder (1999). El poder punitivo del Estado representa la más temible de las

amenazas para los individuos porque, eventualmente, podría comprometer uno de sus bienes más preciados: la libertad. Este carácter del proceso penal puede incluso dar lugar a que el Gobierno lo convierta en un arma para controlar a sus adversarios políticos lo que resulta, definitivamente, reprobable y despoja de legitimidad la justicia penal.

Su naturaleza –que lo convierte en control eficaz– es lo que definitivamente vincula al derecho procesal penal con la política, tanto es así que el proceso penal siempre será el reflejo del tipo de gobierno con el que cuenta un país. En un régimen democrático el proceso penal será primordialmente garantista, en un régimen autoritario será represivo.

Por otra parte no debe olvidarse que nuestro actual sistema procesal penal tiene su origen en una profunda reforma que sustituyó un sistema preponderantemente inquisitivo. Lo importante era garantizar el poder del Estado y se impuso uno predominantemente acusatorio que coloca en primer lugar los derechos de las personas implicadas en el proceso, sea el imputado, la víctima o los terceros que aportan sus conocimientos en la búsqueda de la verdad. Esta reforma legislativa es preconstitucional, pues el nuevo Código Orgánico Procesal Penal se promulgó en el año 1998, antes que se operara un cambio político en el país que propició la aprobación de una nueva Constitución. Esta circunstancia pareciera haber provocado desconfianza y sospecha en los nuevos operadores de justicia respecto al novedoso sistema procesal penal. Ello a pesar de que, desde el año 2000, el Código Orgánico Procesal Penal ha sufrido numerosas reformas, la última del año 2012, incluso, efectuada por el propio Poder Ejecutivo mediante decreto ley y dictado con base en la ley habilitante conferida al Presidente de la República por el Poder Legislativo.

El nuevo proceso penal impone un sistema sobre la base del respeto a los derechos fundamentales que trata de adecuar la realidad venezolana al modelo que corresponde a un Estado moderno democrático y que, por esa misma razón, ha recibido críticas de aquellos que se resisten al cambio por considerarlo excesivamente garantista, esto se ha materializado en sucesivas reformas dirigidas a recortar las garantías que allí se consagran. En efecto, habiéndose aprobado en el año 1998 y entrado en vigencia en 1999, el código ha sido reformado en el 2000, 2001, 2006, 2008, 2009 y 2012

con lo cual podría pensarse que ya se encuentra adecuado a los criterios jurídicos que se manejan dentro de la tendencia política que actualmente detenta el poder. A pesar de ello la sala sigue considerándolo preconstitucional.

La distribución entre los diversos sujetos procesales de los poderes de juzgar, acusar y defender constituye una de las más marcadas diferencias con el sistema inquisitivo que se sustituyó, pues determinó un cambio muy importante que todavía parece no haber sido asimilado por algunos funcionarios del Estado. En este sistema los jueces no tienen iniciativa para ordenar la apertura de un proceso, solo intervienen cuando son requeridos por las partes en el proceso y no les toca ejercer la acción penal que se deposita en otro órgano del Estado, el Ministerio Público, que en razón de las atribuciones que la propia Constitución le confiere debería contar con la más absoluta imparcialidad e independencia.

En nuestro criterio, la descentralización del poder que propicia el nuevo sistema y que se opone de manera tan frontal a los principios que privaban en el modelo inquisitivo dominante en el país antes de la reforma han sido algunos motivos para la intervención tan intensa y frecuente de la jurisdicción constitucional en la materia procesal penal. La sala constitucional, además, ha hecho un uso excesivo del carácter vinculante de sus criterios para restringir los derechos e interferir en los trámites procesales, a veces, desdibujando los principios rectores de nuestro actual sistema procesal penal.

El protagonismo que la propia Constitución le atribuye a la sala constitucional debe reconocerse y respetarse, sin embargo, la labor que desarrolla requiere un uso prudente del poder, entre otras cosas, porque la sociedad demanda de la administración de justicia seguridad, estabilidad y sus frecuentes cambios de criterio, a veces contradictorios, no se la proporcionan.

En nuestra investigación se tocan cinco temas de vital importancia dentro del proceso penal en los que la sala constitucional ha producido criterios de tal relevancia. En algunos casos su criterio ha sido acogido por el legislador lo que ha dado lugar a la reforma del Código Orgánico Procesal Penal. El valor de la jurisprudencia de la sala como fuente de derecho en

el proceso penal venezolano es indiscutible. Otra cosa, sin embargo, es el resultado que la valoración de sus intervenciones en esta materia merece.

En cuanto al principio de la participación ciudadana hay que dejar constancia de que la sala constitucional eliminó una de las más importantes instituciones incorporadas en la reforma del proceso penal: la posibilidad de que los ciudadanos participaran en la conformación de los tribunales estaba destinada a democratizar la administración de justicia, así como a contribuir a su transparencia y legitimidad. Como quedó detalladamente explicitado en el punto correspondiente, este cambio no fue entendido ni aceptado por los miembros del supremo Tribunal, quienes ya desde la presentación del proyecto del nuevo Código Orgánico Procesal Penal criticaron la institución. El criterio de la sala fue acogido por el legislador quien reformó la ley y hoy en día la participación ciudadana dentro del proceso quedó limitada al seguimiento por parte de los consejos comunales del cumplimiento de alguna de las alternativas a la prosecución del proceso de la pena.

En lo que respecta al derecho a la libertad la sala constitucional en sucesivas sentencias amplió los motivos por los cuales la duración de la privación de libertad durante el proceso, que de acuerdo a la propia Constitución debería ser excepcional, no está sometida a límites temporales, contrariando así el principio de progresividad de los derechos humanos. Igualmente la sala respaldó –por no considerarla inconstitucional– la reforma legislativa que confiere efecto suspensivo a la impugnación de la orden de libertad decretada por el juez de control. Ello en franca y clara violación de la norma constitucional que determina que ninguna persona puede continuar detenida después de dictada una orden de excarcelación por la autoridad competente.

En relación a la llamada doble conformidad que determina que no puede admitirse recuso alguno contra la segunda sentencia absolutoria dictada en un nuevo juicio verificado en el proceso penal. Como se analizó en detalle, la sala constitucional intervino para establecer un criterio al que le confirió efecto vinculante. Para exigir que esta institución proceda se hace necesario el cumplimiento de un cúmulo de requisitos procesales excesivos con lo que, eventualmente, pudiese lesionarse la presunción de inocencia,

principio de rango constitucional, ante la norma legal que establece la doble conformidad y que la propia sala considera ambigua. Se deja de lado la interpretación restrictiva de las normas que restringen la libertad y se asume una posición que privilegia los derechos del acusador, básicamente los del Estado representado por el Ministerio Público.

La naturaleza de la fase intermedia del proceso y las facultades de los sujetos procesales, también, ha sido tratada por la sala que, al respecto, ha emitido con carácter vinculante varios criterios contradictorios y está actualmente desarrollando una línea jurisprudencial que desnaturaliza el principio de oficialidad y legalidad procesal que rigen el proceso penal al considerar que la víctima puede ejercer la acción en los delitos públicos y con prescindencia de la actuación del Ministerio Público. A pesar de que la propia Constitución le confiere al Ministerio Público la facultad-deber de ejercer la acción en los procesos penales cuando se relacionan con la comisión de delitos de acción pública y que, debido a esta jurisprudencia, pareciera que queda relevado de su responsabilidad. Si bien la sala constitucional alega que el fin que persigue es evitar la impunidad generada por el retraso de los procesos, esas injustificadas dilaciones pueden evitarse mediante la implementación de medidas menos gravosas y que no afecten los principios rectores del proceso. De manera, pues, que en este caso en particular el criterio de la sala no cumple con el requisito de necesidad de la medida, ya que sometida a ponderación la decisión tomada no guarda proporcionalidad con la afectación que se hace de los principios que fundamentan el sistema procesal penal venezolano.

Igualmente, la sala constitucional ha establecido mediante una abundante jurisprudencia el criterio según el cual es obligatorio que en el proceso penal se celebre un acto formal de imputación que no está previsto en la ley y donde al sospechoso de la comisión de un delito se le impone los hechos que se le imputan, los derechos que le asisten y las alternativas procesales con las que cuenta. Ello con el fin de garantizarle el ejercicio de su derecho a la defensa. Este criterio, indudablemente, representa un importante y positivo aporte dentro de la dinámica procesal penal ya que está destinado a garantizar de manera efectiva el desarrollo del derecho a la defensa por parte del imputado. Sin embargo, la necesidad de celebración de este acto ha sido utilizada como una herramienta para retrasar el acceso

del imputado y su defensor a las actas del proceso. Este aspecto es contrario al fin perseguido por la jurisprudencia de la sala: entorpecer el ejercicio del derecho a la defensa del imputado debido a una insuficiente precisión de la regulación por parte de la sala constitucional que no establece la obligatoriedad por parte del fiscal de una pronta y oportuna celebración de dicho acto, cuya realización se retarda y entorpece la defensa del imputado.

Todas estas situaciones han sido analizadas detalladamente en el presente trabajo y arrojan una valoración poco satisfactoria de la actuación de la sala constitucional en la configuración de los principios y garantías constitucionales del proceso penal, lo que no quiere decir que se pretenda desconocer su papel de creadora de derecho, por lo contrario, afirmamos que la jurisdicción constitucional es la más clara garantía del efectivo respeto de la normativa constitucional en el ámbito del derecho procesal penal, pero se trata de una labor que demanda objetividad, prudencia y que debe realizarse sobre la base de criterios de interpretación jurídicos sin dejarse llevar por criterios políticos o ideológicos.

Cuando la justicia constitucional asume el reto de darle vigencia y efectividad a los valores y principios fundamentales dentro del proceso penal se enfrenta a la necesidad de lograr un equilibrio entre la efectividad del orden jurídico y las garantías de los ciudadanos, para ello se hace indispensable fijarle límites al poder. Esta labor es compleja y demanda un uso prudente de las facultades que la Constitución le confiere, en nuestro país, a la sala constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pero sobre todo le impone una premisa fundamental como lo afirma Binder (1999): “*impedir un uso arbitrario o desmedido de la coerción penal.*”

La jurisprudencia de la sala constitucional no puede surgir de intereses particulares ni tener por objeto satisfacer los deseos de un determinado grupo, sea este político, económico o social, sino que debe tener como meta las justas aspiraciones de una sociedad que se ha dado a sí misma una identidad como Estado democrático, social y de derecho. La sala debe garantizar los derechos de las mayorías, pero también los de las minorías, actuando con prudencia, con seriedad para encontrar el equilibrio que permita que la sociedad en su conjunto se vea representada en los pronunciamientos de la justicia constitucional, evitando la tentación de las figu-

raciones personales o grupales, los impulsos, las particulares creencias y las ideologías porque ella debe ser, al mismo tiempo, portavoz y defensora de los derechos de los individuos y de las aspiraciones de la sociedad.

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso. (Trad. Bernal Pulido, C). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. 13 – 42. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf>
- Aragón, M. (1998). *Estudios de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aragón, M. (2000). *La constitución como paradigma. Teoría de la constitución, Ensayos escogidos*. 109-122. México: Editorial Porrúa.
- Bernal Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Berrios, J. (2011). “Bases para la comprensión de la politización de la justicia constitucional en Venezuela (2000-2010) ensayo de aproximación”. *Defender la Constitución*. 81-89. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Binder, A. (1999). *Introducción al derecho procesal penal*. 2º. Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Cafferata Nores, J. (2005). *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Canova, A. (2012). *El modelo iberoamericano de justicia constitucional*. Caracas: Ediciones Paredes.
- Carbonell, M. (2008). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. 9-12. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/25613.pdf>

- Casal, J. (2000). *Constitución y justicia constitucional*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Casal, J. (2006). *Los derechos humanos y su protección*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Código Orgánico Procesal Penal. (1998). *Gaceta Oficial No-5208*. (Extraordinario). Enero, 23, 1998. Exposición de Motivos.
- Código Orgánico Procesal Penal. (2001). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No- 5558*. (Extraordinario). Noviembre, 14, 2001.
- Código Orgánico Procesal Penal. (2009). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. No- 5930. (Extraordinario). Septiembre, 4, 2009.
- Código Orgánico Procesal Penal. (2012). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. 6.078 (Extraordinario). Junio, 15, 2012.
- Comanducci, P. Modelos e interpretación de la constitución. *Teoría de la constitución ensayos escogidos*. 123-154. México: Editorial Porrúa.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.453 (Extraordinario). Marzo, 24, 2000.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. (1999). Sentencia Exp: 1002. Mayo, 11, 1999.
- De Vega, P. (2000). *Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX. Teoría de la constitución. Ensayos escogidos*. 3-44. México: Editorial Porrúa.
- Doctrina del Ministerio Público (2011). Escrito No. DRD-037-2011. 11-02-2011. Recuperado:http://www.mp.gob.ve/doctrina_2011/Other/imagenmenu_acta/PDF%20doctrinas%202011/Derecho%20Penal%20Adjetivo/EL%20ACTO%20DE%20IMPUTACION.pdf
- Duque Corredor, R. (2002). *La Interpretación Vinculante de la Jurisdicción Constitucional y los Poderes Correctivos de los Jueces. Orientaciones*

- jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia XXVII Jornadas "J.M. Domínguez Escovar".1 – 10. Barquisimeto: ARS.*
- Duque Corredor, R. (2014). *Sistema de fuentes de derecho constitucional y técnica de Interpretación constitucional*. Caracas: Ediciones Homero.
- Esguerra, J. (2006). *Nuestro control de constitucionalidad no tiene controles, pero ciertamente tiene límites. Justicia constitucional. El rol de la corte constitucional en el estado contemporáneo*. 81-89. Bogota: Legis.
- De Otto, I. (1998). *Derecho constitucional*. (6ta. Reimp). Barcelona: Ariel.
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y Razón*. Tercera Edición. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2000). *Más allá de la ciudadanía y de la soberanía*. (Trad.G. Pisarello).
- Teoría de la constitución. Ensayos escogidos*. 247-303. México: Editorial Porrúa.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Trotta.
- Figueruelo, A. (2007). *Nuevas tendencias del derecho constitucional en Europa. Tendencias actuales del derecho constitucional*. (Tomo I). 195-226. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello.
- García Amado, J. (2006). *El juicio de ponderación y sus partes. Justicia constitucional*.
- El rol de la corte constitucional en el estado contemporáneo*. 119- 163 Bogotá: Legis.
- García De Enterría, E. (1994). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- Guastini, R. (2000), *Sobre el concepto de constitución. Teoría de la constitución ensayos Escogidos*. 93-107. México: Editorial Porrúa.
- Hesse, K. (1992). *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Haberle, P. (2002). *Constitución como cultura*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- La Roche, H. (2001). *Consideraciones generales sobre la interpretación constitucional. Estudios de derecho público. Libro homenaje a Humberto J. La Roche*. Vol I. 3-20. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. (Colección Libro Homenaje No. 3)
- Landa, C. (2002). *Teorías de los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. No.6 Enero-Junio 2002. 49 – 71. México: UNAM
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. (2010). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. 39.522. Octubre, 1,2010.
- Maier, J. (1989). *Derecho procesal penal argentino*. Vol. 1a y 1b. Buenos Aires: Hammurabi.
- Monroy, M. (2002). *La interpretación constitucional*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Pérez Luño, A. (1998). *Los Derechos Fundamentales*. Séptima Edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- Prieto Sanchís, L. (2000). *Tribunal constitucional y positivismo jurídico. Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. 155-176. México: Editorial Porrúa.
- 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.
- Rubio Llorente, F. (1988). “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 22. Enero-abril 1988. 9-51. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 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. (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: Universidad Católica Andrés Bello.

Suau Morey, J. (1995). *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor. S. A.

Tribunal Supremo de Justicia. <http://WWW.tsj.gob.ve>

Troncoso Reigada, A. (2000). *Método jurídico, interpretación constitucional y principio democrático. La justicia constitucional en el estado democrático*. 399 – 454. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vilela, H. (2008). “Derecho al recurso y medios de impugnación de la sentencia”. *De nuevo sobre los principios. XI jornadas de derecho procesal penal*. 175 – 202. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Reseña de la Maestría en Derecho Constitucional (2016-2017)¹

Daniela Urosa Maggi y Leonardo Verónico

La Maestría de Derecho Constitucional es un programa de cuarto nivel ofrecido por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, que busca otorgar a los profesionales del Derecho y de otras carreras afines la oportunidad de ampliar su preparación académica mediante el estudio de la evolución y situación actual de las instituciones y principios fundamentales del Derecho Constitucional nacional y comparado.

Como Maestría, el programa se sitúa como uno de los principales estudios de la materia en el país y como referente de la región. La visión del estudio da una preponderancia importante a la formación y profundización académica de sus estudiantes, dando prioridad al análisis doctrinal y a la investigación científica sin dejar de lado su aplicación práctica y necesidades de cambio.

Sin lugar a dudas, los retos y coyunturas del Estado democrático de derecho y sus principios fundamentales colocan en la palestra pública el tema constitucional. Los efectos positivos y negativos de la globalización, la protección nacional e internacional de los derechos humanos, la distribución del poder público, la reforma constitucional y la adecuación de la justicia constitucional a fin de dar garantía última a tales principios fundamentales. Los mencionados son algunos de los aspectos de primer orden que exigen del estudio y debate permanente en las distintas áreas del Derecho Constitucional a los cuales se aboca la Maestría para dar una formación integral a sus estudiantes.

1 Septiembre 2016-julio 2017.

Los estudios son cursados a través de asignaturas trimestrales, evaluadas por un sistema de adquisición de competencias en la materia por parte de los estudiantes; para obtener el título, los estudiantes deben cursar un número de materias obligatorias y optativas aunado a dos seminarios temáticos especializados en la enseñanza metodológica para poder presentar y defender un trabajo de grado, producto de su investigación y aporte particular.

Dentro de las materias trimestrales impartidas de curso obligatorio para los estudiantes del programa se encuentran:

Teoría general del derecho constitucional

Fuentes del derecho constitucional e interpretación constitucional

El sistema de derechos y garantías en la Constitución

Teoría general de la democracia

Distribución del poder público y forma de Estado

Sistema de Gobierno

Derecho procesal constitucional

El amparo constitucional

Los derechos humanos en la Constitución

Seminario trabajo de grado I

Seminario trabajo de grado II

Asimismo se ofrecen materias electivas que permiten profundizar en áreas concretas de nuestra disciplina, entre las cuales se consiguen:

Sistema interamericano de protección de los derechos humanos

La Constitución económica

La Constitución y los procesos de integración

Constitución y derecho penal

Protección de datos personales (habeas data)

El régimen constitucional de la fuerza armada nacional y de la seguridad de la nación

Derecho parlamentario

La libertad de expresión

Debates de derecho constitucional

Todas estas asignaturas son impartidas por profesores especialistas en el área, abogados y juristas, miembros de las academias nacionales y profesionales con amplia trayectoria en la docencia, la investigación, el ejercicio profesional y la función pública, cuya obra escrita da fe de sus méritos académicos. Entre otros, nos referimos a los profesores Jesús María Casal, Carlos Ayala Corao, Román Duque Corredor, Ramón Guillermo Avello, Asdrúbal Aguiar, Alberto Blanco Uribe, Antonio Canova González, Ricardo Combellas, Tulio Álvarez, Margarita Escudero, Gerardo Fernández, Jorge Kiriakidis, María Elena Toro, Cecilia Sosa Gómez, José Ignacio Hernández, Miguel Mónaco y Daniela Urosa Maggi.

En 2016 la Universidad ejecutó una reforma organizativa de los Estudios de Postgrado orientados en la constante actualización, mejora y autogestión de calidad. La reforma llevó a las direcciones de estudios de cuarto nivel a ser parte integrante de las respectivas Facultades de la Universidad, fomentando así la coordinación institucional y académica de los estudios de pre y postgrado ofrecidos por la propia Facultad. Actualmente la rectoría de la Facultad la ejerce el Decano de la Facultad de Derecho, el profesor Salvador Yannuzzi; la Dirección del Postgrado de Derecho, la profesora Ninoska Rodríguez; la Coordinación Académica de la Maestría en Derecho Constitucional, el profesor Jesús María Casal y la Dirección de Programa de la Maestría en Derecho Constitucional, la profesora Daniela Urosa Maggi.

A partir de enero de 2017 se asumió uno de los objetivos inmediatos de la Dirección General de los Estudios de Postgrado de la Universidad como lo es acometer la propuesta de reforma curricular a fin de revisar y actualizar el formato y oferta académica de la Maestría, de manera de estar a la altura de las tendencias y necesidades vigentes del Derecho Constitucional nacional y comparado. Para ello se conformó una Comisión de reforma curricular integrada por los profesores Jesús María Casal, Carlos Ayala Corao, Ninoska Rodríguez y Daniela Urosa Maggi.

La internacionalización forma parte de unos de los objetivos fundamentales de la UCAB. En este sentido, la Maestría de Derecho Constitucional coadyuva con este objetivo y por ende ha firmado un convenio de cooperación con la Corporación Internacional para la Gestión del Conocimiento (CORPCIGEC) Quito, Ecuador, en virtud de lo cual se reciben trimestralmente a un importante número de estudiantes de ese país a fin de cursar la Maestría en Derecho Constitucional como único estudio o parte de los estudios para el grado de Doctor en Derecho (Convenio UCAB- CORPCIGEC). Así mismo, el programa ha ofrecido una electiva trimestral centrada en el estudio constitucional comparado, dictada por el distinguido jurista italiano Alfredo Calderale como profesor invitado, siendo esta una modalidad que se busca seguir expandiendo.

El interés por el estudio del Derecho Constitucional en nuestro país ha ido en constante aumento, lo cual se ve reflejado en la demanda, cada vez mayor, de aspirantes a ingresar en la Maestría en Derecho Constitucional, alzando la vara del nivel de este programa de postgrado. La motivación de continuar cumpliendo con los objetivos de profundización en el estudio y la investigación en derecho constitucional, la internacionalización y el intercambio académico con otras latitudes y la constante actualización profesional son los principales motores que se espera lleven a la Maestría a ser emblema de los estudio de cuarto nivel en materia constitucional, por los momentos, en Venezuela y en América Latina.

Daniela Urosa Maggi

Directora de la Maestría en Derecho Constitucional

Leonardo Verónico

Coordinador Editorial del Anuario de Estudios Constitucionales y Parlamentarios

Estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional



Este
ejemplar se
terminó de imprimir
en Caracas en julio del año
2019. Para su diseño se utilizó la
tipografía Adobe Garamond Pro
a 11 ptos. a sido impreso sobre
papel Saiman White de 59grms.
Se realizaron 500 ejemplares,
en los talleres de Impresos,
MINIPRES C.A.



Se trata de un anuario que pretende contribuir al desarrollo científico del Derecho Constitucional y del Derecho Parlamentario y al análisis de los fenómenos político-constitucionales, es decir, de la realidad que las normas correspondientes quieren regular y que al mismo tiempo las interpela. Esto implica la discusión sobre los asuntos de actualidad relacionados con tales disciplinas, lo cual comprende además examinar en cada número los aspectos más relevantes del periodo respectivo en lo concerniente a la actividad parlamentaria y a la jurisprudencia constitucional. Se asume una perspectiva abierta que abarca los contenidos filosóficos, politológicos, socio-jurídicos, económico-presupuestarios y otros vinculados a los ejes temáticos del anuario. El Derecho Constitucional es sin duda la columna vertebral de la publicación, pero la referencia a los estudios constitucionales y parlamentarios busca incluir enfoques disciplinarios o materias diversas que tienen como centro de preocupación la Constitución, el Parlamento y la Democracia.

978|980|244|918|7



UCAB 65 ^{años}
UNIVERSIDAD CAROLINA DE BOGOTÁ



9 789802 449095